

GUSTAVO DALL'OLIO

**Cooperação no processo civil:
abrangência e consequências da omissão do juiz, partes e terceiros**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2021

GUSTAVO DALL'OLIO

**Cooperação no processo civil:
abrangência e consequências da omissão do juiz, partes e terceiros**

Versão Corrigida

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Dall'Olio, Gustavo

Cooperação no processo civil: abrangência e consequências da omissão do juiz, partes e terceiros ; Gustavo Dall'Olio ; orientador Oreste Nestor de Souza Laspro -- São Paulo, 2021.

224 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Processual. 2. Processo Civil. 3. Cooperação. I. Laspro, Oreste Nestor de Souza, orient. II. Título.

DALL'OLIO, Gustavo. **Cooperação no processo civil: abrangência e consequências da omissão do juiz, partes e terceiros.** Tese (Doutorado) em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

Data: _____

Banca examinadora

Orientador: Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição _____

Julgamento _____

Aos meus pais, Neri e Claudionor.

AGRADECIMENTOS

Aos professores do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em especial o meu orientador, Oreste Nestor de Souza Laspro, que, com talento e dedicação, nos conduzem e inspiram a aprofundar o estudo da ciência do Direito.

Aos alunos que, juntos e intensamente, se esforçam, em agitados anos, numa jornada quase insuperável, compartilhando angústias e dificuldades, para alcançar a conclusão do curso de pós-graduação.

À Universidade de São Paulo, instituição de excelência, que nos permitiu aprimorar e retribuir o conhecimento obtido à sociedade.

“Il giudizio civile è una vera battaglia, nella quale è necessario trionfi non la forza o l’astuzia, ma la ragione”.

Lodovico Mortara¹

¹ MORTARA, Lodovico. *Manuale della Procedura Civile*. Torino, 1910, v. 1, p. 05.

RESUMO

DALL'OLIO, Gustavo. **Cooperação no processo civil: abrangência e consequências da omissão do juiz, partes e terceiros.** Tese (Doutorado) em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

A cooperação, modelo de processo diverso dos inquisitorial e dispositivo, foi acolhida pelo art. 6º do CPC/2015. Com origem no direito europeu, dentre os quais o português, italiano e alemão, o modelo cooperativo de processo não constitui propriamente novidade, tampouco logrou ainda alcançar, por déficit de regras que lhes deem adequada concreção, aptidão para efetivo rompimento dos modelos anteriores, instaurando a tão esperada mudança de cultura ou mentalidade nos juízes, Tribunais e advogados. Com *status* de princípio jurídico, a cooperação, que projeta efeitos também entre às partes, tem sido alvo, por parcela da doutrina, de algum descrédito, que vê no modelo originalmente europeu resquícios de atividade judiciária autoritária e moralista, contrária à liberdade das partes e advogados, detentores exclusivos, em última análise, dos desígnios do processo, imunes que são na formulação de suas pretensões ao longo do processo. Sem embargo, há muito superada a concepção egoística do processo, que deve avançar, mediante diálogo intenso, numa autêntica comunidade de trabalho, à obtenção da solução justa e efetiva, a mais próxima possível da verdade, porquanto todos, juízes, Tribunais e advogados, igualmente a integram, não dela se apartam, responsáveis que são, conjuntamente, pela realização do melhor direito. A mera enunciação dos deveres que decorrem da cooperação (auxílio, prevenção, consulta e esclarecimento), essencialmente importados da doutrina estrangeira, não cumpre satisfatoriamente o desiderato de dar autonomia à cooperação, destacando-a do contraditório, eficiência processual e boa-fé, embora com eles guarde relação próxima, como, também, não lhe confere integral execução, algo muito além de simplesmente orientar a sua aplicação, já que ainda débil o conjunto de regras prescritas pelo legislador ordinário para impulsionar o modelo de processo naquilo que lhe é mais caro e relevante, vale dizer, a intensidade do debate, em autêntico prestígio à oralidade, para a descoberta da verdade. Mais do que dizer a verdade, não contrariando fatos sabidamente verdadeiros, é dever das partes, por força da boa-fé que emerge da cooperação, fazer declarações completas e integrais, não homiziando fatos relevantes do juiz ou Tribunal com o propósito de manipular o resultado do julgamento. Mister que se dê, compreendidas a abrangência e as consequências da omissão pelos juízes, partes e terceiros, adequado impulso à aplicação do princípio da cooperação, como felizmente tem sido feito pelas Cortes de Justiça.

Palavras-chave: Cooperação. Deveres. Verdade. Boa-fé. Omissão.

ABSTRACT

DALL'OLIO, Gustavo. **Cooperation in civil proceedings: scope and consequences of the omission of the judge, parties and third parties.** Thesis (Doctoral Degree) – School of Law, University of São Paulo, 2021.

Cooperation, a principle of the procedural model different from the inquisitorial and the dispositive, is included in *art. 6* of the *CPC/2015*. Originating in European law – amongst which Portuguese, Italian and German law – the cooperative principle is not exactly a novelty, nor has it yet managed to achieve, due to a lack of rules that give it adequate concretion, the ability to effectively break the previous models, establishing the long-awaited change in the culture or mentality of judges, courts and lawyers. Endowed with legal principle status, cooperation – which also affects the parties – has been subjected by part of the doctrine – much to its (the cooperation principle's) discredit. The doctrine sees in the originally European model remnants of authoritarian and moralistic judicial activity which goes against the freedom of the parties and lawyers – the ultimately exclusive procedure designers – who are immune in the formulation of their claims throughout the procedure. Nevertheless, the egoistic conception of the procedure has long been overcome and must advance, through intense dialogue – in an authentic working community – to obtain a fair and effective solution – one as close to the truth as possible – since all judges, courts, and lawyers – who are also part of it, and not separate from it – are jointly responsible for the realization of the best practice. The mere enunciation of the duties that arise from cooperation (aid, prevention, consultation, and clarification) – which are essentially imported from the foreign doctrine – does not satisfactorily fulfill the desire to give autonomy to cooperation. This distinguishes it from the contradiction, procedural efficiency, and good faith – although being closely related to them – as it also does not grant full implementation, which is much more than simply guiding its execution. And that is because since the body of rules set forth by an ordinary legislator to encourage the procedural model in what is most dear and relevant to them, is still weak regarding the intensity of the debate – in honor to orality – for the discovery of the truth. More than telling the truth and not contradicting facts known to be true, it is the duty of all parties – by the good faith that comes from cooperation – to make complete and integral statements, not omitting relevant facts from the judge or Court with the purpose of manipulating the result of the trial. It is necessary – taking into consideration the scope and consequences of omission by judges, parties, and third parties – to give adequate encouragement to the application of the principle of cooperation, as it has fortunately been done by the Courts of Justice.

Keywords: Cooperation. Duties. Truth. Good faith. Omission.

RIASSUNTO

DALL'OLIO, Gustavo. **Cooperazione nella procedura civile: ampiezza e conseguenze dell'omissione del giudice, delle parti e dei terzi.** Tesi di Dottorato in Giurisprudenza - Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, 2021.

La cooperazione, modello di processo diverso da quello inquisitorio e da quello dispositivo, è stata accolta dall'art. 6 del CPC/2015. Con origine nel diritto europeo, tra cui il portoghese, l'italiano e il tedesco, il modello cooperativo di processo non è esattamente una novità, né ha ancora raggiunto, a causa di un deficit di regole che gli diano un'adeguata concretezza, la capacità per la rottura effettiva dai modelli precedenti, stabilendo il tanto atteso cambiamento di cultura o mentalità di giudici, Corti e avvocati. Con lo status di principio giuridico, la cooperazione, che proietta effetti anche tra le parti, è ancora oggetto di un certo discredito da parte di una percentuale della dottrina, che vede nell'originale modello europeo residui di un'attività giudiziaria autoritaria e moralista, contraria alla libertà delle parti e degli avvocati, detentori esclusivi, in ultima analisi, delle sorti del processo, poiché immuni nella formulazione delle loro pretese durante il processo. Tuttavia, superata da tempo la concezione egoistica del processo, esso deve avanzare, attraverso un dialogo intenso, in un'autentica comunità di lavoro, per l'ottenimento di una soluzione giusta ed effettiva, il più vicino possibile alla verità, affinché tutti, giudici, Corti e avvocati, che in parità la compongono, da essa non si separino, dacché sono, insieme, responsabili della realizzazione del miglior diritto. La mera enunciazione dei doveri derivanti dalla cooperazione (assistenza, prevenzione, consultazione e chiarimento), essenzialmente importati dalla dottrina straniera, non compie in modo soddisfacente il desiderio di dare autonomia alla cooperazione, staccandola da contraddittorio, efficienza processuale e buona fede, pur mantenendo con essi una stretta relazione, e nemmeno dà ad ella piena attuazione, qualcosa che va molto oltre il semplice guidare la sua applicazione, giacché è ancora debole l'insieme di regole prescritte dal legislatore ordinario per dare impulso al modello di processo in ciò che ad esso è più caro e rilevante, ovvero, l'intensità del dibattito, in un autentico prestigio dell'oralità, per la scoperta della verità. Più che dire la verità, non contraddicendo fatti a risaputa veri, è dovere delle parti, in virtù della buona fede che emerge dalla cooperazione, fare dichiarazioni complete e integrali, non sottacendo fatti rilevanti al giudice o alla Corte con lo scopo di manipolare l'esito del giudizio. Una volta comprese, dai giudici, dalle parti e dai terzi, l'ampiezza e le conseguenze dell'omissione, è imprescindibile che si dia un adeguato impulso all'applicazione del principio della cooperazione, come stanno fortunatamente facendo le Corti di Giustizia.

Parole chiave: Cooperazione. Doveri. Verità. Buona fede. Omissione.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag	Agravo
AgR	Agravo Regimental
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de instrumento
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CO	<i>Concursordnung</i>
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPO	<i>Civilprozessordnung</i>
CPP	Código de Processo Penal
Des.	Desembargador
EDcl	Embargos de Declaração
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados
EResp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
GVG	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i>
HC	<i>Habeas corpus</i>
INFOJUD	Sistema de Informações ao Judiciário
j.	Julgado em
MS	Mandado de Segurança
Min.	Ministro
p.	Publicado em
RDA	República Democrática Alemã
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RFA	República Federal Alemã
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RL	Localização em material digital
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
v.g.	<i>Verbi gratia</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

NOTAS SOBRE TRADUÇÕES E REFERÊNCIAS

De modo geral, a pesquisa também envolveu textos em língua estrangeira, cuja tradução, de nossa autoria, apresenta-se destacada ao longo do trabalho, no mais das vezes, sem o texto original, tendo por intuito a melhor fluidez da leitura e organização otimizada das notas de rodapé, nas quais também estão inseridas as referências do material consultado. Destaque-se, ainda, que a legislação/jurisprudência, de algum modo abordada, encontra-se elencada na própria bibliografia, inclusive com acesso, no tocante aos atos normativos, aos respectivos sítios virtuais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 MODELOS DE PROCESSOS	22
2.1 Adversarial e inquisitorial	22
2.1.1 Críticas	26
2.2 Cooperativo	29
2.2.1 CPC/1973.....	30
2.2.2 Origem, evolução e dimensão.....	32
2.2.3 Natureza jurídica	60
2.2.3.1 <i>Texto e norma</i>	61
2.2.3.2 <i>Interpretação</i>	62
2.2.3.3 <i>Princípios e regras</i>	63
2.2.3.4 <i>Postulados normativos</i>	67
2.2.3.5 <i>Qualificação da “cooperação”</i>	68
2.2.3.6 <i>Problemática</i>	70
3 DEVERES	76
3.1 Esclarecimento	77
3.1.1 Fundamentação	78
3.2 Consulta	81
3.2.1 Contraditório.....	82
3.2.1.1 <i>Vedação da decisão-surpresa</i>	86
3.2.1.2 <i>Violação</i>	90
3.2.1.3 <i>Limites</i>	92
3.3 Prevenção	97
3.3.1 Aproveitamento dos atos processuais.....	99
3.4 Auxílio	103
3.4.1 Eficiência processual.....	109
3.4.2 Gestão do processo	110

3.5 Deveres das partes	118
3.5.1 Boa-fé.....	122
3.5.2 Dever de verdade e completude	129
3.5.3 Evolução e limites	132
3.5.4 Provas	148
3.5.5 “Discovery”	150
3.5.6 “Contempt of court” e perjúrio	152
4 OMISSÃO	167
4.1 Negativa de esclarecimento	168
4.2 Falta de consulta	171
4.3 Ausência de prevenção	173
4.4 Recusa de auxílio.....	174
5 EXCESSO DE COOPERAÇÃO	179
6 COOPERAÇÃO SEGUNDO OS TRIBUNAIS	184
7 CONCLUSÃO	197
BIBLIOGRAFIA	208

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do CPC/2015, a cooperação, também chamada de colaboração, tem sido proclamada, por grande parte da doutrina, como verdadeiro marco de transição para um *novo modelo de processo*, em contraposição ao adversarial, porquanto exigirá dos sujeitos do processo a tomada de ação conjunta tendente à busca pela solução justa e efetiva.

Diz-se, ao ensejo, que a mentalidade daqueles que atuam no processo reclamará mudança, tanto que, no *modelo de processo cooperativo*, o juiz “*é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfechos da relação processual*”².

Tal pensamento, entre nós reverberado, consta da exposição de motivos da revogada legislação processual civil portuguesa.

[...] princípio angular e exponencial do processo civil, de forma a propiciar que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de um uma feição expedita e eficaz, a justiça do caso concreto; e procurando plasmar, mais uma vez, como adiante melhor se irá especificando, tal princípio nos regimes concretamente estatuídos (v.g., audiência preliminar, marcação de diligências, averiguação de existência de bens penhoráveis). Tem-se, contudo, plena consciência de que nesta sede se impõe a renovação de algumas mentalidades, o afastamento de alguns preconceitos, de algumas inusitadas e esotéricas manifestações de um já ajustado individualismo, para dar lugar a um espírito humilde e construtivo, sem desvirtuar, no entanto, o papel que cada agente judiciário tem no processo, idôneo a produzir o resultado que a todos interessa – cooperar com boa-fé numa sã administração da justiça. Na verdade, sem a formação desta nova cultura judiciária facilmente se poderá pôr em causa um dos aspectos mais significativos desta revisão, que se traduz numa visão cooperante, e não uma visão autoritária.

Entre os modelos adversarial e inquisitório, derivações dos princípios dispositivo e inquisitivo, encontrar-se-ia o cooperativo, “*um terceiro modelo de organização do processo*”, que, alicerçado nos “*princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao autorregramento da*

² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 119.

*vontade no processo, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação*³.

Contudo, a cooperação, que teve origem no direito europeu, já era identificada, entre nós, no CPC/1973, tendo o legislador apenas explicitado o seu conteúdo no art. 6º do CPC/2015⁴, algo que “*é inequivocamente pertinente e desempenha bastante bem o papel didático [...]*”⁵.

Lúcio Grassi de Gouveia, ainda no ano de 2011, foi um dos que propôs a análise dos deveres de cooperação do juiz ou Tribunal com as partes, dentre eles o de esclarecimento, sob a ótica do direito comparado:

No processo civil brasileiro, no que diz respeito ao dever de esclarecimento, ou seja, a oitiva das partes pelo juiz para que forneçam esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito, é perfeitamente possível, diante do disposto nos arts. 340, inc. I e 342 do CPC brasileiro, aquele ao prescrever o dever da parte de comparecer em juízo, respondendo ao juiz o que lhe for perguntado e este permitindo que o juiz, de ofício, em qualquer estado do processo, determine o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.⁶

Com efeito, partindo da premissa de que o CPC/2015 apenas explicitou a “cooperação”, instituto que já se sabia existente, nada havendo de revolucionário na ciência do processo, a tese pretende determinar o seu real sentido, natureza jurídica e as consequências da omissão das partes, juiz e terceiros, temas que, mais recentemente, têm sido motivo de algum embate na doutrina.

Isto é, embora posicionado no capítulo das *normas fundamentais do processo civil*, a cooperação ora é qualificada como *dever*, decorrente da boa-fé⁷, ora como *princípio jurídico*⁸. Há, também, os que afirmam não se tratar de uma coisa nem de outra, por *falta de densidade normativa*, servindo apenas para

³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil*, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 156.

⁴ Art. 6º, CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 408.

⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação do juiz e Tribunais com as partes. Uma análise sobre a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *Revista da Esmape*, Pernambuco, v. 5, n. 11, p. 247-273, jan./jun. 2011.

⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 228.

⁸ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012, p. 71.

*ornamentar e fornecer adereços à argumentação*⁹. Alerta-se, nesse caso, para o risco da moralização do processo pelo incremento do dever de cooperação¹⁰.

Desse modo, à luz do debate instaurado, dar-se-á contornos efetivos à cooperação, afirmando-se a sua real abrangência, que repousa, segundo pensamos, na conjugação (ou interpenetração) dos princípios do contraditório¹¹, boa-fé e eficiência processual, o verdadeiro sentido e alcance do art. 6º CPC/2015.

Outrossim, a par de traçar paralelo com o CPC/1973, refutando a ideia de que estar-se-ia diante de um novo modelo de processo¹², pretende a tese discorrer sobre a origem da cooperação, indicando, dentre os diplomas estrangeiros, o revogado CPC de Portugal (ano de 1961 – art. 266), cuja norma foi replicada, em redação muitíssimo semelhante, no atual código (ano de 2013).

Art. 7º - Princípio da Cooperação:

1 – Na condução e intervenção do processo, devem os magistrados, os mandatários e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurarem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

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

4 – Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

⁹ STRECK, Lenio Luiz *et al.* O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Enunciado 7 da Carta de Tiradentes: “A cooperação constante do art. 6º do Novo CPC deve ser entendida como coparticipação, que se liga ao contraditório consistente nos princípios de informação, reação, diálogo e influência na construção da decisão” (CONGRESSO DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE NOVO CPC. *Carta de Tiradentes*, 2016).

¹² “O art. 6º não revoluciona o direito processual civil nem cria o tal modelo cooperativo. Tal modelo, bem compreendido, já merecia ser extraído – e já o era por parcela da doutrina, inclusive pelo volume 1 deste Curso, vale repetir – a partir do modelo constitucional do direito processual civil, em especial a reconstrução do princípio constitucional do contraditório, apartando-o da ampla defesa [...]. Assim, tanto quanto o que está escrito a respeito do art. 5º, a carga de real novidade do art. 6º é menor do que se pode supor, embora o sabor de novidade tenha apelo inegavelmente didático e, nesse sentido, positivo” (BUENO, 2020, p. 410).

Considerado a origem e a evolução histórica do instituto, também merecerá atenção no estudo o tratamento dado pela doutrina estrangeira ao tema, em especial o famoso ensaio de Eduardo Grasso, professor da Universidade de Catania, publicado no ano de 1966. Destacar-se-á, do mesmo modo, a doutrina de Miguel Teixeira de Sousa, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, quem elencou, mormente no que tange ao juiz, as várias espécies de deveres oriundos da cooperação.

A boa-fé, doutro lado, é fortemente apontada pela doutrina como um dos fundamentos da cooperação¹³, tanto que, tal como ocorre no CPC português¹⁴, o CPC/2015 antecede a norma que cuida da cooperação pela que prescreve o dever de “*comportar-se de acordo com a boa-fé*”¹⁵.

Aqui reside, mais fortemente, a depender da exata qualificação do instituto (natureza jurídica), a problemática das consequências da omissão do dever de cooperação, que, em se tratando de tema imbricado com a boa-fé, podem ser bastante diversas, tanto no sentido de aplicação dalguma sanção pelo descumprimento (dano *in re ipsa*), como no sentido de apenas orientar o intérprete a uma finalidade, não impondo propriamente a tarefa de atuá-la.

Nesse sentido, vale mencionar que o CPC português, desde o diploma revogado (art. 519/1961), autoriza, expressamente, a aplicação de multa (sanção), sejam ou não partes na causa, em razão do descumprimento do dever de cooperação para a descoberta da verdade, “*sem prejuízo da aplicação dos meios coercitivos que forem possíveis*”.

Dispõe o art. 417 do CPC de Portugal (“*dever de cooperação para descoberta da verdade*”):

1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

¹³ “A cooperação e solidariedade processuais têm sua raiz no princípio da boa-fé” (NERY JR.; NERY, 2018, p. 227).

¹⁴ O art. 7º do CPC português também fala da cooperação ao tratar do dever de boa-fé: “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”.

¹⁵ Art. 5º, CPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

2 - Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.

3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4.

4 - Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

A colaboração para a *descoberta da verdade*, na esteira do CPC de Portugal, também é anunciada pelo CPC/2015 (art. 378, CPC), que copiou o art. 339 CPC/1973.

Ademais, ainda sob o enfoque das consequências da omissão, faz-se necessário delimitar qual o sentido da expressão “*colaboração para a descoberta da verdade*”, a que estariam (eventualmente) sujeitas as partes, caso se admita que todos, sem exceção, estejam jungidos, sem restrição de alcance, à norma que impõe o dever de cooperação.

Destarte, os deveres de cooperação, segundo a doutrina, são o de *esclarecimento* (o magistrado deve solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações), de *consulta* (o juiz deve colher manifestação das partes preparatória de sua própria manifestação ou decisão), de *prevenção* (as partes devem ser alertadas do uso inadequado do processo e da inviabilidade de julgamento de mérito) e de *auxílio* (incentivo às partes a superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, faculdades, ónus e deveres processuais).

E são muitos os exemplos empregados pela doutrina, mormente sob o enfoque do juiz, para ilustrar a cooperação, tudo a pretexto de que a decisão alcance o desejável *standard* de legitimidade democrática.

Dentre eles, (i) a permissão de intervenção de pessoas, órgãos ou de entidades com interesse, ainda que indireto, na solução de controvérsia que possa alcançar um grande número de pessoas; (ii) realização de audiências públicas (art. 927, § 2º; art. 983, § 1º; art. 1.038, II); (iii) autorização de ingresso de outros personagens que possam colaborar para a realização da justiça, caso

dos *amicus curiae* (arts. 138 e 1.038, I)¹⁶; (iv) a suspensão do processo, por prazo razoável, para que defeito de incapacidade processual ou a irregularidade da representação sejam sanados pelas partes (art. 76); (v) incumbência do juiz de determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais (art. 139, IX); (vi) concessão de prazo para, se possível, corrigir o vício ou defeito, antes de proferir sentença sem resolução de mérito (art. 317); (vii) emenda da petição inicial, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321); (viii) delimitação, no saneador, das questões de direito relevantes para a decisão de mérito (art. 357, IV); (ix) incumbência do relator, antes de considerar inadmissível o recurso, de conceder prazo ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível (art. 932, parágrafo único); (x) havendo dúvida quanto ao recolhimento do preparo, decorrente de equívoco no preenchimento da guia de custas, cabe ao relator intimar o recorrente para sanar o vício, antes de pronunciar a deserção (art. 1.007, § 7º); (xi) oportunidade de regularização do agravo de instrumento na hipótese de falta de peças ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade (art. 1.017, § 3º); (xii) descon sideração de vício formal de recurso tempestivo pelo STF ou STJ, desde que não o repute grave (art. 1.029, § 3º); (xiii) modificação do ônus da prova diante dos pressuposto do art. 373, §§ 1º e 2º; (xiv) dever de declinar, no primeiro momento que couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando a informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva, bem como de informar e manter atualizados os dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário, para recebimento de citações e intimações (art. 77, V e VII); (xv) possibilidade dos advogados efetivarem intimações ao longo do processo (art. 269, § 1º); identificação consensual das questões de fato e de direito pelas partes

¹⁶ “O princípio da cooperação não se limita aos participantes tradicionais do processo, autor e réu. Deve o juiz, sempre que necessário, especialmente nos processos cujo resultado possa alcançar um grande número de pessoas, permitir a intervenção de pessoas, órgãos ou de entidades com interesse, ainda que indireto, na controvérsia. Assim, promover a realização de audiências públicas (art. 927, § 2º; art. 983, § 1º; art. 1.038 II; v.g.) e até mesmo permitir o ingresso de outros personagens que possam colaborar para a realização da justiça, caso do *amicus curiae* (arts. 138 e 1.038, I), são corolários lógicos de uma das formas de cooperação do juiz com o deslinde da causa. Quanto maior for a participação e, portanto, os elementos de informação, maior será a legitimidade democrática da decisão” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et al. Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 71).

e sujeito à homologação judicial (art. 357, § 2º); (xvi) escolha, em comum, pelas partes, do perito, configurando a chamada “perícia consensual” (art. 471).

Nesse sentido, ao longo da tese, fixados os deveres que emanam da cooperação, com a correlata individuação deles no texto legal, delimitar-se-á a abrangência subjetiva da cooperação no processo; vale dizer, se também abarcam as partes e advogados ou apenas o juiz e quais seriam, se existentes, os efeitos dela no campo probatório, em face da postura adversarial própria da natureza humana, mormente porque, tal qual o CPC de Portugal, o CPC/2015 proclama o dever de todos colaborarem com o Poder Judiciário para a *descoberta da verdade* (art. 378).

Em suma, conquanto remonte ao século passado, a partir de estudos produzidos na Europa, a afirmação de que a cooperação ou colaboração tem conteúdo *revolucionário*, a ponto de alguns proclamarem que o art. 6º CPC/2015 constituiria o marco de um novo modelo de processo, o denominado *cooperativo*, exige melhor investigação, dando-se perspectiva mais realista ao instituto, que pode ser entendido, conforme demonstraremos, a partir (ou como consectário) de princípios que, interagindo entre si (contraditório, boa-fé e eficiência), conferem o exato sentido, abrangência e aplicabilidade à cooperação.

Não obstante, somente com a exata determinação da natureza jurídica da norma (regra, princípio ou postulado), algo ainda vacilante na doutrina, será possível projetar quais as, quiçá existentes, consequências da omissão dos deveres de cooperação, muitos deles replicados daqueles enunciados por Miguel Teixeira de Sousa¹⁷, que ensina:

¹⁷ “O dever de cooperação desdobra-se nos seguintes deveres: - Dever de inquisitorialidade (cf. art. 411º e 986º, nº): o tribunal tem o dever de utilizar os poderes inquisitórios que lhe são atribuídos pela lei; por exemplo: o juiz suspeita de que uma pessoa que as partes não ofereceram como testemunha tem conhecimento de factos relevantes para a decisão da causa; utilizando os poderes instrutórios em matéria probatória (cf. art. 411.º), deve convocar essa pessoa para depor (cf. art. 526.º, n.º1); - Dever de prevenção ou de advertência (correspondente à Hinweispflicht); o tribunal tem o dever de prevenir as partes sobre a falta de pressupostos sanáveis (cf. art. 6º, n.º. e 508, n.º1, al. a)) e sobre irregularidades ou insuficiências das suas peças ou alegações (cf. art.590.º, n.º 2, al. b), 591.º, n.º1, al. c), 639º, n.º3, e 652.º, n.º 1, al. a)); o dever de prevenção tem uma especial importância nos prazos subordinados à inquisitorialidade judiciária (como são os processos de jurisdição voluntária: cf. art. 986, n.º 2) e nos processos que a lei impõe como forma de exercício de um direito (como é o caso das acções relativas aos estados pessoais que terminam com uma sentença constitutiva necessária); - Dever de esclarecimento: o tribunal tem o dever de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cf. art. 7.º, n.º 2; cf. também art. 452.º, n.º 1), nomeadamente, porque os mesmos padecem de uma ambiguidade sintáctica ou semântica; trata-se de um correspondente da antiga interrogatio ad clarificandum e do mais recente Fragerecht, que, como

Este importante princípio da cooperação destina-se a transformar o processo civil numa “comunidade de trabalho” e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados. Este dever de cooperação dirige-se quer às partes, quer ao tribunal, pelo que importa algumas consequências quanto a posição processual das partes perante o tribunal, deste órgão perante aqueles e entre todos os sujeitos processuais em comum.¹⁸

Assim, cotejando o pensamento dos atuais autores sobre o tema, enveredar-se-á pela análise da natureza jurídica do instituto, definindo-se o valor e a dimensão da norma, com o auxílio de teorias que, sedimentadas pela ciência (Robert Alexy e Ronald Dworkin, v.g.), oferecem subsídios à difícil tarefa de distinção entre regras e princípios, com todos os consectários decorrentes. A dualidade temática, com a qual comumente se depara o intérprete, conforme ensina Carlos Ayres Brito:

Realmente, o parâmetro de interação das normas constitucionais originárias consigo mesmas reside é na dualidade temática princípios/regras ou princípios/preceitos (regras comuns são preceitos, e não princípios). Vale dizer: as normas que veiculam princípios desfrutam de maior envergadura sistêmica. Elas enlaçam a si outras normas e passam a cumprir um papel de ímã e de norte, a um só tempo, no interior da própria Constituição. Logo, os seus comandos são interpontuais. Não apenas pontuais, como se dá, agora sim, com as normas veiculadoras de simples preceitos. [...]. Tudo isto assentado, conclua-se que é ao influxo de critérios axiológicos ou valorativos que a interpretação sistemática vê a realidade de cada norma da Constituição. E assim enxergando, mantém a unidade material dessa mesma

já WACH (1834-1926) afirmava, se situa no plano da informação, e não da inquisitorialidade do tribunal; o exercício do dever de esclarecimento é indispensável para que o tribunal possa interpretar devidamente as alegações, os pedidos e as posições das partes; - Dever de consulta das partes: o tribunal tem o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer (oficiosamente) de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (cf. art. 3.º, n.º 3), o que pode suceder quer quando o tribunal pretenda conhecer de matéria não alegada pelas partes ou considerada irrelevante por estas, quer quando o tribunal discorde de uma posição comum de ambas as partes; com o cumprimento deste dever procura-se obviar às chamadas ‘decisões-surpresa’, isto é, às decisões com fundamentos de facto ou de direito inesperados para as partes (cf. art. 591.º, n.º1, al. b), 654.º, n.º 1, 655.º, n.º 1, 665.º, n.º 3, e 687.º, n.º 2); por exemplo: (i) o autor baseia o seu pedido num contrato celebrado com o réu; esta parte não invoca a nulidade do contrato; o tribunal entende que o contrato é nulo e pretende conhecer oficiosamente dessa nulidade (cf. art. 286.º CC); não o deve fazer antes de consultar as partes sobre essa invalidade; (ii) o réu não invoca a competência absoluta do tribunal (cf. art. 96.º); o tribunal pode conhecer oficiosamente dessa incompetência (cf. art. 97.º, n.º1), mas, antes disso, deve ouvir as parte; - Dever de auxílio das partes; o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento dos seus ónus ou deveres processuais (cf. art. 7.º, n.º 4); encontra-se na concretização deste dever de auxílio no art. 418.º, n.º1, quanto à obtenção de informações na posse de serviços administrativos” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências? [S. l.: s. n.]: 2015, p. 02-03).

¹⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex. 2. ed. 1997, p. 62.

Constituição. É raciocinar: os valores que se contêm nos princípios atraem para o seu próprio serviço, para a sua própria causa, os atos e fatos pontuais que se verbalizam em cada preceito (por exemplo, o veto presidencial a projeto de lei, que faz parte do esquema em que se viabiliza o princípio da Independência e Harmonia dos Poderes). Com o que se tem, no interior da Constituição rígida, um Ordenamento de vinco axiológico; no exterior da Constituição rígida, um Ordenamento de traço hierárquico. Recolocando de forma ainda mais precisa a idéia, diríamos: as normas principiológicas não consubstanciam meios ou providências (estadopontual-de-coisas), propriamente, para o alcance de valores. Elas são esses valores mesmos. A tradução formal deles (Federação, Desenvolvimento, Soberania Popular, Moralidade Administrativa, Legalidade, etc.). Daí por que têm a particularidade de irradiar o seu conteúdo exclusivamente axiológico para outras normas gerais, sejam as que vimos chamando de preceituais, sejam mesmo aquelas veiculadoras de princípios menores ou subprincípios. Em qualquer das duas suposições, são as normas-princípio que fazem da Constituição uma densa rede axiológica de vasos comunicantes. Diferentemente das normas-preceito, que não têm ou quase sempre não têm a pretensão de enlaçar a si outras normas. É como dizer: as normas-princípio conectam outras normas e assim formam um conjunto que vai possibilitar a própria formulação de um pensamento dogmático ou científico sobre esse conjunto. Logo, são elas que tornam o Direito uma casa arrumada, fincando uma base de coerência material que é o *a priori* lógico da formulação de um pensamento dogmático.¹⁹

O estudo mais pragmático, confrontando normas espalhadas no CPC/2015, também se fará presente, especialmente sob o enfoque das consequências (se é que existem) da omissão da cooperação pelo juiz, partes e terceiros, considerando as diversas modalidades de deveres de cooperação (esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio).

Por fim, a análise crítica da jurisprudência, para verificar se a cooperação ou colaboração, segundo a sua real dimensão, está sendo adequadamente aplicada pelos Tribunais, nos permitirá verificar o atual impacto do instituto no sistema processual, juntamente da tão alardeada mudança de *mentalidade* das partes e juízes.

¹⁹ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, 2003, p. 166/180.

2 MODELOS DE PROCESSOS

2.1 Adversarial e inquisitorial

Dois eram os modelos de processo que, até então, a doutrina costumava identificar.

Duas estruturas de *trabalho*, totalmente opostas, em que os sujeitos do processo, uma vez inseridos, sujeitar-se-iam, até a solução da causa: o *adversarial* e o *inquisitorial*²⁰.

No primeiro, o *adversarial*, onde prepondera o princípio dispositivo, a forma de *trabalho* era a competição ou disputa perante órgão jurisdicional (mais ou menos) contemplativo, a quem cabia apenas decidir. No segundo, o *inquisitorial*, onde prepondera o princípio inquisitivo, o juiz era o grande protagonista do processo, incumbindo-lhe a pesquisa oficial, diante da atividade desenvolvida pelas partes.

O ponto central, segundo a doutrina, para distinção entre os modelos de processos adversarial e inquisitivo, é a maior ou menor atribuição de poderes ao juiz, em contraposição à liberdade das partes, “[...] *valor humano de primeiríssima grandeza, integra a essência da democracia e chega a constituir verdadeiro pólo atrativo em torno do qual gravita uma série de garantias constitucionais*”²¹.

Quanto mais o legislador conferir poderes ao magistrado, independentemente da vontade das partes, mais se fará presente, em maior ou menor intensidade, o modelo inquisitorial, ao passo em que, se esvaziados ou limitados os poderes do juiz, deixando-se a atividade processual *lato sensu* (instauração do processo, produção de provas, delimitação do objeto litigioso, recursos e análise das questões de fato e direito) à iniciativa das partes, emergirá, da estrutura de trabalho, o modelo adversarial.

Ocorre que, nem sempre, a distinção é clara e objetiva.

O legislador, sobre alguns temas, pode fazer opções que ora negam o caráter inquisitivo, ora o avalizam, dando forma a um modelo de trabalho que,

²⁰ Alguns autores os denominam de simétrico/assimétrico ou paritário/isonômico/hierárquico.

²¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a, v. 1, p. 231.

segundo os influxos ideológico-culturais da época, pareça-lhe mais adequado para busca da solução justa e efetiva²².

Entre nós, a simbiose entre os modelos de processo decorre do embate ou confronto entre dois grandes temas: a instauração do processo somente mediante iniciativa da parte (art. 2º, CPC) e a permissão ao juiz de determinar, *ex officio*, “as provas necessárias ao julgamento do mérito” (art. 370, CPC).

São dois eventos que, conjugados, tornam difícil a tarefa de qualificar o modelo de trabalho, no caso o processo civil brasileiro, como sendo puramente adversarial ou puramente inquisitivo.

Com efeito, tal como nos demais sistemas normativos, o modelo brasileiro foi concebido a partir da mescla de elementos que, alternando maior ou menor assertividade na esfera de vontade das partes ou na atuação do Estado-juiz, determinam ora a preponderância adversarial, ora a preponderância inquisitorial, vale dizer, “*mais recomendável falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso, etc.*”²³.

Ainda que as partes possam atuar como e quando quiser, formulando requerimentos, na medida desejada, ou omitindo-se, se assim lhes convier, corolário da garantia constitucional da liberdade, como se observa, v.g., no exercício da ação, opção por procedimentos (monitória, juizado especial, mandado de segurança, etc.), intervenção de terceiros, não oferecimento de recursos ou defesa, “*uma vez formado este [o processo] a tendência moderna é reforçar os poderes de direção e impulso do juiz*”^{24, 25}.

²² “[...] fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Temas de direito processual. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53).

²³ DIDIER JR, Freddie. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011, p. 214.

²⁴ DINAMARCO, 2009a, p. 238.

²⁵ Nesse sentido, confira-se: “[...] III - O código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado

Desse modo, exsurge a aparente oponibilidade, verdadeira fricção, ao longo do processo, entre o princípio da liberdade das partes e os poderes de impulso e direção do juiz, conforme ensina Dinamarco:

Não há oposição, contraste ou conflito entre a disponibilidade da tutela jurisdicional, que repudia a instauração de ofício pelo juiz; e o princípio inquisitivo, responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado. Exaure-se aquela no veto à iniciativa oficial, não chegando sequer ao ponto de permitir a unilateral e peremptória revogação da vontade de contar com o processo e com a tutela jurisdicional [...]. Atuam, pois, em campos distintos a disponibilidade da tutela jurisdicional, que informa a conduta dos sujeitos antes da instauração do processo e até que ele se instaure; e o princípio inquisitivo, que diz respeito ao modo como o processo é conduzido. O princípio inquisitivo não é porém soberano no processo civil nem deve chegar ao ponto de aniquilar o dispositivo. Corresponde este à longa tradição privatista que por muito tempo imperou, desde as origens romanas, assentada sobre a premissa de que o processo seria mero exercício dos direitos e a ação, o próprio direito subjetivo de resgate de suas próprias forças – donde a secular tendência de permitir que as partes tudo pudessem ao longo do processo, inclusive negligenciar o exercício das faculdades processuais, porque a consequência de suas condutas e omissões seria apenas o perecimento daquelas, as quais são em si mesmas disponíveis²⁶.

Alguns também enxergam a distinção dos princípios segundo a perspectiva do direito material, pois, tudo aquilo que, nesse plano, “*depende de iniciativa do interessado deve também, na perspectiva do direito processual, depender dela. Trata-se de princípio, pois, que pressupõe a adequada compreensão do necessário diálogo entre os planos do direito material e do direito processual*”²⁷.

Sobre tal distinção, Barbosa Moreira:

[...] preferível que a denominação princípio dispositivo seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido) [...].²⁸

Falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o órgão judicial e as partes.

favorecimento a litigante que haja descurado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse” (STJ - REsp 17.591/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4 T., j. 07.06.1994, p. 27.06.1994, p. 16982).

²⁶ DINAMARCO, 2009a, p. 238-239.

²⁷ BUENO, 2020, p. 402.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, 2004.

[...] Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados.²⁹

Doutro lado, parece-nos errado relacionar os modelos de processo a regimes autoritários ou liberais, embora os influxos ideológico-culturais determinem o conteúdo do *invólucro* e o *iter* do mecanismo de solução de litígios, assim como equivocado imaginar-se que um modelo se sobressai ao outro³⁰, em resultado e eficiência, já que é do balanço entre o exercício dos poderes do juiz e a participação dos litigantes, segundo o princípio do contraditório, que se obtém, tanto quando possível, a tutela jurisdicional justa e efetiva.

Usual, também, para explicar a evolução do processo até o modelo cooperativo, dizer que o processo adversarial é mais comum em países da *common law*, onde sobreleva a disputa e a competição entre as partes, enquanto o processo dito inquisitorial estaria mais presente naqueles países de tradição romano-germânica (*civil law*), no qual o órgão jurisdicional assumiria, finalmente, o papel de protagonista.

Sem embargo, inegável que, a partir do Estado Liberal, advindo da Revolução Francesa, os litigantes foram alçados à posição de comando do processo, desde o início até sua conclusão, sendo os poderes dos juízes bastante reduzidos, sobretudo no campo dos direitos privados, ao passo em que, com o surgimento do Estado Social, nascido para implantar direitos fundamentais e os ideais de democracia, deu-se impulso, nova dimensão mesmo, ao papel do juiz

²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil*. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

³⁰ “Quando aplicado de modo absoluto, o princípio dispositivo conduziria à integral liberdade concedida aos litigantes para determinar o ritmo do procedimento, os rumos da instrução processual, a maior ou menor efetividade da execução forçada etc. Embora sofra mitigações no processo civil moderno, ele conta porém com a força da natureza humana e das tendências hedonísticas do juiz menos empenhado - ao qual no entanto não é lícito manter-se estático e esperar sempre pelas provocações da parte” (DINAMARCO, 2009a, p. 240).

na solução dos litígios, até o “*surgimento*”, digamos, do *modelo cooperativo*, que é forte - como se vê adiante - em críticas aos anteriores, ao estruturar-se autonomamente.

2.1.1 Críticas

Em relação ao modelo adversarial, afirma-se que a finalidade essencial do processo não é a atuação da norma, dos critérios de justiça, mas a de resolver os conflitos de interesses entre as pessoas.

Assim o fazendo, o *adversarial system* determina a sua estrutura e os seus valores fundamentais, quais sejam, a gestão do processo confiada integralmente à iniciativa das partes (*party control*), onde a autonomia da vontade constitui valor primário, cabendo-lhes o controle total do objeto e do desenvolvimento do processo, inclusive o monopólio das provas.

O juiz, nesse contexto, deve apenas velar pela regularidade do embate, corolário da igualdade formal e absoluta entre as partes, embora uma série de condições sociais, econômicas e culturais operem decisivamente no sentido de provocar relevante desigualdade no processo. O processo adversarial não pode conter instrumentos hábeis a reequilibrar a relação entre as partes, já que romperiam com o mecanismo de *scontro puro*.

Disso decorre, segundo a doutrina, a concepção de mecanismo *moltiplicatore delle disuguaglianze*, prejudicial à situação do *mais fraco*, que dificilmente poderá arcar com os custos do processo e superar os entraves inerentes à complexidade da demanda, sendo remota a possibilidade de vitória, independentemente da consistência do seu direito, porquanto a busca pela verdade, a melhor verificação dos fatos e do direito aplicável, não é escopo no modelo adversarial, conforme ensina Michele Taruffo:

[...] Esta teoria concebe o processo nada mais que uma competição, tanto que é comum a expressão *sporting theory of justice* (Roscoe já falava de *fight theory of justice*) na qual o que interessa é apenas que a competição se desenvolva regularmente (pelo que a função exclusiva do juiz é aquela de um árbitro que sanciona as violações das regras do jogo). Ao final um dos combatentes vencerá (e terá merecido vencer porque conseguiu demonstrar ser o mais forte, o mais hábil, o mais rico), e essa é a única e exclusiva finalidade para o qual orientado o processo adversarial: resolver a controvérsia pela vitória de um dos dois contendores. Não pode surpreender, então, que um modelo deste

gênero não tenha relevância alguma sobre a qualidade do conteúdo da decisão que encerra o processo, posto que a sua função é apenas a de certificar a vitória de uma parte e a derrota da outra. Por consequência, se a decisão corresponde ou não corresponde à verdade dos fatos é de todo irrelevante: a busca pela verdade no processo é, ao contrário, vista como um desperdício de atividade, de tempo e de dinheiro. Ademais, e por consequência, o processo adversarial não é estruturalmente orientado ao acerto da verdade. Nessa perspectiva, falar de verdade no processo é evidentemente um *nonsense*.³¹

A resposta a tais problemas, formulada pelos defensores do modelo adversarial, é a de que a desigualdade entre as partes fica superada e resulta irrelevante na medida em que estão assistidas por advogados, os quais devem perseguir, no curso do processo, fazendo uso da melhor técnica, o êxito na causa, a vitória, o cenário ideal ao seu constituinte.

Porém, os advogados não são iguais em preparação, habilidade e capacidade na condução da defesa. Há desnível evidente no interior da própria profissão, seja quanto à especialidade, inteligência e experiência, seja quanto aos custos da contratação, que é determinado, como nas demais áreas de conhecimento, pelas leis de mercado, sendo a mais conhecida a da “oferta e procura”, a qual reserva inexoravelmente ao *mais forte*, no plano econômico, os melhores e mais preparados advogados, enquanto aos *mais fracos*, dada a menor disponibilidade financeira, remanesceriam apenas os aptos a prestar serviço idealmente inferior.

Sob esse prisma, a presença dos advogados no sistema adversarial não só não serve à função de reequilibrar as desigualdades entre as partes no processo, como, também, constitui elemento que certamente as potencializa.

A amplificação da problemática do incentivo econômico no modelo adversarial se dá, notadamente, no sistema inglês e norte-americano, segundo Cristina Giorgiantonio:

[...] em um processo conduzido por advogados remunerados à base de tarifas horárias, mecanismos de conotação adversarial (em particular, a *discovery*), que consente a quem é mais abastado de aumentar o preço do conflito, pode constituir um meio, de um lado, para alongar o tempo

³¹ TARUFFO, Michele. La verità nel processo. *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* / Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) UPB. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, p. 31-48, 2014, p. 35-36.

do processo, e de outro, para excluir o adversário do sistema de justiça, eventualmente constringendo-o a aceitar transações iníquas.³²

Doutro lado, o sistema não-adversarial, dominante na tradição da *civil law*, parte da concepção de que é tarefa do Estado não só fornecer os meios institucionais para solução dos litígios e defesa dos direitos, mas também de intervir e regular as relações no interior do processo para atingimento da igualdade substancial entre as partes.

O juiz, de mero expectador, responsável pela regularidade formal do embate, tem o poder, neste modelo de trabalho, de controlar a direção e o desenvolvimento do processo, inclusive produzindo as provas que entender necessárias, não constituindo mais a vontade ou iniciativa da parte *condicio sine qua non* para a sua intervenção.

Embora tenha a vantagem de assegurar, com o incremento da intervenção do juiz do processo, maior equilíbrio na dinâmica das posições das partes, o sistema inquisitivo não é suficiente para resolver a inadequação da atuação proeminente do magistrado a favor de uma parte, comprometendo-se a sua indispensável imparcialidade, tampouco a tendência de comportamento abusivo ou autoritário, quando totalmente descolado da finalidade da norma e da iniciativa da parte.

O adequado funcionamento deste sistema, que confere protagonismo ao magistrado, demandaria a previsão de medidas de correção além do próprio processo.

Isto é, eficiente sistema recursal, previsão de preclusão em relação a comportamentos dilatatórios, responsabilidade da parte em caso de demanda temerária, podem não bastar, no sistema inquisitivo, caso não concebidas e acompanhadas de normas sancionatórias, junto de eficiente sistema punitivo, também em relação ao juiz, caso verificada atuação abusiva, contrária ao sentido da norma.

É por isso que, postas resumidamente as críticas, enveredou-se por um sistema de convergência, que passamos a analisar, forte no pensamento que o processo é um *fenômeno social*.

³² GIORGIANTONIO, Cristina. Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management. *Quaderni di Ricerca Giuridica*. Banca d'Italia, Roma, n. 66, settembre 2009, p. 11.

2.2 Cooperativo

Anunciado com grande entusiasmo pela doutrina, o *equilíbrio* entre os vetustos modelos adversarial e inquisitorial, a cooperação ou colaboração foi acolhida pelo CPC/2015, no art. 6º, ao dispor que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

Sobre a *refundação* do CPC, Humberto Theodoro Júnior:

[...] O novo CPC brasileiro esposa ostensivamente o modelo cooperativo, no qual a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como *direito de informação/reação*, ceda espaço a um *direito de influência*. Nele, a ideia de democracia representativa é complementada pela de *democracia deliberativa* no campo do processo, reforçando, assim, “o papel das partes na formação da decisão judicial”.³³

Integrado no bojo das normas fundamentais do processo civil, estaríamos, agora sim, sob regência de um modelo cooperativo, que traduziria, sob a perspectiva dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, o modelo de organização da sociedade moderna, conforme ensina Daniel Mitidiero:

O modelo cooperativo, de seu turno, funda-se em outras bases. Se é certo que, nessa quadra, permanece moderna a distinção entre Estado, sociedade e indivíduo, não menos certo se mostra o que o modelo cooperativo organiza as relações entre os três elementos de maneira bastante diferente daquela, por exemplo, oferecida pelo Estado Nacional Moderno. A Constituição, que tem como referencial uma sociedade cooperativa, conforma o Estado como Estado constitucional, cujas duas grandes virtudes estão na sua submissão ao direito e na participação social na sua gestão (o Estado Constitucional, assim, é necessariamente um Estado de Direito Democrático ou, como prefere nossa Constituição, um “Estado Democrático de Direito”, art. 1º, caput). Essa conformação, no que agora interessa, funda o Estado na “dignidade da pessoa humana” (como está, aliás, igualmente em nossa Constituição – art. 1º, III), objetivando “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (consoante também consta de nossa Constituição, art. 3º, I). Daí a razão pela qual a sociedade contemporânea pode ser considerada ela mesma um empreendimento da cooperação entre os seus membros em vista da obtenção de proveito mútuo.³⁴

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81-83.

³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71-73.

Porém, sem embargo do avanço normativo, não estamos, verdadeiramente, a falar de revolução no sistema processual, considerando o requisito da novidade, especialmente em face do direito comparado, dado que, entre nós, havia quem, há muito, identificasse, no CPC/1973, a existência do modelo cooperativo, preconizando, tal qual os demais diplomas normativos, a presença dos deveres de cooperação dos juízes e Tribunais com as partes.

Ademais, ainda sob o enfoque da expressão *revolução*, que também sugere efetiva mudança de rumos, o modelo de processo cooperativo ainda não se encontra devidamente calçado e municiado de regras que lhes deem real e concreto poder transformador, inclusive sob o ponto de vista da mentalidade dos sujeitos do processo.

2.2.1 CPC/1973

Lúcio Grassi de Gouveia, fazendo análise da legislação europeia mais moderna, foi um dos que identificaram, no processo civil brasileiro de 1973, o *dever de esclarecimento*, (conforme sistematizado pelo professor português, Miguel Teixeira de Sousa), na possibilidade de o juiz ordenar a oitiva das partes para que fornecessem esclarecimentos sobre a matéria de fato e de direito (arts. 340, I e art. 342, CPC/1973), em determinar a produção de provas de ofício (art. 130, CPC/1973), no julgamento orientado pelo livre convencimento motivado (art. 131, CPC/1973) e no dever de colaboração com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339, CPC/1973).

Ao fazê-lo, afirmou Lúcio Grassi de Gouveia:

Assim, a chamada neutralidade do juiz, no sentido de não utilizar seu poder assistencial, longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a supremacia financeira de uma parte sobre a outra e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que deve primar pela igualdade de armas.³⁵

Com relação ao *dever de prevenção*, espécie de alerta às partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências de suas alegação ou pedidos, o CPC de

³⁵ GOUVEIA, 2011, p. 256.

1973 prescrevia ao juiz a determinação de emenda da petição inicial, caso identificados defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, que tinha primazia.

Ou seja, além do dever de cooperar do juiz ou Tribunal com as partes, reconhecia-se o correspondente direito subjetivo do autor de ter a oportunidade de correção do defeito na petição inicial, “*cujo descumprimento é suscetível de causar cerceamento de defesa e conseqüente nulidade de sentença de indeferimento da exordial*”³⁶.

Quanto ao *dever de consultar*, sempre que o Tribunal pretenda conhecer a matéria de fato ou de direito sobre a qual as partes não tenham tido a possibilidade de previamente se pronunciar, evitando-se as chamadas “*decisões surpresa*”, Lúcio Grassi de Gouveia não logrou estabelecer correlação com o CPC/1973, arguindo a “*falta de previsão legal expressa*”; vale dizer, “*não estão proibidas as decisões surpresas, nos moldes português e alemão, máxime quando se trata matéria de apreciação oficiosa pelo juiz ou tribunal*”³⁷.

Nesse tópico, pode não ter havido a identificação exata de paradigma normativo semelhante no texto, mas não se pode negar que a evolução e a moderna compreensão do princípio do contraditório, que antecede e orienta a formulação da legislação processual, inclusive antiga ou revogada, não deixa dúvidas de que a vedação da “*decisão-surpresa*”, nos moldes do sistema europeu, sempre existiu no ordenamento brasileiro.

Por fim, no tocante ao *dever de auxiliar* as partes, consistente na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos e faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais, apontou-se, no CPC/1973, a ordem do juiz de exhibir documentos ou coisas em poder da parte ou terceiro (arts. 355 e 360) e a inspeção de pessoas ou coisas para esclarecer fato que interesse à decisão da causa (art. 440). Ou seja:

Deve-se, assim, impedir que a parte venha a ter contra si uma decisão por não ter conseguido obter documento ou informação imprescindíveis ao julgamento do processo [...]. O dever de auxílio proporciona uma maior aproximação da verdade material, desprestigiando decisões

³⁶ GOUVEIA, 2011, p. 258.

³⁷ Ibidem.

puramente formais baseadas na ausência de provas que a parte não logrou êxito em obter.³⁸

Como se vê, concentrando-nos em apenas um único autor, que foi mais contundente na análise do direito comparado, nota-se que o CPC/2015, de fato, não foi o criador, tampouco o precursor de um novo modelo de processo, o cooperativo; a *terceira via revolucionária*, intermediário aos adversarial e inquisitorial.

Em suma, a doutrina foi quem, há muito, identificou, na evolução dos sistemas processuais europeus, a cooperação ou colaboração como um sistema ou modelo de trabalho mais moderno tendente à melhor e mais eficiente solução do litígio.

2.2.2 Origem, evolução e dimensão

Mais especificamente, foi Eduardo Grasso, professor da *Università di Catania*, quem, há mais de cinquenta anos, tratou da *collaborazione nel processo civile*.

Em famoso ensaio³⁹, elaborado a partir de aula inaugural proferida no dia 30 de abril de 1965, Eduardo Grasso assentou a origem da colaboração: *iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*, máxima do jurista (medieval) italiano Bulgaro⁴⁰.

Tal fórmula, que se protraí no tempo, põe em relevo dois aspectos essenciais do processo, a unidade (*actus*) e a pluralidade de sujeitos (*personarum*).

Estes aspectos, que são *necessários* entre si, a ponto de não se conceber unidade sem a correlata pluralidade de sujeitos, constitui a *fisionomia mínima* de um processo.

Contudo, a *fisionomia mínima* do processo, apesar de não sofrer variação própria do influxo cultural de ordenamentos de localidades diversas, não era

³⁸ GOUVEIA, 2011, 258.

³⁹ GRASSO, Eduardo. La Collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 580-609, 1966.

⁴⁰ WAHRMUND, Ludwig. *Excerpta legum edita a Bulgarino causídico. Quellen Zur Geschichte Des Römisch-kanonischen Processes Im Mittelalter*. Innsbruck: Wagner, 1925, v. 1.

suficiente para ilustrar o modo pelo qual os atos praticados pelos sujeitos combinam entre si, para assumir a característica de uma preordenada comunidade de trabalho, enquanto unidade do processo vista do interior, através do que denomina *principio organizzativo delle operazioni processuali*.

Até então, o processo, para alcançar *status* de ciência autônoma, era retratado a partir de ângulos visuais, singularmente fixos e determinados, algo compreensível, naquela época, em razão da exigência da reconstrução unitária do processo.

Com efeito, nas teorias da relação jurídica (BÜLOW) e do procedimento (FAZZALARI), compreendido o inteiro arco de desenvolvimento do processo, deu-se ênfase ao *risultato* da atividade praticada pelos sujeitos: o momento da decisão, que era resultante da combinação de forças diversas, cada qual com vontade própria, mas todas voltadas ao mesmo fim, quando esgotada a atuação interpessoal das partes.

Nesse sentido, a colisão entre a visão estática da relação jurídica e a premissa de movimento ínsita à noção de procedimento teve êxito de revelar apenas *l'unità esteriore del processo*, uma mera convergência (ou coincidência) em direção ao ato final e seus efeitos, mas não, conforme preceitua Eduardo Grasso, a combinação (ou coordenação) interna de suas forças.

A ciência também se esforçou em determinar a natureza e o conteúdo da atuação dos sujeitos no processo, dispondo as condições e os limites da situação tipificada que encontraria atuação precisa no ordenamento positivo, inserindo-as em modelos rígidos e definitivos de conceitos como *faculdade, poder, direito, ônus e obrigações processuais*.

Assim o fazendo, mostrou que a coexistência dos atos praticados pelos sujeitos do processo, na qual a situação tipificada se exprime (*analisi dell'atto-risultato*), demanda a organização/coordenação (interna) deles (*analisi delle attività che in quello si cristallizzano*), campo de estudo que era quase ignorado pela doutrina.

A coordenação, de qualquer forma, seria o critério apenas inicial para compreensão da colaboração ou cooperação no processo.

O agir dos sujeitos é impulsionado ou por relações de tempo ou por antecedentes necessários (pressupostos)⁴¹ em uma corrente de ônus ou obrigações, que impõem aos sujeitos a realização dos atos em série, em sequência ao inicial.

Porém, isso não bastava para exprimir um critério substancial de organização processual.

A colaboração ia muito além da mera coordenação da atividade processual ordenada segundo relações de tempo ou de antecedentes necessários.

Sob o aspecto substancial, a colaboração evoca a própria organização interna do processo e é essencialmente positiva, pressupondo pluralidade de pessoas agindo ao mesmo tempo e previamente ajustadas para lograr o resultado final, que não poderia ser alcançado por um só indivíduo.

Os sujeitos do processo, autor, réu e juiz, devem agir sobre o mesmo elemento de fato e de direito, contribuindo para o tratamento da questão no *laboratorio processuale*, antes que o juiz se coloque na posição solitária de quem decide.

Nesse contexto, o juiz teria atuação dúplice no processo, planos diversos de relacionamento com as partes. Uma, de organização interna do processo, ao lado delas, em uma comunidade de trabalho. Outra, de atuação imperativa da tutela jurisdicional, sobrepondo-se às partes, declarando/realizando, em nome do Estado, o direito violado.

Se toda a matéria posta em julgamento sofre os efeitos das forças exercitadas por todos os sujeitos do processo (autor, juiz e réu), antes da decisão final e nos limites de suas respectivas atribuições, o resultado será produto de uma *colaboração processual total*.

Para que isso ocorra, os sujeitos devem se encontrar sob o mesmo plano psicológico, sendo o diálogo o instrumento que torna este “*encontro*” possível.

⁴¹ “Em tal agregado, de fato, uma operação pode não ser condicionada a outra pelo tempo de conclusão ou em termos de conteúdo, embora exista entre eles uma (diversa e ainda mais íntima) relação de necessária interdependência. No conjunto de atos processuais, ao contrário, não há, em regra, atividade desenvolvida pelo juiz que não tenha o seu antecedente necessário, imediato ou remoto, na iniciativa de uma parte; nem pode o réu agir de outra forma que não conectando as suas iniciativas a pedido do autor ou a um provimento do juiz” (GRASSO, 1966, p. 585).

A amplitude do diálogo, o escutar as razões opostas e o exercício contínuo da dialética, revela o caráter civilizatório do processo, ao mesmo tempo em que constitui manifestação típica da colaboração entre os sujeitos em busca da verdade controversa.

O diálogo, em seu estado mais expressivo, tem o potencial de conferir forma e significado diversos ao fato ou direito afirmado no início do processo, podendo, eficazmente, excluir que um argumento ou ponto de vista possa ser considerado definitivo, até que o resultado da colaboração, que deve ser total, seja submetido a julgamento.

Este método pode evidentemente não lograr o efetivo atingimento da verdade, mas é certo que serve para aproximá-la quanto mais se favoreça o diálogo, ao justapor-se os fatos e as diversas opiniões e argumentos no momento da decisão.

Sem embargo, no que tange à busca objetiva e autônoma da verdade, a parte, no processo civil, não poderia ser constrangida à atividade colaborativa, pouco importando em qual grau ou medida concebida a unidade interna de organização do processo.

Garantida a liberdade de agir da parte, cabe apenas criar condições para que a colaboração se realize *espontaneamente*, estimulando-a, de modo que ocorra a mutação entre dois estágios do sistema, um em que a colaboração é *apenas possível*, outro em que ela seja *positivamente favorecida*.

Para tanto, indispensável, sob o plano legislativo, a remoção de tudo aquilo que impede ou torne difícil ao sujeito o agir coordenado com os outros e que seja assegurado igualmente a recíproca exposição de argumentos e opiniões no curso do processo.

No sistema em que a colaboração é *apenas possível*, o contraditório, compreendido como instrumento de realização do direito de igualdade entre as partes, constitui pressuposto essencial e o seu único meio de atuação, mas que confere, tão somente, uma imagem *difusa* de um efetivo sistema de colaboração, porque não é capaz de dar tratamento adequado a situações que não se

enquadrariam à norma geral do contraditório expressa no art. 101 do Codice di Procedura Civile (1940)⁴².

Exemplifica Eduardo Grasso, que confere ao princípio do contraditório o significado de mera regra de igualdade formal, a hipótese na qual o juiz conhece de ofício matéria contida na pretensão deduzida, que pode ser o pagamento, um elemento de relevância processual, idôneo a fundamentar a sentença e que define o resultado do processo, sem decidir o mérito (incapacidade de agir, incompetência por valor ou matéria)⁴³.

Nesse caso, se o juiz, antes de pronunciar a matéria, não apresentou às partes o ponto decisivo para a definição do processo, deixando de provocar o debate em torno dela, o julgamento, nascido e exaurido secretamente em seu gabinete, expresso sobre tema revelado pela primeira vez na sentença, não encontraria óbice no princípio do contraditório (*regola d'eguaglianza*), segundo dispõe o art. 101 do Codice di Procedura Civile, porque nenhuma das partes, em abstrato, encontrar-se-ia em posição de desvantagem, se ambos permaneceram inativos, abstendo-se de fazer valer o seu ponto de vista sobre a questão que o juiz revelou e resolveu por si só.

Outro exemplo seria aquele da revelia, sob o enfoque o art. 292 do Codice di Procedura Civile.

A norma referida prescreve que o contumaz não deve ser notificado pessoalmente, salvo para interrogatório ou juramento, demanda nova ou reconvenção. Todos os outros atos “*não são sujeitos à notificação ou comunicação*”.

Ocorre que o contumaz pode ter desertado do processo justamente porque a demanda, tal como posta, não lhe impunha ou recomendava o agir. E a notícia de que o adversário produziu um documento, deduziu circunstância que ignorava ou que teria motivo de contestar, poderia induzi-lo à conduta diversa, a de efetivamente atuar naquele processo, não havendo, na norma considerada, previsão idônea a favorecer a participação no processo; ou, em última análise, a

⁴² Art. 101, Codice di Procedura Civile: “O juiz, salvo que a lei disponha de forma diversa, não pode decidir sobre o pedido se a parte contra a qual é deduzido não foi regularmente citada e não compareceu”.

⁴³ GRASSO, 1966.

colaboração entre os sujeitos para o adequado tratamento de quaisquer elementos destinados à formação da decisão.

Destarte, a organização do processo, quando inspirada apenas pelo princípio do contraditório (*dell'eguaglianza delle parti*), reflete uma concepção meramente mecânica do processo, de caráter individualista, contrário ao desenvolvimento em sentido cooperativo.

Isto é, sendo o contraditório o método que permite descobrir os planos dos adversários, neutralizar suas ações e tirar proveito dos seus erros, as partes, ao longo do processo, são estimuladas a manter posições irredutíveis, travando autêntica competição, com movimentos táticos antagônicos, no qual o sucesso é resultado de habilidade e esperteza.

Esta característica da dialética processual, fundada apenas nos princípios dispositivo e do contraditório, foi descrita por Piero Calamandrei, como um “*jogo para vencer, uma disputa de habilidade na qual o juiz dará a vitória a quem souber melhor persuadi-lo*”⁴⁴.

Em famoso estudo, Calamandrei asseverou:

O processo passou de um brutal choque de impetuosos guerreiros para um jogo sutil de engenhosos argumentos, no qual qualquer competidor, antes de dar um passo, deve tentar prever, com estudo cuidadoso, não só a situação jurídica, mas, também, a psicologia do adversário e do juiz, com quais reações o oponente responderá ao seu movimento.⁴⁵

Na concepção individualista, o juiz se coloca, por definição, *sobre as partes*, quando não, a depender do sistema acolhido, fora mesmo do processo. E a sua relação com as partes seria atividade completamente estranha ao regramento processual, muito mais próxima ou conexas com o direito constitucional ou administrativo.

Ainda segundo o liberalismo jurídico, ideologia que alimenta o modo de compreender a relação do juiz com as partes, o escopo do julgador é o de pronunciar a sentença e a intervenção da autoridade, antes da decisão, não seria admissível. O juiz se tornaria realmente ativo apenas quando o tratamento

⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista Del Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1950, p. 46.

⁴⁵ Ibidem.

preparatório das partes sobre a matéria objeto do julgamento já estivesse todo exaurido.

Assim sendo, não participando o juiz propriamente do invólucro processual, senão como uma espécie de moderador ou árbitro, simplesmente porque não desenvolve atividades análogas, em substância e finalidade, àquelas próprias das partes, a relação intersubjetiva dispositiva não traduziria concepção de processo voltada à pesquisa da verdade, mas apenas à obtenção da paz jurídica entre as partes, alcançada com a coisa julgada.

Nem mesmo no sistema inquisitivo, onde o juiz é autorizado a preparar a matéria da sua decisão desvinculado da iniciativa das partes, é possível conceber-se uma estrutura de organização de trabalho entre os sujeitos do processo.

Ademais, a oposição que a doutrina invariavelmente faz dos sistemas dispositivo e inquisitivo permite constatar que a *colaboração total* jamais foi elevada pelos estudiosos à categoria de princípio autônomo, equidistante e diverso do critério de estrita neutralidade do juízo.

A atribuição de poderes suficientemente determinados, que permitam ao juiz promover a atividade necessária de preparação de informações para a decisão, é indispensável. Porém, o exercício destes poderes dá vida a uma comunidade de trabalho apenas se assegurado a efetiva e simultânea participação dos sujeitos privados. Num sistema legislativo no qual o mencionado dirigismo judiciário se exprime somente a partir de comandos do juiz, a ideia de colaboração não teria espaço.

É do balanço, portanto, entre o processo civil caracterizado pela imobilidade do agir oficioso (dispositivo), próprio dos países da *common law*, com o processo civil onde o juiz tem obrigação, e não só a faculdade, de exprimir a máxima intervenção (inquisitivo), empregando todos os meios necessários para a descoberta da verdade substancial, que surge a convergência em torno da colaboração.

Desse modo, analisando os códigos italianos anteriores à época, Eduardo Grasso prossegue afirmando que as normas ofereciam à colaboração espaço limitado e insuficiente, próprio do processo civil do tipo dispositivo, na sua concepção marcadamente individualista. As relações entre as partes eram reguladas pelo contraditório, segundo a ideia da igualdade.

A doutrina, posteriormente, individualizou e sistematizou algumas hipóteses de atuação oficiosa para controle de pressupostos legais indispensáveis à sentença. Se tratava, porém, no desenho do legislador e no pensamento do intérprete, de uma atividade propriamente substitutiva, no caso em que as partes permanecessem inativas ou na hipótese de conluio entre elas com o intento de ocultar a verdade e fraudar a lei.

Isto ainda não era bastante à cooperação, porque tal atuação somente poderia realizar-se por iniciativa pessoal do juiz não regulada por nenhuma disposição legal.

Porém, a grande inovação, “no sentido de uma colaboração tendencialmente integral”, deu-se no “codice del 1940”, ao prescrever, no art. 88, que “as partes e seus defensores têm o dever de comportar-se em juízo com lealdade e probidade. Em caso de falta dos defensores a tais deveres, o juiz deve comunicar às autoridades que exercem poderes disciplinares sobre eles”.

Noutras palavras, o princípio do contraditório assegura a uma parte a possibilidade de tomar conhecimento e de dialogar sobre todos os aspectos da demanda que a outra tem interesse de fazer prevalecer para alcançar os seus fins particulares. Porém - pondo finalmente a colaboração em evidência -, o art. 88 do Codice di Procedura Civile prescreve que a parte tem a obrigação de não falsear aquilo que alega, não esconder os elementos relevantes ao julgamento da causa, ao mesmo tempo em que não impede ao adversário de fazer valer as suas razões e ao juiz de exercitar os seus poderes.

No ponto relativo ao dever de lealdade e probidade, o professor italiano entende que não é possível aderir ao entendimento, prevalente na época, que excluía do art. 88 o dever da parte de dizer a verdade contra os seus próprios interesses.

No processo civil - pontua o professor - o aforisma *nemo tenetur edere contra se*⁴⁶ não apenas não se justifica sob o enfoque da *moral*, como não

⁴⁶ Maria Elizabeth Queijo aponta em sua obra notas históricas sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual, em sentido literal significa que “ninguém é obrigado a se descobrir”, além de esclarecer que referido princípio é também expresso por outras máximas latinas: tanto *nemo tenetur edere contra se*, como *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e ainda *nemo testis contra se ipsum* (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28).

encontra amparo em nenhuma norma positiva que atenua a valoração negativa do comportamento desleal.

O estímulo à parte para que se abstenha de impedir o outro sujeito de exercitar intervenção construtiva é conectado a um sistema de efeitos desfavoráveis, sendo o mais evidente o perigo de revogação da sentença por ter agido com dolo de dano à parte contrária (art. 395, nº 1, Codice di Procedura Civile⁴⁷).

A violação do dever de atuar lealmente enseja a responsabilidade por dano processual (art. 96, Codice di Procedura Civile⁴⁸) e argumento de prova contra a própria parte (art. 116, Codice di Procedura Civile⁴⁹).

Quem age fora dos limites da correção processual enfrenta o risco de que a sua conduta também se transforme em prova indiciária do seu mal, sobre a qual poderá fundar-se sentença a ele desfavorável.

A norma, ao exigir das partes comportamento que não obstaculize e, ao invés disso, favoreça a colaboração no processo, autoriza o juiz a conferir, de forma imediata, valor probatório à conduta das partes. Assim sendo, o sistema, ao encampar regra de ética processual, dispõe de mais um instrumento idôneo a frear o egoísmo das partes e a favorecer a colaboração.

O ônus de favorecer a busca pela verdade, ou seja, “*de colaborar*”, restringe ainda mais a esfera de proteção do particular que atua em juízo, limitando a sua liberdade. Da mesma forma, garante a possibilidade de um diálogo entre as partes e o juiz, ao mesmo tempo em que lhe dá poder de impor, ao processo, andamento mais célere e essencial, de modo a impedir que as partes arbitrem a sua duração e seu efetivo resultado.

⁴⁷ “As sentenças pronunciadas em grau de apelação ou em único grau podem ser impugnadas por revisão: 1) se são resultado de dolo de uma das partes com dano à outra”.

⁴⁸ “Se constatado que a parte perdedora agiu ou resistiu em juízo com má-fé ou culpa grave, o juiz, a pedido da outra parte, a condenará, além das custas, ao ressarcimento dos danos, que liquidará, mesmo de ofício, na sentença. O juiz que verificar a inexistência do direito pelo qual foi executado provimento cautelar, transcrita demanda judicial ou inscrita hipoteca judicial, ou ainda iniciada ou concluída execução forçada, a pedido da parte lesada, condenará ao ressarcimento dos danos o autor ou o credor do processo, que agiu sem a normal prudência. A liquidação dos danos é feita na forma do artigo seguinte. Em qualquer caso, ao decidir sobre as custas nos termos do artigo 91, o juiz, mesmo de ofício, poderá também condenar a parte perdedora ao pagamento dos honorários da outra parte, em quantia determinada de forma equitativa”.

⁴⁹ “O juiz deve valorar as provas segundo seu prudente arbítrio, salvo se lei dispuser de forma diversa. O juiz pode extrair argumentos de prova das respostas que as partes lhe derem de acordo com o artigo seguinte, da recusa injustificada deles em consentir as inspeções que lhes ordenou e, de modo geral, do comportamento das próprias partes no processo”.

A atividade do juiz, no entanto, deve inserir-se num âmbito de ações coordenadas com as partes, mantendo-se o equilíbrio das forças correntes. Nesse contexto, o poder de iniciativa probatória do juiz constitui notável incentivo à colaboração, mas não o suficiente a realizá-la, se não lhe for permitido, igualmente, dentro de certos limites, aproximar-se das partes e de dialogar, não por meio da sentença, mas como *da uomo ad altri uomini*.

No centro deste sistema, encontrar-se-ia, no ordenamento italiano, o *interrogatório* (art. 183, Codice di Procedura Civile), que não tem finalidade probatória, apenas um pedido de esclarecimento do juiz aos procuradores das partes na primeira audiência e a questionamentos sobre fatos da causa envolvidos na instrução às partes pessoalmente, assistidas, se quiserem, por advogados.

Nessa hipótese, o diálogo entre os três sujeitos do processo pode trazer resultados que em outras ocasiões dificilmente seriam alcançados, depurando-se da matéria controvertida aquilo que lhe é estranho, supérfluo ou artificioso, e que foi inserido por inexperiência, negligência ou astúcia das partes.

A intervenção do juiz, técnico imparcial, é decisiva, cabendo-lhe indicar as questões conhecíveis de ofício que considere adequado serem tratadas, as lacunas que identifica na instrução, as irregularidades dos atos e dos documentos que podem ser reparados.

Na tentativa de conciliação, ao promover o diálogo com as partes e com os seus advogados, o juiz pode introduzir no processo fato relevante, estimulando a declaração das partes quando o assumirem como existentes; pode fazer notar ponto de vista sobre a congruência e suficiência de fatos adotados como fundamento do pedido ou defesa, bem como sobre a exatidão da qualificação jurídica; pode, ainda, sugerir a produção de prova que é reservada às partes.

Tudo isso, que não encontra óbice nos princípios da inércia e da autonomia da vontade, é voltado à perfeita preparação do processo, exprimindo, na essência do ordenamento, a regra de colaboração, como princípio que caracteriza toda a organização do processo.

Este princípio, que inverte toda a perspectiva individualista, reclama das partes um *onus* e, do juiz, a objetiva necessidade de adequação de toda sua atividade, oferecendo segura solução ao problema das alegações e da interpretação da norma aplicável.

Doutro lado, tranquilo na doutrina e jurisprudência que o réu deve defender-se apenas dos fatos que o autor tenha indicado como relevantes ao acolhimento do pedido, identificando-o no âmbito dos elementos históricos condensados na sua exposição. Da mesma forma, o juiz não pode considerar o fato que a parte narrou e, portanto, conscientemente introduziu no processo, mas não alegou como fundamento de sua pretensão.

A aplicação do princípio do contraditório, enquanto regra de igualdade, não permitiria ao juiz corrigir o erro da parte na reconstrução do fato constitutivo do direito alegado em juízo, ao mesmo tempo em que, caso se permita ao juiz o poder de escolher por si, no âmbito daquilo que “narrado”, as informações relevantes, obrigaria-se o réu à difícil defesa, sendo para ele muito mais fácil empenhar-se dentro de limites daquilo que foi “alegado”.

Nesse caso, caberia ao juiz, sob pena de nulidade da decisão, indicar às partes quais dos fatos, não alegados como fundamento da pretensão, mas simplesmente expostos e introduzidos pelo autor, que devem ser considerados relevantes para formação do objeto do debate.

Da mesma forma, as partes têm o ônus de introduzir o fato à luz do princípio da colaboração, inclusive no caso em que a lei a exonere do dever de prová-lo, como ocorre na hipótese de fato presumido a seu favor ou de fato notório. A dispensa, portanto, é apenas da sua prova, não da alegação.

Quanto à aplicação da norma, a ideologia liberal, fundada no *iura novit curia*, consagrou o poder do juiz na determinação da qualificação jurídica, em contraposição da exclusiva atribuição da parte na alegação do fato submetido a julgamento.

Em alguns casos, como no direito consuetudinário, estrangeiro ou antigo, é evidente a utilidade da contribuição da parte na individualização da norma, a ponto se de afirmar a existência de um poder de colaboração da parte com o juiz e, portanto, de uma situação específica que lhe fosse consentido penetrar no domínio deste último. Outros, em sentido contrário, afirmam a existência de um ônus da parte de provar o direito consuetudinário ou as leis estrangeiras, não sem antes, obviamente, cumprir-se o ônus de alegar o fato do qual emerge a qualificação jurídica.

Pondo-se de lado a distinção do fato simples e do fato do qual decorre o direito afirmado, mas levando-se em consideração que o juiz tem o poder-dever

de aplicar de ofício o direito independentemente da indicação das partes, concluiu-se que não seria possível, na formação da decisão, distinguir entre as normas aplicáveis e retirar delas a livre pesquisa do juiz.

Isto não impede de considerar que o juiz deve submeter às partes a norma que lhe parece mais adequada ao caso, todas as vezes que tenham indicado norma diversa ou não indicaram nenhuma, suscitando em tal modo a discussão sobre a possibilidade de aplicá-la.

Concluindo a enunciação (pioneira na doutrina) da colaboração, entende-se que seria possível identificar as características fundamentais de um regime de colaboração processual. O juiz, no desenvolvimento do diálogo, atua no mesmo nível das partes: a tradicional construção triangular é substituída por uma perspectiva paralela. As atividades dos três sujeitos, em última análise, tendem a identificar-se, dirigindo-se em única força de atuação (*unus actus*), que penetra na matéria em busca da verdade.

Este pensamento impactou enormemente no texto normativo, como se vê da reforma promovida no art. 111 da Constituição da Itália, ao dispor que “a jurisdição se faz mediante o devido processo legal. Todo processo se desenvolve em contraditório entre as partes, em condição de igualdade, perante juiz equidistante e imparcial. A lei garante a duração razoável do processo”⁵⁰.

Ou seja, além de consagrar o *justo processo*⁵¹, a legislador italiano, encampando orientação da jurisprudência, estimulou e favoreceu a aproximação do juiz com as partes, ao assentar que o processo se desenvolve em contraditório com as partes.

Comoglio aponta os valores e a ideologia que subjazem o devido processo legal:

Impõe considerar como devido (ou seja, como *due, debido ou devido*) não qualquer processo que se limite a ser extrinsecamente *fair* (vale dizer, correto, leal ou regular, em nível formal, segundo a *law of the land*), mas ao invés o processo que seja intrinsecamente *equo* e justo,

⁵⁰ *Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 («Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione»).*

⁵¹ “Justo não é o processo que se limita a ser ‘regular’ sob o plano formal. Justo é o processo que se desenvolve com respeito aos parâmetros fixados nas normas constitucionais e os valores compartilhados pela coletividade” (TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LV, n. 2, p. 381-410, jun. 2001, p. 384).

segundo os parâmetros ético-morais aceitos pelo sentimento comum dos homens livres de qualquer época e país, na medida que se mostre capaz de realizar uma justiça verdadeiramente imparcial, baseada na natureza e na razão. Disto originam as postulações teóricas, agora quase todas compartilhadas, para a promulgação e adoção de atos legislativos solenes (nacionais ou internacionais) que reconheça a todos os indivíduos, em termos efetivos e sem discriminações irracionais, o direito fundamental a um ordenamento jurídico justo. [...] Identificar, em termos de conteúdo, diversos direitos públicos subjetivos, tendo por objeto as condições mínimas e inderrogáveis de um julgamento justo, a saber: a imparcialidade e a independência do juiz 'natural' pré-estabelecido por lei; a igualdade das partes e a 'igualdade de armas' no julgamento; os poderes de ação e defesa. Ou, se preferir, as condições necessárias e suficientes para uma resolução justa de disputas, no contexto desse devido processo⁵².

Até então, a concepção de processo, fundado em regra de igualdade formal, não favorecia a colaboração entre as partes, sendo apenas um instrumento para neutralizar o adversário, servindo o juiz de árbitro numa luta ao cabo da qual prevalecia o mais forte ou mais astuto.

Ainda no ano de 2009, em linha com a nova perspectiva de modelo colaborativo, o legislador acrescentou o parágrafo ao art. 101 do Código de Processo Civil italiano:

Se considerar o emprego como fundamento da decisão de questão detectada de ofício, o juiz suspenderá a decisão, assinalando às partes, sob pena de nulidade, prazo não inferior a vinte dias e não superior a quarenta dias a partir da comunicação, para o depósito em cartório das alegações contendo observações sobre a mesma questão.

Tal norma, modernamente entendida como a *proibição da decisão-surpresa*, associada àquela que impõe às partes e aos seus advogados o dever *di comportarsi in giudizio con lealtà e probità* (art. 88, Codice di Procedura Civile), constituiriam, segundo lição de Eduardo Grasso, a base legal da colaboração entre as partes e o juiz no processo civil italiano.

Já na Alemanha, a doutrina identifica o modelo de colaboração (*Kooperationsmaxime*) mais especificamente no § 139 da *Zivilprozessordnung* (ZPO⁵³):

⁵² COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LII, n. 3, 1998, p. 892 e 895.

⁵³ Código de Processo Civil alemão.

(1) Na medida do necessário, o Tribunal deve discutir com as partes as circunstâncias e fatos, assim como a relação das partes com a disputa, tanto em termos dos aspectos factuais da matéria, quanto de suas consequências jurídicas, devendo formular questões. O tribunal deve trabalhar no sentido de assegurar que as partes em litígio façam declarações completas e em tempo hábil, sobre todos os fatos relevantes e, em especial, deve garantir que as partes complementem, por alegações posteriores, aqueles fatos que afirmaram apenas de forma incompleta, que designaram como provas e que registraram em pedidos relevantes.

(2) O Tribunal pode basear sua decisão em um aspecto que a parte reconhecidamente negligenciou ou considerou insignificante, desde que não se trate de mera alegação acessória, apenas se tiver comunicado o fato e permitido às partes tratar da matéria. O mesmo se aplica a qualquer aspecto que o Tribunal compreenda diferentemente de ambas as partes.

(3) O Tribunal deve chamar a atenção das partes para as suas preocupações em relação a quaisquer fatos que deve conhecer *ex officio*.

(4) A notificação pelo Tribunal, conforme previsto por esta regra, deve ser dada o mais cedo possível, e um registro escrito deve ser elaborado. A entrega da notificação somente pode ser comprovada pelo conteúdo dos arquivos. O conteúdo dos arquivos pode ser contestado exclusivamente mediante a prova de que foram falsificados.

(5) Se uma parte não puder fazer imediatamente a declaração sobre a notificação do Tribunal, então o Tribunal deve determinar um prazo, após a parte ter apresentado pedido correspondente, dentro do qual poderá complementar sua declaração em um requerimento escrito.

A norma, realmente, é uma *exortação* ao diálogo entre os sujeitos do processo.

O juiz deve discutir com as partes todas as circunstâncias da demanda, compreendendo o dever de esclarecer (*Aufklärungspflicht*) e o dever de formular perguntas (*Fragerecht*). Ademais, cabe ao juiz assegurar que as partes façam declarações sobre todos os fatos relevantes, em tempo hábil e de forma completa, compreendendo a possibilidade de acréscimo de informações aos fatos afirmados de forma incompleta.

A decisão, por seu turno, pode fundar-se em aspectos que uma das partes reconheceu ou ignorou como insignificante, desde que o juiz as tenha alertado sobre a questão e permitido manifestação oportuna. Deve assim também fazer se a decisão avaliar de maneira diferente de ambas as partes determinado aspecto da causa.

Outrossim, toda a matéria sob julgamento, embora possa ser conhecida de ofício pelo juiz, deve ser submetida previamente à apreciação e consideração das partes.

Outro dispositivo também mencionado para ilustrar a *Kooperationsmaxime* no processo civil alemão é o § 138 da ZPO:

- (1) As partes devem fazer suas declarações quanto aos fatos e circunstâncias total e integralmente, sendo obrigadas ainda a dizer a verdade.
- (2) Cada parte deve reagir substancialmente aos fatos alegados pelo oponente.
- (3) Os fatos não expressamente contestados devem ser considerados como admitidos, a menos que a intenção de contestá-los seja evidente a partir de outras declarações feitas pela parte.
- (4) A parte somente pode declarar falta de conhecimento quanto aos fatos que não praticou ou situados fora da sua esfera de alcance.

Trata-se do dever das partes de fazer declarações completas e verdadeiras, norma *aparentemente* semelhante à contida nos arts. 5º, 77, I e 378 do CPC/2015, que gera o ônus ao oponente de contrariar os fatos alegados, sob pena de serem admitidos como verdadeiros, a menos que a intenção de contrapô-los seja evidente a partir doutras alegações feitas pela parte.

Merecem destaque, ainda, os §§ 272 e 273 da ZPO:

§ 272, ZPO:

- (1) Como regra geral, o litígio deve ser tratado e encerrado em uma audiência para alegações orais, que foi exaustivamente preparada (audiência principal).
- (2) O juiz presidente deve tomar providências para uma primeira audiência antecipada na qual as alegações orais serão ouvidas (seção 275) ou terá os procedimentos preliminares conduzidos por escrito (seção 276).
- (3) A audiência de conciliação e a audiência de alegações orais devem ser agendadas o mais cedo possível.
- (4) As questões que envolvam a desocupação de instalações tem prioridade e devem ser conduzidas de forma expedita.

§ 273, ZPO :

- (1) O Tribunal deve iniciar as medidas preparatórias necessárias no tempo devido.
- (2) Como medida preparatória da audiência, o juiz presidente ou membro do Tribunal designado, poderá, em particular:
 1. Instruir as partes a complementar suas alegações escritas preparatórias ou a fornecer mais informações, e, especialmente, definir prazo para que sejam apresentadas explicações sobre certos itens que necessitem de esclarecimentos;
 2. Requisitar a autoridades públicas ou funcionários públicos o envio de registros ou informações oficiais;
 3. Comparecimento pessoal das partes em audiência;
 4. Convocar testemunhas, a quem a parte se referiu, e peritos, para comparecimento à audiência, podendo emitir ordem de acordo com a seção 378 ;
 5. Emitir ordens de acordo com a seção 142 e seção 144.
- (3) Ordens nos termos da subseção (2) numero 4 e, na medida que não devam ser emitidas à parte, ordens de acordo com a subseção (5), somente se o réu já se opôs ao pedido apresentado na ação. Para os ordens nos termos da subseção (2) número 4, a seção 379 deve ser aplicada *mutatis mutandis*.

(4) As partes devem ser notificadas de cada ordem. Caso as partes sejam obrigadas a comparecer pessoalmente, devem ser aplicadas as estipulações da seção 141 subseção (2) e subseção (3).

Os dispositivos cuidam do modo de solução do litígio, como regra geral em única, completa e preparada audiência, a realizar-se “*tão cedo quando possível*”, independentemente da natureza do procedimento (oral ou escrito), cumprindo ao juiz tomar todas as medidas preparatórias necessárias, agindo continuamente a fim de que as partes se esclareçam tempestiva e completamente.

Dentre as medidas de preparação da audiência, dispõe a ZPO que incumbe ao juiz orientar as partes à complementação ou melhor explicação de suas alegações; solicitar a autoridades ou agentes públicos o compartilhamento de documentos ou informações oficiais; determinar o comparecimento pessoal das partes, testemunhas ou peritos.

Deste conjunto de normas, somando-se a algumas outras mais esparsas, extrai-se o plexo de deveres que compõe a colaboração no processo civil alemão: *Fragerech* (dever de perguntar), *Aufklärungspflicht* (dever de esclarecer), *Erörterungspflicht* (dever de debate), *Wahrheitspflicht* (dever de verdade), *Informationspflicht und belehrungspflicht* (dever de informação e advertência), *Hinweispflicht* (dever de indicação).

Com efeito, a despeito do atual quadro normativo, hoje muito bem definido, a origem e evolução da colaboração remonta à época do Império, mais especificamente da unificação da Alemanha em 1971 e da formação do Estado monárquico federal.

O governo federal (*Reich*) era competente para legislar sobre processo civil.

Segundo Renato Beneduzi:

[...] sucederam-se logo quatro projetos, o primeiro publicado ainda em 1871. O último, preparado por uma comissão do Reichstag (*Justizkommission*), transformou-se na *Civilprozessordnung* (CPO, com “c”, conforme a ortografia antiga, e não com “z”, conforme a moderna), publicada em 27 de janeiro de 1877, mesmo dia em que também publicada a *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG – lei sobre a organização judiciária); em 1º de fevereiro do mesmo ano foi publicada ainda a *Concursordnung* (CO, com “c”, conforme a ortografia antiga, e não com “k”, conforme a atual – lei sobre o direito concursal, ou falimentar). Estas três leis, que entraram em vigor no dia 1º de outubro de 1879, são

conhecidas, conjuntamente, como as *Reichsjustizgesetze* (leis sobre a justiça do Império).⁵⁴

A Lei de Organização Judiciária de 1877 (*Gerichtsverfassungsgesetz - GVG*) dividiu a primeira instância da jurisdição ordinária civil em dois tipos de tribunais, *Amtsgerichte* e *Landgerichte* (§ 12, GVG/1877).

Nos termos da redação original da GVG, o *Amtsgericht* cuidava de questões de direito civil em que o valor da causa não superasse o montante fixado para fins de competência do *Landgericht*, apesar da existência de determinadas questões específicas de direito material tratadas unicamente por um dos Tribunais (§§ 23 e 70, GVG/1877).

A *Civilprozessordnung* (CPO), por seu turno, disciplinou os procedimentos para os processos que tramitavam junto aos *Amtsgerichte* e *Landgerichte* (§§ 230 e 456, CPO/1877).

No *Amtsgericht*, não havia necessidade de representação da parte por advogado, ao contrário do exigido no *Landgericht* e nos Tribunais de instância recursal (§ 74, CPO/1877).

Quanto ao processo do *Landgericht*, o § 130 da CPO/1877 tratava do *Fragerecht: o dever do juiz de realizar questionamentos*.

De acordo com tal dispositivo, o presidente do Tribunal “*deve fazer uso de perguntas para assegurar que pontos obscuros sejam esclarecidos e as declarações insuficientes sobre os fatos sejam complementadas, indicando-se os meios de prova*”.

Além disso, já se reconheciam, conforme discorre Ronaldo Kochem⁵⁵, alguns poderes de instrução aos juízes, como a determinação à parte de apresentar documentos aos quais tenha feito referência (§ 133, CPO/1877) ou que sejam importantes para a decisão de mérito (§ 134, CPO/1877).

O § 132, por seu turno, estabelecia a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento de uma das partes em juízo para esclarecimento da matéria de fato.

⁵⁴ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 43.

⁵⁵ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (“*kooperatinsmaxime*”). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, jan. 2016, p. 78.

No *Amtsgericht* a ação do juiz correspondente ao § 130 não estava limitada ao *Fragerech* (direito do juiz de realizar questionamentos). Envolvia, também, o *Aufklärungspflicht* (dever de esclarecer), pois cabia ao "Tribunal, na audiência, contribuir para que as partes se esclareçam completamente sobre todos os fatos essenciais e para que elas façam todos os pedidos pertinentes" (§ 464, CPO/1877).

A reforma de 1909, por seu turno, colocou o juiz como responsável pela obtenção do material fático nos processos do *Amtsgericht*, conferindo-lhe amplos poderes para instrução e esclarecimentos sobre fatos que lhe parecessem úteis, de acordo com as petições iniciais e os escritos preparatórios para a audiência (§ 501, CPO/1909).

Além disso, no § 502, reconheceu-se o *Erörterungspflicht* (dever de debate) do juiz, ou seja: "na audiência, o tribunal deve debater com as partes os fatos relevantes (*Sachverhältnis*) e as questões em litígio (*Streitverhältnis*), contribuindo para que as partes se esclareçam completamente a respeito de todos os fatos essenciais e para que façam os pedidos pertinentes".

As reformas processuais que se seguiram, notadamente após a Primeira Guerra, foram determinantes ao dimensionamento da cooperação no processo civil alemão.

Nesse contexto, surgiu a *Emminger-Verordnung* de 1924, que estendeu os direitos de preparação do § 501 da Reforma de 1909 para o *Landgericht*, com o objetivo de estimular a participação do juiz no esclarecimento dos fatos antes da audiência (§ 272b, CPO/1924). Destarte, esse acréscimo na legislação ocorreu na forma de um dispositivo de dever (*Mußvorschrift*), no lugar de um dispositivo autorizativo (*Kannvorschrift*)⁵⁶.

Tal dispositivo, insiste Ronaldo Kochem, era complementado pelo § 279a, CPO/1924, que permitia ao juiz designar prazo para que as partes esclarecessem determinadas questões. Caso tal prazo não fosse observado, o juiz poderia

⁵⁶ O texto do § 139, 1, promulgado em 1924 dispunha que o "[...] presidente do tribunal deve contribuir para que as partes se esclareçam completamente sobre todos os fatos substanciais, apresentem os pedidos pertinentes e também, especialmente, complementem as especificações sobre os fatos afirmados e indiquem os meios de prova. Para esses fins, ele deve, na medida do necessário, debater com as partes os fatos relevantes (*Sachverhältnis*) e as questões em litígio (*Streitverhältnis*), em seu aspecto fático e jurídico, bem como, deve realizar perguntas".

desconsiderar a manifestação da parte (§ 279a, segunda parte, CPO/1924). A aplicação desse mesmo dispositivo, que autorizava ao juiz desconsiderar a manifestação da parte, também se dava no caso de apresentação tardia de meios ou exceções de prova (§ 283 (2), CPO/1924).

Quanto à determinação de comparecimento da parte em juízo para prestar esclarecimentos dos fatos, o § 141, CPO/1924, transformou o *onus de comparecimento* em *dever de comparecimento* das partes, ao permitir ao Tribunal sancioná-las pela ausência injustificada.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que a legislação buscou conferir ao juiz maior participação no processo e responsabilidade no julgamento da causa, o mais próximo possível da verdade dos fatos, indagava-se se às partes também não deveria ser imposto em suas manifestações/esclarecimentos o dever de verdade (*Wahrheitspflicht*).

Este movimento, que coincidiu com a influência do processo austríaco, mais apartado dos cânones liberais que inspiraram a promulgação da ZPO de 1877, caracterizava-se pela restrição da autonomia das partes (*Parteiherrschaft*) e o aumento dos poderes do juiz. Colocava-se em evidência, pondera Renato Beneduzi, a função social do processo, em contraposição à ideia liberal de que ele deve servir, essencialmente, à tutela dos direitos individuais⁵⁷.

Foi assim que, na reforma de 1933, acrescentou-se o § 138 (1) da ZPO, dispondo que “*as partes devem submeter seus esclarecimentos sobre as circunstâncias fáticas de forma completa e de acordo com a verdade*”.

A par disso, a reforma também trouxe ao direito processual civil a possibilidade de o juiz ordenar o depoimento das partes (*Parteivernehmung*), o que havia sido descartado em 1877 na redação original da CPO.

Isto é, por meio do § 448 (ZPO/1933), o Tribunal poderia determinar que uma parte depusesse, após a colheita de provas e a realização de audiência, sobre determinado enunciado de fato, a respeito do qual o tribunal houvesse dúvida. Além disso, poderia ser determinado que a parte jurasse sobre o depoimento (§ 452, ZPO/1933).

Durante o regime nazista (*Unrechtsstaat*), o sistema processual não sofreu alterações na mesma intensidade que as demais áreas do direito. No plano

⁵⁷ BENEDUZI, 2018.

constitucional, é “*eloquente exemplo a Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich de 1933, também conhecida como Ermächtigungsgesetz, lei que conferiu plenos poderes ao Führer*”⁵⁸.

O controle nazista sobre o processo, porém, deu-se de forma indireta, através da nomeação de juízes fiéis à ideologia, submissão da interpretação da lei e obediência aos cânones do regime.

Finda a guerra, a Alemanha dividiu-se em duas zonas de influência, a oriental (República Democrática Alemã - RDA) e a ocidental (República Federal Alemã - RFA), com a promulgação, em 1949, da Lei Fundamental, denominada *Grundgesetz*.

Em 1950, ZPO e GVG voltam a vigorar na Alemanha ocidental. Assim ocorreu também na Alemanha oriental (RDA), que substituiu a ZPO por um código genuinamente socialista em 1975.

Com a Reunificação, em 1990, a ZPO de 1877 voltou a vigorar em toda a Alemanha, acentuando-se, a partir da década de 1970, a preocupação com a simplificação (*Vereinfachung*) e aceleração (*Beschleunigung*) do processo.

Nesse contexto, merece destaque a *Vereinfachungsnovelle* de 1976, reforma que introduziu no processo civil a execução provisória e a monitória (*Mahnverfahren*), dando-se ênfase à concentração das audiências e ao princípio da oralidade.

É o que se nota do § 272 da ZPO/1976, ao dispor que o litígio deve ser resolvido, como regra geral, em uma única, completa e preparada audiência, que deveria ocorrer “*tão cedo quando possível*”, independentemente da natureza do procedimento (oral ou escrito).

Para tanto, cumpria ao juiz tomar todas as medidas preparatórias necessárias, agindo continuamente a fim de que as partes se esclarecessem tempestiva e completamente (§ 273, ZPO/1976). Dentre as medidas, incumbe ao juiz orientar as partes à complementação ou melhor explicação de suas alegações; solicitar autoridades ou agentes públicos o compartilhamento de documentos ou informações oficiais; determinar o comparecimento pessoal das partes, testemunhas ou peritos.

⁵⁸ BENEDUZI, 2018, p. 26-27.

Com estas novas diretivas de preparação da audiência, ativando ainda mais o papel do juiz na condução do processo, a *Vereinfachungsnovelle* de 1976 prestigiou a colaboração no processo civil.

No plano doutrinário, Karl August Bettermann foi quem cunhou a expressão *Kooperationsmaxime* pela primeira vez na Alemanha, num artigo de 1972, que dizia respeito à concepção social do processo, intitulado “*Fundamentos e princípios constitucionais do processo*”⁵⁹. Neste artigo, a cooperação era entendida como um termo médio entre os princípios dispositivo e inquisitivo⁶⁰.

Naquela época havia uma grande distância entre o direito processual civil e o direito constitucional, de modo que o processo era visto como algo inteiramente prático e que não deveria ser influenciado por questões políticas e ideológicas, tal como ocorria no direito constitucional. Para justificar a permeabilidade do processo civil ao direito constitucional, que variava em função da natureza do direito material ou qualidade do objeto litigioso, Bettermann tratou das diversas conexões entre ambos, como a organização judiciária, distribuição de competência, juiz natural, neutralidade do julgador, independência, pedido e princípio dispositivo.

Especificamente quanto à liberdade do cidadão, observou que, enquanto as leis processuais alemãs do final do século XIX sofreram influência dos ideais da Revolução de 1848, acentuando o domínio das partes sobre os rumos do processo, a ZPO austríaca de 1895 concedeu ao juiz uma maior influência no processo, impondo a ele o dever de incitar as partes a uma condução processual apropriada e rápida e a uma exposição dos fatos verdadeira, clara e completa.

Era o início da concepção social do processo, de que cuidou Franz Klein, jurista austríaco que defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juízes no *iter procedimental*⁶¹.

Afirmava-se que o julgador, muito mais que um árbitro imparcial, era um assistente em um conflito social (“um médico em uma doença social”), que deveria auxiliar as partes na busca por esclarecimento nos requerimentos

⁵⁹ BETTERMANN, Karl August. *Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses*. Juristischer Blätter, 94. Jahrgang, Heft 3/4, Feb. 1972, p. 63.

⁶⁰ HAHN, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?* Köln-Berlin-Bonn- München: Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 88.

⁶¹ KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

obscuros, sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizassem o julgamento da causa.

Era o início do denominado modelo de Stuttgart, construído a partir de interpretação mais flexível da ZPO, que preconizava direção processual proativa, mediante o incremento dos poderes assistenciais do juiz.

Isto é, ao juiz, enquanto realizador do interesse público e representante político da comunidade, incumbia participação mais efetiva, determinante mesmo, no binômio processo/procedimento, tanto que se cogitou num modelo de processo próprio para o Estado social, instrumento estatal de intervenção para realização do bem-estar social (*staatliche Wohlfahrtseinrichtung*). Daí a necessidade, conforme os influxos ideológicos da época, de atribuição de maiores poderes de direção e intervenção processual, nominados “poderes assistenciais”, porque próprios daquele “processo civil assistencial” proposto por Franz Klein⁶².

Segundo Guilherme Guimarães Feliciano⁶³, tais reflexões influenciaram a doutrina processual e depois a própria ZPO alemã, especialmente nos anos setenta do século passado, quando se passou a considerar o elemento social como escopo autônomo do processo, para o qual o juiz deveria igualmente atentar, tutelando as posições processuais das partes (ou dos grupos) economicamente frágeis, para equalizar os desajustes materiais decorrentes de condições socioeconômicas.

Com efeito, a fim de reverter os quadros de entropia processual, docentes universitários e profissionais forenses das regiões de Tübingen e Stuttgart, inspirados em célebre preleção de Fritz Baur (1965)⁶⁴, passaram a renovar os procedimentos judiciais, para atender a uma série de desideratos de índole substantiva e pragmática, sem contrariar a literalidade da ZPO. A essa nova “visão” deu-se o nome de “modelo de Stuttgart”, sobretudo pela localização das primeiras experiências judiciais bem-sucedidas com o modelo.

⁶² Cf. CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità). *Rivista de Diritto Processuale*, v. 22, n. 3, Milano: CEDAM, p. 989-1004, 1995.

⁶³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do processo social e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 3 (2014), nº 4, p. 2717-2752.

⁶⁴ BÖTTCHER, Hans-Ernst. The Role of the Judiciary. In. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 05, n. 10, p. 1317-1330, out. 2004, p. 1326.

Dentre as principais características do “modelo de Stuttgart”⁶⁵, Guilherme Guimarães Feliciano menciona as seguintes:

O procedimento deve implicar um envolvimento ativo de partes, advogados e juízes, aplicados presencialmente em um diálogo oral e direto sobre os fatos e o direito em litígio (com isso, acelera-se o procedimento e otimiza-se o entendimento das partes, que tendem a acatar a sentença, sem recorrer, quando convencidas da justiça da decisão); após ouvidas as partes e as testemunhas, os juízes retiravam-se do recinto para deliberar e retornavam com um “projeto de sentença”, discutido em seguida com as partes, que tinham uma derradeira chance de composição amigável (tal “procedimento aberto” resultara, na segunda metade dos anos setenta do século XX, em uma marca recorde de apenas um terço de apelações para o total de sentenças, sendo certo que aproximadamente 75% dos casos julgados sob o “modelo de Stuttgart” terminavam em não mais que seis meses, contra apenas 40% para a mesma média temporal nos tribunais regulares); algumas das características básicas desse modelo, até então opcionais, tornaram-se cogentes para todos os tribunais federais alemães a partir da “*Vereinfachungsnovelle*” de 1976 (a “lei para a aceleração e simplificação dos procedimentos judiciais”¹²), que previu, entre outras coisas, a concentração dos atos processuais em uma audiência una, com comparência obrigatória das partes, sempre iniciada por um resumo “*ex iudice*” das questões de fato e de direito, seguindo-se eventuais ajustes e a colheita das provas orais; de outra parte, no afã de conter arroubos autoritários em meio a tantos poderes, proibiu-se o juiz de “fundamentar sua sentença em aspecto jurídico para o qual não se tenha explicitamente dirigido a atenção das partes.”⁶⁶

Bettermann, diante deste dualismo ideológico (liberalismo e socialismo), propôs uma “solução conciliatória”, com base na Lei Fundamental de Bonn, que fundou o Estado Social e Democrático. Uma solução “*chamada pelo direito processual civil austríaco de Sammelmaxine, que ele denominou*

⁶⁵ “A ideia de base é muito simples: quer-se realizar seriamente o que a lei prescreve, quer dizer, concentrar o processo em uma audiência de instrução e julgamento, seguindo-se este àquela. Depois do recebimento dos arrazoados, as partes e o Tribunal esclarecem e examinam a matéria do processo numa espécie de procedimento preliminar, de molde a que todos os pontos importantes para a decisão se apresentam claramente. O Tribunal toma, em seguida, as providências, de que já se falou, para preparar a audiência. Esse *stuttgarter modell* supõe que haja juízes ativos e, no que concerne a este ponto, se deve atentar para o fato de que todas as medidas legislativas para acelerar o processo, são, via de regra, medidas tomadas ao vento, se não se acha um juiz pronto a realizá-las. O legislador é capaz de dar liberdade ao juiz no que concerne às suas atividades, mas não pode garantir a respectiva efetivação por meio de ordens. Para evitar mal entendidos, se deve ressaltar que o alargamento do campo das atividades do juiz não significa querer-se transformar o processo em um todo de atos carentes de forma, entregue total e completamente à apreciação do juiz. Se cada juiz montasse o processo de acordo com a sua vontade, isto significaria ter-se posto em perigo a paridade de tratamento e a igualdade jurídica. Garantidas pelo direito material, então, o papel do juiz realmente precisa de nítidos contornos legislativos” (BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. Conferências – Processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, ano VII, 1982. p. 191).

⁶⁶ FELICIANO, 2014, p. 2725-2726.

*Kooperationsmaxime*⁶⁷, associando as atividades das partes e do juiz no que tange ao esclarecimento da verdade.

Não se tratava de uma *fusão* entre os princípios dispositivo e inquisitivo, ou de uma *terceira* modalidade entre os dois, mas de meras modificações promovidas pela *Vereinfachungsnovelle*, que era caracterizada pela maior interação das partes e do juiz, atribuindo-lhe o dever de dar início, dirigir e, caso necessário, corrigir o rumo da discussão das partes sobre o direito material no processo, sua alegação e comprovação.

Betterman também referiu que a paridade de armas (embora formalmente garantida pelas leis processuais) não significava igualdade real entre as partes quando uma delas é superior à outra em força e recursos. Nestas hipóteses, o juiz poderia ser chamado a equiparar desigualdades materiais e o legislador deveria possibilitar, ou mesmo obrigar, o juiz a atuar na organização do processo.

Quem também tratou da colaboração no processo civil alemão foi Peter Gilles, em ensaio onde cuidou da possibilidade de o recorrente alterar o objeto do recurso após o transcurso do prazo recursal⁶⁸. A *Kooperationsmaxime*, segundo Peter Gilles, resultaria da fusão entre o princípio dispositivo, a verdade material e os deveres do juiz, “ *que substituiriam a visão individualista e liberal do processo civil, concluindo, a partir dele, por uma maior flexibilidade na determinação do objeto recursal*”⁶⁹.

Rudolf Wassermann, em 1978, também dedicou uma obra completa sobre o “ *processo civil social*”, na qual estudou as relações entre o direito processual civil e o Estado Social de Direito⁷⁰.

Concluiu o jurista alemão que o processo, ao contrário do que muitos afirmavam, não era uma ciência meramente técnica e prática, mas, ao revés, informada por normas constitucionais e concepções ideológicas preponderantes em determinada época.

⁶⁷ KOICHEM, 2016, p. 84.

⁶⁸ GILLES, Peter. *Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträglich Parteidispositionen über das Rechtsmittel*. Archiv für die civilistische Praxis. Band 177, Heft 2/3, p. 189-244, 1977.

⁶⁹ KOICHEM, op. cit., p. 85.

⁷⁰ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann, Luchterhand, 1978.

Havia, portanto, uma aproximação dos direitos processual civil e constitucional, que impulsionava à mudança do processo civil liberal para o processo civil social, entendida não mais como um livre jogo de forças, mas como um comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), sob condução e assistência do juiz.

Para que as partes fossem capazes de realizar as suas escolhas de modo adequado, era preciso que tivessem prévio conhecimento sobre como o juiz valoraria a causa e quais seriam os fatos considerados determinantes.

Era o dever de debate, que envolveria inclusive os fatos notórios, os quais dispensariam alegação das partes e a prova. Ou seja, as partes deveriam ser informadas a respeito de quais fatos o tribunal considera como fundamento determinante de sua decisão, sendo-lhes assegurada a oportunidade de tomar posição a respeito.

Ademais, ao lado do dever de debate, caberia ao juiz esclarecer as partes sobre o material jurídico do caso, tendo em vista que as partes apenas podem saber quais os fatos que deverão ser trazidos para o caso e quais as provas que deverão produzir quando for possível conhecer antecipadamente as percepções jurídicas do juiz sobre o caso, o que seria mais importante, quando não se é possível facilmente reconhecer o direito aplicável.

Noutras palavras, o juiz deveria expressar a concepção existente sobre o direito (principalmente concretizando os conceitos jurídicos sobre os fatos do caso) e colocá-la em discussão, não havendo motivo para guardá-la como um segredo até o momento da sentença.

Ademais, as partes somente poderiam bem exercer a liberdade de disposição quando devidamente instruídas, não constituindo o auxílio do juiz contrariedade ao princípio dispositivo.

Surgia, assim, o dever de indicação (*Hinweispflicht*), previsto no § 273, 3, da ZPO, segundo o qual caberia ao juiz indicar algum ponto relevante que as partes ignoraram ou entenderam insignificante, dando-lhes a oportunidade de manifestação a respeito.

Ainda na doutrina alemã, Bernhard Hahn, em 1983, dedicou monografia sobre a cooperação (*Kooperationsmaxime*) no processo civil, criticando o domínio do princípio dispositivo⁷¹.

Afirmou-se, no estudo, que o monopólio das partes sobre a aquisição dos fatos teria sido quebrado com participação do juiz na comunidade de trabalho, especialmente em função do § 139, (1), da ZPO, que impôs o dever de esclarecimento e complementação da alegação e comprovação dos fatos.

O único limite do juiz, em contraposição ao princípio dispositivo, seria a neutralidade. Ao atuar na reconstrução dos fatos o juiz não promoveria investigação livre, limitando-se a desenvolver atividade voltada a identificar lacunas, erros, incorreções e inverdades, que deveria sanar e esclarecer com a participação das partes.

A *Kooperation*, segundo Bernhard Hahn, põe em relevo a dependência dos participantes do processo entre si e a necessidade de que os posicionamentos das partes incluam todas as contraposições possíveis. Não induz, embora pudesse subentender no significado da expressão, a existência de harmonia entre as partes, algo inerente à comunidade de trabalho.

Já a *Kooperationsmaxime*, tomada enquanto orientação principiológica, serviria para descrever a relação das partes e do juiz na aquisição dos fatos e na investigação do substrato fático no processo⁷².

Portanto, a evolução da legislação e da doutrina sobre a colaboração no processo civil alemão revela profunda alteração no modo de entendimento da relação entre as partes e o juiz, doravante muito mais interativo, comunicativo, participativo, argumentativo e aberto, ao mesmo tempo em que forte nos deveres de lealdade e boa-fé.

A influência do processo civil alemão é notada, mais modernamente, no art. 6º do CPC/2015, bem como em julgamento do Supremo Tribunal Federal⁷³:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, 1969. T. V, p.

⁷¹ HAHN, 1983.

⁷² Ibidem.

⁷³ STF - MS 25.787-3/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 08.11.2006, p. 14.09.2007.

234). [...]. Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que ‘a pretensão à tutela jurídica’, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1. direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2. direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3. direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97).

O formato do processo alemão, calcado na ideia de cooperação, também inspirou o processo civil espanhol, redesenhado, nos seus aspectos fundamentais, por ocasião da reforma de 2000⁷⁴.

Em especial, os poderes do juiz, na fase preparatória, voltaram-se à finalidade precípua de estimular a participação das partes no processo, transformando a audiência em campo em que predomina o debate oral.

O procedimento ordinário (art. 339-436) se desenvolve em duas fases, que correspondem a duas audiências, a *audencia previa al juicio* e o *juicio*. Durante a primeira, desenvolvem-se as atividades preparatórias, tal como no sistema alemão, inclusive a atividade direcionada à admissão das provas.

⁷⁴ Ley de Enunciamento Civil, 08.01.2020 (España).

Se a controvérsia não se encerra com decisão prejudicial ou preliminar, o processo evolui à fase seguinte, a do *juicio*, na qual são produzidas as provas orais e, após os debates, também orais, o Tribunal emite a decisão, no prazo de até 10 dias⁷⁵.

Em relação aos poderes conferidos ao juiz, embora menos contundentes que nos demais sistemas⁷⁶, são concebidos para garantir que a fase preparatória do julgamento seja a mais acurada possível, a ponto de permitir que o *juicio* se desenvolva efetivamente, salvo caso excepcional, em uma única audiência.

Na França, ao revés, o juiz sempre teve um papel significativo no processo civil.

Isto é, “*sempre foi, pode-se dizer, um juiz de gestão, incumbido também de identificar a articulação mais coerente com as peculiaridades da causa, na perspectiva de ‘personnalization du rythme des affaires’*”⁷⁷.

Cabe ao juiz, no sistema francês, decidir sobre desenvolvimento do procedimento em mais fases ou em fase única, escolher dentre os procedimentos previstos (*circuits*), além de proferir julgamento imediato, caso não exista necessidade da dilação da solução, mergulhando o processo noutras fases internas.

O primeiro encontro do juiz com as partes ocorrerá na *conférence du président*, ao final da qual será decidido qual *circuit* seguirá o processo, estabelecendo-se, em comum acordo com as partes, rígida programação das audiências.

Uma vez fixado o calendário, não são admitidas mudanças, salvo casos excepcionais.

Assim, se o juiz não respeitar o calendário, pondo em risco a duração razoável do processo, poderá ser alvo de sanções disciplinares. Doutro lado, caso

⁷⁵ Artigo 431. Finalidade do *juicio*. O *juicio* terá por objeto a produção das provas de declaração das partes, testemunhos, informes orais e contradita de peritos, reconhecimento judicial e reprodução de palavras, imagens e sons. Igualmente, uma vez produzidas as provas, no juízo se formularão as conclusões sobre elas.

⁷⁶ Artigo 282. Iniciativa da atividade probatória. As provas são produzidas por iniciativa da parte. Sem embargo, o Tribunal poderá decidir, de ofício, que se produzam determinadas provas ou que acresçam documentos, pareceres, ou outros meios e instrumentos probatórios, quando assim estabeleça a lei.

⁷⁷ CRISTOFARO, Marco de. Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 65, n. 2, p. 282-305, 2010.

as partes não respeitem a programação estabelecida consensualmente, incorrerão em preclusão, em regra quanto aos meios probatórios, podendo o juiz decidir à luz dos elementos constantes do processo, sem prejuízo da aplicação de sanções pecuniárias em caso de omissão.

Admite-se, também, a formação de contrato sobre a prática dos atos processuais, por meio do qual o juiz e os advogados fixam protocolos vinculantes de gestão do processo, inclusive com força vinculante perante as Cortes de Apelação, para algumas espécies de processo.

Com relação a previsão de instrumentos aptos a influir sobre o conteúdo das decisões, o sistema francês se caracteriza, em grande medida, por um poder geral conferido ao juiz de dispor, de ofício, sobre a aquisição de provas não pedidas ou produzidas pelas partes (art. 10, Code de Procédure Civile).

Sob o ponto de vista prático, o sistema francês, em contraposição ao espanhol, não prestigia a prova oral (*comparition personnelle des partis, serment supplétoire*), sendo completamente substituída pelo sistema de *affidavit*, ou seja, declarações escritas, feitas à mão, por exigência legal e jurisprudencial, intencionalmente destinadas a substituir a declaração oral, sendo raro que o juiz, a pedido da parte ou de ofício, decida, como lhe é permitido, ouvir a testemunha sob juramento.

São estas, em linhas gerais, as diretrizes que, no direito comparado, consideradas as peculiaridades dos influxos ideológico-culturais vigentes à época, originaram e atualmente constituem o modelo cooperativo, dando-lhe o sentido e dimensão, avançando a doutrina, mais recentemente, ao lançar olhar científico e retrospectivo sobre as normas de processo, na identificação e sistematização de deveres, ora do juiz ou Tribunal com as partes, ora das partes com o juiz ou Tribunal.

2.2.3 Natureza jurídica

Humberto Ávila foi quem alertou para o estado de euforia, que convencionou chamar de “estado principiológico”, fruto da falta de clareza na manipulação conceitual da distinção entre regras e princípios, “*que terminou por*

*acarretar alguns exageros e problemas teóricos que tem inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico*⁷⁸.

Categorias distintas de espécies normativas invariavelmente são usadas como sinônimas, inclusive com referência indiscriminada a princípios, *“aqui e acolá baralhados como regras, axiomas, postulados, ideias, medidas, máximas e critérios*⁷⁹.

Imprescindível para a correta compreensão do sentido e alcance da cooperação, considerados os importantes desdobramentos da omissão ou recusa de cumprimento, a distinção entre “princípios” e “regras”, sem perder de vista, também, a noção de “postulados normativos aplicativos”, categoria elaborada por Humberto Ávila.

2.2.3.1 Texto e norma

Segundo Riccardo Guastini⁸⁰, normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado⁸¹.

Isto explica porque, em determinadas hipóteses, há norma, mas não dispositivo; afinal, *“quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico*⁸².

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 43.

⁷⁹ Ibidem, p. 44.

⁸⁰ GUASTINI, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme*. Torino: Giappichelli, 1992, p. 16.

⁸¹ Sobre a desvinculação do fato e da norma, Kelsen: “O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua factibilidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 04).

⁸² ÁVILA, ob. cit, p. 50.

Em outros casos “há apenas dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma”⁸³.

Existe, também, casos de um único dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma, como se dá, por exemplo, no enunciado que prescreve lei em sentido estrito para instituição ou aumento de tributo, que nos leva ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa.

2.2.3.2 Interpretação

Diante da desvinculação entre o texto e os seus sentidos, conclui-se que interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto⁸⁴.

Sem embargo, ainda que se entenda que o intérprete *cria* a norma (imputação da interpretação ao texto da lei), há limites, traços mínimos de significação, “*incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem*”⁸⁵.

Wittgenstein refere-se a *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da

⁸³ ÁVILA, 2018, 53.

⁸⁴ Discorrendo sobre a Interpretação e Construção, ensina Carlos Maximiliano: “Os norte-americanos preferem ao trabalho analítico, ao exame da lei isolada, à Interpretação propriamente dita, o esforço sintético, a que apelidam Construção. Para eles, o jurista reúne e sistematiza o conjunto de normas; e com o seu espírito ou conteúdo forma um complexo orgânico. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la e nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real. A Interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda propriamente a lei, a outra conserva com principal objetivo descobrir e revelar o Direito; aquela presta atenção maior às palavras e ao sentido respetivo, esta ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 40).

⁸⁵ ÁVILA, op. cit., p. 52.

condição a priori intersubjetiva, há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado [...].⁸⁶

Nesse sentido, possível afirmar, em reforço à conclusão, que o intérprete não só constrói (cria) a norma, mas a *reconstrói*, porquanto se depara com significados previamente incorporados na linguagem e desenvolvidos em determinado meio sociocultural.

Desse modo, a compreensão de algumas expressões em sentido contrário aos núcleos mínimos de significância, que são previamente estabelecidos na linguagem, tais como “*provisória*” em “*permanente*”, “*ampla defesa*” por “*restrita defesa*”, “*todos os recursos*” como “*alguns recursos*”, revela deturpação do sentido do texto, apropriação individual pelo intérprete da vontade coletiva legítima que emana da lei (*lato sensu*).

Daí porque, a despeito do embate e confusão conceitual, indissociável da qualidade da atividade reconstrutiva do intérprete a correta qualificação das normas como *princípios* ou *regras*.

2.2.3.3 Princípios e regras

A conceituação de princípios e regras é bastante complexa.

Josef Esser sustenta que princípios dizem respeito a normas destinadas ao estabelecimento de fundamentos para o encontro de determinado mandamento, sendo que a distinção entre ambos, regras e princípios, habita o campo qualitativo. Nas palavras do autor, “*os princípios são o ponto de partida do raciocínio jurídico: não como simples instrumentos do pensamento heurístico, senão como expressão primária de uma decisão valorativa de caráter positivo, que é a que confere legitimação à regra que deve ser aplicada*”⁸⁷.

Karl Larenz, por seu turno, afirma que princípios são normas dotadas de elevada relevância para o ordenamento jurídico, ao passo que deles advém o estabelecimento de fundamentos normativos, tanto para interpretação, quanto para aplicação do Direito, inclusive fazendo emergir normas de

⁸⁶ ÁVILA, 2018, p. 53.

⁸⁷ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução (para espanhol): Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh; 1961, p. 252.

comportamento^{88,89}. Essa relevância torna-se também evidente por meio da abordagem de Larenz à jurisprudência advinda dos tribunais, cujo processo criatório, incrementador da ordem jurídica, inclusive além da lei e da integração de lacunas, tem nos princípios seu alicerce. “*Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito ‘extra legem’, à margem de regulação legal, mas ‘intra jus’, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base*”⁹⁰.

Claus-Wilhelm Canaris, doutro lado, afirma que os princípios diferenciam-se das regras, porquanto possuem um conteúdo axiológico explícito, carecendo de suporte (das próprias regras) para sua concretização, além de salientar que a adequada definição de seu sentido é alcançável apenas “*numa combinação e complementação recíprocas*”, em que “*o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o dos seus limites*”⁹¹.

Ronald Dworkin, filósofo do direito, trouxe contribuições relevantes à distinção de princípios e regras.

Confrontando o positivismo jurídico (*general attack of Positivism*), Dworkin ensina que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), ou seja, a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida, sendo que, em caso de eventual conflito, apenas uma delas deverá ter incidência. Os princípios, porém, não determinam a decisão, porquanto contêm apenas fundamentos, que são conjugados com outros fundamentos advindos de outros princípios. Portanto, ao contrário das regras, os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), verificável na hipótese de

⁸⁸ LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamento de ética jurídica*. Tradução (para espanhol): Luis Diez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

⁸⁹ “Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão, uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí por que os princípios indicariam somente uma direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra. O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisões, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa” (ÁVILA, op.cit., p. 56).

⁹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 588.

⁹¹ CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 92-95.

colisão entre os próprios princípios, caso em que aquele com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que esse perca a sua validade⁹².

Robert Alexy, a despeito de reconhecer a existência de diversos critérios para distinção entre regras e princípios (v.g., generalidade, determinabilidade, forma de surgimento e o caráter explícito do conteúdo axiológico), assevera, como ponto decisivo para tal mister, que princípios são mandamentos de otimização, satisfeitos em vários graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas. Ou seja, “*princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível*”. As regras, de outro modo, constituindo comandos definitivos, aplicadas por meio de subsunção⁹³, “*são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas*”, a concluir que, ao valer a regra (e “*a decisão é uma decisão sobre validade*”), o conteúdo da sua exigência deve ser, então, exatamente atendido⁹⁴.

Há, ainda, na linha dessa construção, a ideia de razões contributivas ou decisivas (*contributing and decisive reasons*), a caracterizar, de modo preponderante, cada uma das espécies de norma. As regras, por sua natureza, ao serem aplicadas a determinado caso, além de afastarem a aplicação dos princípios, seriam hábeis a gerar razões decisivas à conclusão (julgamento), repelindo-se a necessidade de ponderação com outras regras, ao passo que os princípios, por sua essência, relacionados especificamente a uma das facetas da situação objeto de aplicação, em conjunto de possíveis outros princípios, com potencial reforço à cada uma das razões (opostas) em confronto, gerariam especialmente razões contributivas, demandando balanceamento (sopesamento) do conjunto de tais razões para conclusão adequada, justamente porque as razões deles decorrentes, individualmente, “*não determinam suas consequências por si próprias*”⁹⁵.

A evolução doutrinária, brevemente elencada, é relevante para compreensão da formulação da tese de Humberto Ávila, que nos permitirá, no seu conjunto, afirmar se a *cooperação*, tal como assentada no CPC/2015, tem *status*

⁹² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury, 2013.

⁹³ ALEXY, Robert. *Law's ideal dimension*. Nova Iorque: Oxford, 2021, p. 176.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87-91.

⁹⁵ PECZENIK, Aleksander; HAGE, Jaap. Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 300-325, set. 2000.

de princípio ou de regra jurídica e, por conseguinte, quais as consequências do descumprimento pelas partes, juiz ou Tribunal.

Segundo Ávila, as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento.

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas (normas-do-que-deve-ser – *ought-to-be-norms*), já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.

Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

As regras, normas-do-que-fazer (*ought-to-do-norms*), podem ser definidas como normas mediatemente finalísticas, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido; e, por isso, dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. Enfim, as regras são prescrições cujo elemento frontal é o descritivo⁹⁶.

Formula-se, na sua obra, um quadro esquemático, para melhor compreensão da distinção:

Quadro – Aspectos relevantes sobre princípios e regras

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção de conduta descrita
Dever mediato	Adoção de conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito de norma e o conceito de fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

Fonte: AVILA, 2018, p. 102.

⁹⁶ Ibidem, p. 96.

Segue-se, ao quadro esquemático, a proposta conceitual das regras e dos princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. [...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com a pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁹⁷

2.2.3.4 Postulados normativos

Merece breve menção, ainda sob o enfoque da distinção das diferentes espécies de normas, a definição de *postulados normativos*, “*normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas*”.

Não se confundem com as normas que também influenciam outras, como no caso dos *sobreprincípios*, os quais situam-se no nível das normas objeto aplicação, atuando sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico.

Os postulados normativos, normas de segundo grau, funcionam diferentemente dos princípios e regras.

A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com as outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com as normas.⁹⁸

⁹⁷ ÁVILA, 2018, p. 102.

⁹⁸ Ibidem, p. 164.

Dentre os postulados hermenêuticos, teríamos, por exemplo, a unidade do ordenamento jurídico, dele decorrendo o da coerência, produto da hierarquia das normas, que seria insuficiente para explicar a complexidade de relações entre as normas jurídicas; afinal, haveria questões que ficariam sem resposta, como quais seriam as relações entre as regras e os princípios constitucionais? São somente os princípios que atuam sobre as regras ou será que as regras também agem simultaneamente sobre o conteúdo normativo dos princípios?

Para responder a tais questões, propõe-se, como complementação a este modelo de sistematização linear, simples e não gradual, cuja falta de implementação traz consequência que se situa preponderantemente no plano da validade, um modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus critérios), cuja consequência preponderante está alocada no plano da eficácia.

Teríamos, assim, o postulado da coerência, que estabelece, como os demais, critérios de aplicação dos princípios e regras, ou seja, *“enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas”*.⁹⁹

E assim segue Humberto Ávila, tratando das demais espécies de postulados, como os da ponderação, da concordância prática, da proibição de excesso, da igualdade, da razoabilidade e proporcionalidade.

2.2.3.5 Qualificação da “cooperação”

Por qualquer teoria que se pretenda examinar a questão, todas muito sofisticadas, conclui-se que o art. 6º do CPC, enquanto objeto de interpretação, texto ou dispositivo, evidencia norma qualificada como *princípio jurídico*, cuja

⁹⁹ ÁVILA, 2018, p. 179.

significação (sentido e alcance), tal como as demais espécies normativas, incumbe ao intérprete recriar, observados os traços mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnica da linguagem¹⁰⁰.

A norma que *contém* a cooperação não é descritiva, não estabelece obrigações, permissões ou proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada.

Não há exatidão, mínima que seja (tempo, modo e lugar), sobre o comportamento devido.

É imediatamente finalística, “*norma do-que-deve-ser*” (*ought-to-be-norms*), porquanto prospectam um estado de coisas para cuja realização é necessário a adoção de determinados comportamentos.

Inexiste, no art. 6º do CPC, norma com a pretensão de acerto ou decidibilidade, que exija exame retrospectivo de correspondência entre a conduta e a finalidade que lhe dá suporte.

A significação que do texto emerge “lança os olhos para o futuro”, em caráter complementar, exigindo avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos da conduta havida como necessária à sua promoção.

O acerto da qualificação da norma como princípio jurídico, especialmente considerado o alto grau de abstração¹⁰¹ da significação, que é puramente finalística, também se verifica na formulação doutros conceitos pela doutrina, dentre eles os seguintes:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.¹⁰²

¹⁰⁰ Cf. ZUFELATO, Camilo. Análise comparativa da cooperação e colaboração entre sujeitos processuais do novo CPC. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 99-121.

¹⁰¹ “A generalidade é o mais frequentemente utilizado. Segundo esse critério, os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais alto que as regras. Exemplo de princípio: liberdade religiosa. Exemplo de regra: ‘todo preso tem direito a converter outros presos’”. (AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005, p. 125).

¹⁰² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 60.

[...] são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.¹⁰³

[...] No Direito Constitucional é que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Assim, os princípios estatuidos nas Constituições – agora princípios constitucionais –, “postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento”.¹⁰⁴

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.¹⁰⁵

Com efeito, estabelecida a qualificação normativa da cooperação, a de um princípio jurídico, imperioso verificar, no sistema jurídico, a sua real abrangência, considerando a multiplicidade de deveres, especialmente imputados ao juiz ou Tribunal, que a doutrina afirma correlação.

2.2.3.6 Problemática

Examinando o art. 6º do CPC, norma que realmente veicula princípio jurídico, vemos, essencialmente, dois problemas, que ainda nos afastam da efetiva e real adoção do modelo de processo cooperativo, tal como concebido, originalmente, no direito europeu.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 147.

¹⁰⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 74.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748.

O primeiro, é que a norma (princípio jurídico), apesar da redundância, foi importada do direito europeu, cuja dinâmica de funcionamento é absolutamente diverso do sistema brasileiro, a começar pela mentalidade daqueles que atuam no processo, a ponto de se exclamar, entre nós, em tom de certo modo utopista, que, no modelo cooperativo, o juiz (brasileiro), doravante, “*é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfechos da relação processual*”.¹⁰⁶

O segundo, é que o legislador, ladeado pela doutrina, ambos exaltando a novidade e o caráter transformador dispositivo, não cuidou, efetivamente, de *recriar* a norma, a partir das realidades do direito local, dando conformação suficiente, caso fosse esse o seu real desiderato, às regras que lhe são correlatas, a descrição de condutas a serem adotadas pelos sujeitos do processo, que dariam efetivo suporte e execução ao atingimento e consecução do estado de coisas a ser promovido.

Não o fazendo, buscou-se, com apoio no direito comparado, replicar uma série de deveres (prevenção, auxílio, consulta e esclarecimento), que há muito faziam parte do sistema europeu, esmerando-se a doutrina local em apontar a correspondência deles com o texto, além de se adicionar ao princípio da cooperação, como se não tivesse autonomia isoladamente, outros tantos princípios, há muito consagrados, afirmando-se o corolário ou resultante deles, tais como o contraditório, eficiência e boa-fé, uma espécie de amalgamado, situação que nos parece mais própria, aproveitando a advertência de ÁVILA, do estado de “*euforia, que se convencionou chamar de Estado Principiológico*”¹⁰⁷.

Os princípios e as regras devem idealmente andar juntos, para alcançar o máximo de concreção, um encontrando no outro o seu suporte e fundamento de existência e aplicabilidade.

Alguma vez, não é inusual, nos deparamos com uma regra sem princípio e o resultado, na avaliação de correspondência hierárquica, será a invalidade. Noutras, acontece o inverso, tem-se o princípio sem as regras correspondentes (ou em nível e/ou quantidade suficiente à concreção ou execução daquele estado

¹⁰⁶ PINHO, 2018, p. 119.

¹⁰⁷ ÁVILA, 2018, p. 43.

de coisas), que conduz, especialmente no caso da cooperação, na perda ou *déficit* de densidade normativa, como bem ressaltou Lenio Streck:

A “cooperação-processual” não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse *standard*. Dito de outro modo, a “cooperação-processual” – nos moldes em que vem sendo propalada – “vale” tanto quanto dizer que todo o processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa-fé. Sem o caráter deontológico, o *standard* não passa de elemento que “ornamenta” e fornece “adereços” à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas, à evidência, não como “dever ser”.¹⁰⁸

Importante ressaltar que Lenio Streck, ao asseverar a falta de densidade normativa, recusa à cooperação a qualidade de *princípio jurídico*, por falta de caráter deontológico e da existência de “*uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade*”. Isto é, “os princípios, nesta perspectiva, são vivenciados (‘faticizados’) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade”, daí porque serem elevados “*ao status da constitucionalidade*”¹⁰⁹.

Invoca, para tanto, as lições de Habermas, objeções ao método preconizado por Alexy, que afirma não ser possível confundir valores com normas. Habermas observa que as normas (princípios) obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprirem as expectativas generalizadas de comportamento, enquanto os valores devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas¹¹⁰.

A validade jurídica do juízo, segundo Habermas, tem o sentido deontológico de um comando, e não o sentido teleológico do que podemos alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nossos desejos, daí a recusa à cooperação, por Streck, do *status* de princípio jurídico.

Sem embargo, não nos parece que a cooperação, considerando os critérios de distinção de espécies normativas elaboradas pela ciência, não teria a

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz *et al.* O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015, p. 345.

¹⁰⁹ *Idem*, 2009, p. 495.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneihler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

qualidade de princípio jurídico, que o legislador, apanhando-o, quis implementar, no CPC/2015, esboçando um *novo* modelo de processo, o *cooperativo*, conquanto (ainda) de forma incompleta ou insuficiente.

A cooperação, mesmo em face da premissa de Habermas, pode ser entendida, sim, como uma espécie de *valor*, que expressa a preferência de bens “que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a determinadas finalidades”, visto que a construção de sociedade justa e solidária - “preferências intersubjetivamente compartilhadas” - constitui objetivo fundamental da República (art. 3º, CF), mormente no âmbito do Poder Judiciário, havendo ligações, vínculos, interesses e responsabilidades recíprocas entre os sujeitos do processo, conquanto não convergentes em determinadas circunstâncias, dada a intensidade do litígio e a cultura naturalmente adversarial, sendo todos, partes, advogados e juízes, membros da mesma comunidade, notadamente a de *trabalho*, ponto nevrálgico da formulação do modelo cooperativo de processo.

Destarte, a incompletude ou *déficit* do modelo cooperativo, por falta de regras que lhe são próprias, evidencia-se, mais claramente, ao tratarmos dos deveres decorrentes (esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio), que a doutrina, novamente se servindo do direito europeu, traça paralelo, ao individualizar dispositivos no Código de Processo Civil que revelariam, equivocadamente, a efetivação, entre nós, do modelo cooperativo.

A definição de princípio, sem regras que lhe dão suficiente colmatação, não se afigura um problema, tampouco novidade no sistema.

É o que acontece, por exemplo, com o princípio da presunção de inocência, que resulta do art. 5º, LVII, da CF.

Não há, aqui, um conjunto de normas estabelecendo obrigações, permissões ou proibições, mediante a descrição da conduta a ser adotada. Ou seja, o mínimo de exatidão sobre o comportamento devido, porquanto imediatamente finalística a norma (do-que-deve-ser).

Nem se conhece um conjunto ordenado e concatenado de normas, previamente concebidas à concreção, mediante disposição de regras de conduta, permissões ou proibições, do estado ideal de coisas, que é a presunção de não-culpabilidade, inclusive para situações que ultrapassam o processo punitivo.

Com efeito, a norma em comento, inequivocamente princípio jurídico, tem significado essencial, generalidade, não é concludente ou definitivo, tem função de validade e de conhecimento, carece de determinação, porquanto *aberta*, aponta opções, tem dimensão de peso, em caso de colisão, sendo dotada de alcance argumentativo e de justificação, com a finalidade proposta, *ainda que não dispostas regras bastantes que lhe dão execução*, no sentido de orientar o sistema como um todo, podendo-se destacar também (i) a preponderância na hierarquia do ordenamento jurídico, (ii) a atuação como fonte de direito e garantia individual, (iii) o critério de interpretação e aplicação do Direito, (iv) diretrizes e orientações aos entes públicos, impondo limites à sua atuação.

Em certa medida, fazendo-se as devidas e necessárias retificações, a hipótese seria semelhante aos *efeitos* das normas constitucionais de eficácia limitada, segundo classificação de José Afonso da Silva, que a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem. Todas elas, segundo o professor, possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo¹¹¹.

Esta, em síntese, a situação do art. 6º do CPC, que veicula, em poucas palavras, apenas um esboço de modelo de processo cooperativo, norma com evidente *status* de princípio jurídico, que tem as mesmas funções acima elencadas, todas de alta envergadura, mas que, por falta ou *déficit* de regras, em nível ou quantidade suficiente, ainda não alcançou, a nosso ver, integral e completa desenvoltura, tal como concebido no direito comparado.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

É o que se verá a seguir, ao tratarmos dos deveres, que a doutrina usualmente afirma lhe são correlatos.

3 DEVERES

A identificação e sistematização dos deveres que resultam da cooperação é devida, em grande medida, a Miguel Teixeira de Sousa¹¹².

Contudo, para enunciá-los, é preciso que se afirme, como pressuposto lógico, a qualidade de *deveres*, mormente porque a maioria deles, segundo a doutrina, voltam-se à figura do juiz ou Tribunal, impondo-lhe uma série de comportamentos, ao longo o arco procedimental, que resvalam inclusive na indispensável imparcialidade

Quem assim o faz, importante que se diga, atribui eficácia normativa de *princípio jurídico* à cooperação, exatamente como acabamos de fazer, porquanto decorrência do “*devido processo legal e do regime democrático*”.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr.:

Para tanto, é preciso registrar: o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções. É por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos devem cooperar entre si. Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, juiz, perito-juiz, perito-autor, perito-réu, etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação. Vamos adiante. O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres. Assim, são ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover. Essa eficácia normativa independe da existência de regras-jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desse dever ao magistrado. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo). Repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo legal e cooperativo. O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres de decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. O dever de cooperação é um deles.¹¹³

¹¹² SOUSA, 1997.

¹¹³ DIDIER JR., Fredie. In. CABRAL, Antonio de Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 19.

Desse modo, a par da discussão antecedente sobre o conteúdo normativo da cooperação, matéria que acabamos de tratar, concordando tratar-se de *princípio jurídico*, mencionam-se, especificamente, os deveres de *esclarecimento*, *consulta*, *prevenção* e *auxílio*¹¹⁴.

3.1 Esclarecimento

O *dever de esclarecimento* impõe ao juiz ou Tribunal a obrigação de esclarecer, junto das partes, as dúvidas que tenha sobre as alegações, pedidos ou posições em juízo. Evitar-se-iam, assim, decisões tomadas com base em percepções equivocadas ou apressadas.

Outrossim, ainda sob o enfoque do dever de esclarecimento, incumbe ao juiz ou Tribunal aclarar ou explicitar às partes sobre o sentido de seus pronunciamentos.

Tal *dever*¹¹⁵, assim como os demais, foi importado¹¹⁶ do Código de Processo Civil Português:

Art. 7º - Princípio da cooperação:

2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judicial, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurarem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

¹¹⁴ Fala-se, também, em dever de proteção, conceito extraído a partir do direito privado (boa-fé), no sentido de que os sujeitos do processo não podem causar dano ou atuar de má-fé.

¹¹⁵ “[...] dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo [...], de modo a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada” (SOUSA, 1997, p. 65-67).

¹¹⁶ “A doutrina brasileira importou do direito europeu o princípio da cooperação (ou da colaboração), segundo o qual o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular (entre juiz e as partes). A moderna concepção processual exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo. O dever de cooperação estaria voltado eminentemente para o magistrado, de modo a orientar sua atuação como agente colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, não se limitando a mero fiscal de regras. Entretanto, não somente o juiz deve colaborar para a tutela efetiva, célere e adequada. Todos aqueles que atuam no processo (juiz, partes, oficial de justiça, advogados, Ministério Público etc.) têm o dever de colaborar para que a prestação jurisdicional seja concretizada da forma que prescreve a Carta de 1988. Nesse sentido, o art. 6º do CPC/2015 estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. [...]” (DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 42-43)

Pode-se dizer, entre nós, que o juiz ou Tribunal realmente tem meios de instar às partes à esclarecimentos em torno de questões relevantes ao julgamento da causa (art. 139, VIII, CPC, v.g.), sendo esta faceta da cooperação no sistema processual.

Porém, não é a melhor faceta, pois, ainda que o juiz possa “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes”, não poderá, caso a parte *aceite* prestar os esclarecimentos, aplicar a “pena de confesso”. Ou seja, cooperação frustrada, tanto por recusa em comparecer, quanto por silêncio da parte, nada daí podendo ser extraído de consequência, apesar da expectativa do sistema de ampliar o debate em torno da causa.

Doutro lado, sob a ótica da obrigação de adequada descrição do sentido dos pronunciamentos jurisdicionais, a exposição das razões de fato e de direito que levam o juiz à determinada conclusão, não nos parece estar-se-ia, verdadeiramente, diante de dever de esclarecimento, corolário da cooperação, endereçado ao juiz ou Tribunal.

3.1.1 Fundamentação

O dever de *esclarecimento* sobre o conteúdo dos pronunciamentos nada mais é do que a velha exigência de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), preceito constitucional que, no CPC, é reforçado com a previsão do recurso de embargos de declaração, cujo escopo é suprir omissão, obscuridade ou contradição.

Ainda no CPC, a motivação das decisões judiciais deu ensejo à moderna definição, por negativa, da decisão “não fundamentada” (art. 489, § 1º, CPC), tamanha a preocupação do legislador com adequada apreciação dos fundamentos de fato e de direito.

Art. 489, § 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem

demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Destarte, apesar do afirmado pela doutrina, a fundamentação das decisões, motivo de recente cuidado do legislador ordinário, algo que existia entre nós pelo menos desde a CF/88, um fenômeno portanto que sempre existiu, não se transformou, como num passe de mágica, à categoria de um dever, o de *esclarecimento*, porquanto tema conectado com o modelo cooperativo processo, uma comunidade de trabalho, formada entre o juiz e as partes, voltada à obtenção da solução justa e efetiva.

Tanto não o é que a falta ou defeito de fundamentação podem ser sanados ou por meio de recurso tendente à integração da decisão (embargos de declaração), ou por meio de recurso que retire a sua própria validade no âmbito do processo, em razão de infração ao art. 93, IX, da CF, não por violação, segundo nos parece, *ao dever de esclarecimento* a que o juiz ou Tribunal, mais modernamente, estaria jungido, por força do art. 6º do CPC.

Ademais, a fundamentação, mais do que um direito das partes de conhecer as razões de fato e de direito que justificam a afetação dos seus bens ou direitos, constitui exigência que, muito além do art. 93, IX, da CF, projeta-se para fora do próprio processo, já que serve especialmente à legitimação do exercício da atividade jurisdicional.

A propósito da legitimação do Poder Judiciário, ensina Alexy:

A questão da legitimidade do Poder Judiciário surge sempre que se pergunta sobre o alcance da norma constitucional expressa no enunciado de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único). Se o poder judicial não é exercido pelo povo “diretamente”, nem por meio de “representantes eleitos”, impõe-se investigar o que torna justificável a aceitação das decisões dos juízes por parte da cidadania. A única possibilidade de conciliar a jurisdição com a democracia consiste em compreendê-la também como representação do povo. Não se trata, obviamente, de um mandato outorgado por meio do sufrágio popular, mas de uma representação ideal que se dá no plano discursivo, é dizer, uma “representação argumentativa”. Essa representação argumentativa é exercida não no campo das escolhas políticas – cujas deliberações versam (predominantemente) sobre o que é bom, conveniente ou oportuno –, mas no campo da aplicação do Direito, sob as regras do

discurso racional por meio do qual se sustenta e se declara o que é correto, válido ou devido.¹¹⁷

Por meio desta vertente do *devido esclarecimento*, que nada mais é do que o dever de fundamentação a que juiz ou Tribunal estão obrigados, são conhecidas as razões e os fundamentos jurídicos, que podem convencer as partes ou permitir a sua revisão, se necessário e possível, mediante interposição de recurso à instância superior.

Permite-se, ao fundamentar-se a decisão, o controle social e político da atividade jurisdicional, a detecção da imparcialidade do julgador e a constatação, até mesmo, de desvios ético-disciplinares, desideratos bem distantes do ideal de colaboração, a que o juiz estaria obrigado¹¹⁸.

Ao motivar a decisão, declinando razões de fato e de direito, o magistrado cumpre o dever de fundamentação, esculpido na CF, não colaborando, em essência, com a parte ou seus advogados, ainda que a adequada determinação das premissas de julgamento lhes sirva à tomada de posições no sentido de conformar-se ou interpor recursos.

Portanto, de forma resumida, pensamos que é muito singelo, sem base normativa suficiente, qualificar a exigência de fundamentação das decisões, que já existia entre nós, como um consectário do dever de esclarecimento do juiz ou Tribunal.

Sem embargo, visto sob o outro aspecto, aquele que outorga ao juiz ou Tribunal a possibilidade de instar as partes à esclarecimentos, complementação de alegações e solução de dúvidas, o dever de esclarecimento ainda carece, no modelo de processo cooperativo concebido pelo legislador, de regras consistentes que lhes dê adequada execução.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

¹¹⁸ Resumidamente, o dever de motivação serve: a) como garantia contra o arbítrio; b) como garantia contra a influência de pontos de vista subjetivos; c) para os litigantes e interessados obterem conhecimento sobre os fundamentos da decisão e, se necessário, para que possam formular recurso da decisão; d) para gerar maior previsibilidade e segurança jurídica (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 423-435).

3.2 Consulta

Já quanto ao *dever de consulta*, “*variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo*”¹¹⁹, afirma-se que o juiz ou Tribunal não pode decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que conhecidas *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes instadas a manifestar-se.

Inequívoco, porém, que o denominado dever de consulta constitui corolário do princípio do contraditório, cuja compreensão há muito avançou, para vedar-se as chamadas *decisões-surpresa*.

A norma que impõe ao órgão jurisdicional a consulta das partes antes de proferir decisão tem origem, tanto quanto o *dever de esclarecimento*, no Código de Processo Civil de Portugal¹²⁰.

Art. 3º - Necessidade do pedido e da contradição.

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

Assim, utilizando redação semelhante, o *dever de consulta*, decorrência do *princípio da cooperação*, conforme preconizado pela doutrina, foi transportado ao CPC/2015, ao assentar que “*o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*” (art. 10).

Mas, como dissemos, o dever de consulta, enquanto característica do modelo cooperativo, também não é novidade no sistema processual. Nunca o foi.

¹¹⁹ DIDIER, 2018, p. 160.

¹²⁰ Outros diplomas processuais europeus têm norma semelhante, tal como o francês: Art. 16 - Code de Procédure Civile: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes 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 observações”.

Trata-se de derivação, mais intensa, do princípio do contraditório, conforme examinaremos adiante.

3.2.1 Contraditório

É usual na doutrina dizer que a cooperação advém de *“uma releitura do princípio do contraditório, sendo, também, possível a sua extração da cláusula geral do devido processo legal, a partir da influência da constitucionalização do processo”*¹²¹.

O diálogo, quando potencializado entre os sujeitos do processo, a ponto de se criar uma comunidade de trabalho em torno da solução justa e efetiva, é que revelaria a cooperação, segundo a novel vertente do contraditório.

Ocorre que, há muito, superada a concepção de contraditório enquanto mera igualdade *formal* entre as partes. O processo, mecanismo de solução de conflitos, está jungido à igualdade substancial ou material, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Tanto a isonomia se infiltra no sistema processual, que um dos deveres primários do Estado-juiz é o de *“assegurar às partes igualdade de tratamento”* (art. 139, I, CPC).

O juiz ou Tribunal, desde o início, deve praticar, exercitar e preservar a igualdade, ou seja, *“não basta agir com igualdade em relação a todas as partes, é também indispensável neutralizar as desigualdades”*¹²², removendo e/ou compensando, com o implemento de medidas adequadas, fatores que geram desnível ou fraqueza, das ordens mais variadas, como a pobreza, o acesso ao Poder Judiciário e a desinformação.

São exemplos da remoção de obstáculos, promoção de tratamento substancialmente isonômico, a concessão da assistência judiciária integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF), que garante ao *mais fraco* a isenção de custas/despesas e o patrocínio por advogado público, assim como a prioridade de tramitação e julgamento das demandas onde há interesses de idosos (art. 1048, I, CPC).

¹²¹ PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 219, p. 89-115, maio/2013, p. 94.

¹²² DINAMARCO, 2009a, p. 213.

Com efeito, a igualdade, quando vista sob o aspecto material, também implica em participação adequada das partes no debate da causa; mesmas e eficientes oportunidades de fazer prevalecer seus argumentos e seus pontos de vista, especialmente no campo probatório¹²³, com o escopo de obter-se a decisão que lhe é mais favorável.

E a forma de fazê-lo, daí a conexão com a isonomia, é o diálogo, a participação, que também pode ser chamada, segundo o texto constitucional, de contraditório¹²⁴ (art. 5º, LV, CF).

O princípio do contraditório, tanto quanto a cooperação, não prescinde de suficiente conjunto de regras hábeis a dar-lhe execução (tempo, modo e lugar), vale dizer, a disposição dos meios e das normas prescritivas de comportamento, relativas à participação dos litigantes no processo.

Além disso, cabe ao juiz, destinatário imediato da garantia contraditório, franquear e estimular as partes ao diálogo, que só será eficiente, a ponto de influir na decisão, se prévio.

Como se vê, superada há muito a vetusta concepção de que a concessão de prazo equânime às partes para manifestação seria suficiente para que o juiz se desincumbisse do dever de assegurar o contraditório, mantendo-se à margem, mero expectador, da solução da causa.

O exercício da jurisdição e o produto dela (ato decisório) somente adquire o *status* de legitimidade quando o processo se desenvolve mediante intensa participação das partes, algo muito além, mais consentâneo com a democracia, do que a simples obediência ao procedimento, como fator de legitimação dos atos de poder¹²⁵.

Participar, sinônimo de contraditório, envolve basicamente as atividades de pedir, alegar e provar, tudo segundo o procedimento descrito em lei, que prescreve, em intensidade razoável, os momentos e a forma em que as partes poderão fazê-lo.

¹²³ Cf. PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil*. Do ônus ao dever de provar. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018.

¹²⁴ "Contraditório é participação e participar do processo significa, para as partes, empregar as armas lícitas disponíveis com o objetivo de vencer o juiz a dar julgamento favorável. Daí o destaque dado à *partitâ dele armi* em estudos sobre o princípio isonômico, mas que bem poderia ser feito também no trato do contraditório" (DINAMARCO, 2009a, p. 215).

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

Porém, o ponto essencial, o evento que inaugura o momento de participação das partes, a realização primeira do contraditório, é a comunicação, a ciência, pelo juiz ou Tribunal, sobre os fatos e circunstâncias relevantes ocorridas no curso do processo, tanto indispensáveis à sua formação, quanto à preparação do julgamento.

A *informação*, que desencadeia a *reação*, ambas expressões do contraditório dito formal.

Enquanto a informação, sempre indispensável, consiste na possibilidade de tomar conhecimento sobre aspectos do processo (alegações e provas), durante todo o seu desenvolvimento, a reação, eventual ou possível, é o momento subsequente, a tomada de postura exterior mediante oferta de argumentos, pedidos e provas, objetivando a prevalência de determinado interesse posto sob apreciação do juiz

Não obstante, à comunicação, que inaugura o momento de participar (informação e reação), adicionou-se outro componente, o “poder de influenciar”; afinal, não adianta, não basta, é insuficiente, que se permita a participação, sem que da participação, materialização do contraditório no plano substancial, portanto pleno e eficiente, resulte às partes condições de influir no sentido e alcance da decisão judicial.

A capacidade de influir na decisão, contraditório agora sob a vertente substancial, é tão relevante que, se não for conferida à parte a oportunidade de contribuir, previamente, com alegações e provas, na formação do ato decisório, ter-se-á a nulidade, por infração ao princípio do contraditório.

Leonardo Carneiro da Cunha e Leonardo Greco descrevem o fundamento sobre a *nova* vertente do contraditório:

O Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.¹²⁶

¹²⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61.

A igualdade das partes e a sua mera audiência bilateral no processo não satisfazem o contraditório participativo como instrumento do princípio político da participação democrática. É necessário, segundo o autor, que o contraditório instaure um diálogo humano, que permita a efetiva contribuição das partes na formação da decisão. O juiz confere às partes a oportunidade concreta de apresentarem e debaterem seus argumentos, produzirem as provas e influenciarem a formação do convencimento do juízo.¹²⁷

A *informação e reação*, mais recentemente acrescida a *influência*, “*ressonância para a fundamentação do provimento*”¹²⁸, compõem, doravante, a visão policêntrica ou tridimensional do contraditório, conforme ensina Daniel Carneiro Machado:

O caráter tridimensional da referida concepção demonstra que o contraditório tem diversas facetas, com destaque para o direito de influência e de não-surpresa, que constitui o aspecto substancial indispensável à concretude da participação democrática no processo. Ou seja, as partes deixam de ser meros espectadores e sujeitos passivos à espera de uma decisão a ser prolatada pelo juiz, como único intérprete do Direito, e passam a atuar ativamente de forma a influenciar a construção da decisão. [...] A concepção tridimensional ou substantiva do contraditório como direito de informação, reação e de influência exprime, em toda sua plenitude, o caráter democrático do processo, possibilitando o debate participativo e pluralista para construção do provimento jurisdicional – essencial para o processo justo.¹²⁹

Isso não nos permite dizer, porém, que o contraditório, agora sob a vertente da influência, “*corporifica-se no princípio da cooperação*”¹³⁰, uma autêntica sobreposição de princípios, ainda que, com ele, possa ter relação, dada a intensidade do diálogo, que é pressuposto da cooperação, enquanto *comunidade de trabalho*.

Para Cassio Scarpinella Bueno, a nosso ver com acerto, a cooperação seria uma faceta específica – quiçá uma (necessária) atualização – do princípio do contraditório, entendendo-se tal princípio como um necessário e constante diálogo entre o juiz e os sujeitos do processo, preocupados, todos, com o proferimento de uma decisão mais adequada para a tutela de seu próprio direito.

¹²⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 540.

¹²⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹²⁹ MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e a sua repercussão no dever de fundamentação das decisões no processo democrático. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, dez. 2014, p. 72-73.

¹³⁰ Ibidem, p. 72.

Ou seja:

Nesse sentido, o princípio da “cooperação” pode ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta. E por isso mesmo é que ele convida a uma renovada reflexão do próprio princípio do contraditório. De uma visão que relacionava o princípio somente às partes, à possibilidade de atuação das partes, é correto o entendimento que vincula também o juiz. Assim, o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em correlatos deveres do magistrado.¹³¹

A aparente confusão entre o contraditório e a cooperação, que nos parece indevida, embora exista realmente pontos relevantes de contato ou intersecção, como a intensidade do diálogo, ganhou força, na doutrina, por dois motivos essencialmente.

O primeiro, porque precária a densidade normativa do princípio da cooperação, a mencionada falta de regras suficientes e consistentes, em grau e intensidade bastante, à sua cabal execução, empurrando o intérprete, para dar-lhe suporte científico, ao empréstimo de substrato noutros institutos, já consagrados no âmbito do processo, no caso o contraditório.

O segundo, mais evidente, foi o advento do art. 9º do CPC/2015; dispositivo apartado da *cooperação* (art. 6º) que, consagrando o direito das partes de influir na formação do ato decisório, vedou a denominada “decisão-surpresa”.

3.2.1.1 Vedação da decisão-surpresa

Como visto, o princípio do contraditório, especialmente a partir de Fazzalari, que cunhou o conceito de processo como *procedimento em contraditório*¹³², evoluiu bastante, assumindo novos contornos, todos hoje essenciais para compreensão do sentido e dimensão do processo, enquanto

¹³¹ BUENO, 2020, p. 136.

¹³² Segundo o FAZZALARI, existe processo apenas quando “em uma ou mais fases do iter de formação de um ato se contempla a participação não só – e obviamente – do autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório” (FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1983, p. 62).

instrumento que, regulando os direitos e as liberdades das partes, foi concebido pelo Estado para a solução de litígios.

Inserido no âmbito da garantia do devido processo legal, o contraditório não mais se resume ao binômio *informação-reação*¹³³. *Informação*, que se dá ordinariamente com a efetivação do ato citatório, conferindo à parte o conhecimento da demanda. E *reação*, que, conquanto possível, porque dependente da iniciativa da parte, consiste na aptidão de opor-se aos atos que lhe são desfavoráveis, corolário da expressão “*meios e recursos a ela inerentes*” (art. 5º, LV, CF).

Modernamente, o contraditório, diretriz que deve ser observada em todo o processo, independentemente da fase ou do grau de jurisdição, passou a significar, segundo a perspectiva da participação das partes no arco procedimental, o direito de *influir* na formação do ato decisório.

Para que se cumpra o direito de *influir* na formação da decisão judicial (*lato sensu*), tornando-a mais *justa, próxima ou conforme a verdade*, mister que se dê às partes, os sujeitos parciais do processo, a oportunidade de manifestar-se sobre as questões de fato e de direito em momento *antecedente* à sua prolação, de modo a atuar, direta e imediatamente, com argumentos e provas, no convencimento do juiz.

O juiz, sob este aspecto, passa a ser o destinatário (*primeiro*) do contraditório, porque lhe incumbe, enquanto agente do Estado responsável pela direção do processo, garantir às partes, em situação de igualdade *substancial* (art. 139, I, CPC)¹³⁴, as condições efetivas de exercício do contraditório,

¹³³ “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro lado, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis” (NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 172).

¹³⁴ “O contraditório está, portanto, precisamente no direito de participação no processo com utilização de todos os meios legítimos e disponíveis destinados a convencer o julgador a outorgar uma decisão favorável a quem tem direito. A defesa em juízo é garantia do contraditório a igualdade de armas que assume o valor de condição de legitimidade constitucional da norma processual. Deve-se sempre ter em mente que o postulado do *due process of law*, da qual os princípios do contraditório e da ampla defesa são corolários, há de ser observado. Não se pode conceber um processo unilateral, em que somente uma parte age no sentido de obter vantagem em relação ao adversário, sem que este apresente suas razões ou, pelo menos, sem que se lhe dê efetiva oportunidade de manifestar-se” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no Novo Código de Processo Civil: Vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*: Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, jan/jun 2016, p. 116-117).

promovendo-o, ao longo do procedimento, como preparo (*medida ordinariamente antecedente*) ao julgamento da causa.

E o estímulo ao contraditório, doravante um dever do juiz, dá-se mediante o *diálogo*.

Debate da causa, *informação* e *esclarecimento* de pontos essenciais à solução do litígio, para que as partes, só assim, tenham chances reais de *influir* no resultado da demanda. Coisa bem diversa, repise-se, do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Aqui é que tem cabimento, como derivação ou vertente da moderna concepção do contraditório, o imbricamento com o princípio da *cooperação*, sua faceta específica, ou necessária atualização, felizes expressões empregadas por Cassio Scarpinella Bueno, já que, doravante, por força do art. 6º do CPC, acentua-se a exortação à *interação* do juiz com as partes¹³⁵, fruto, mais especificamente, do *dever de consulta*¹³⁶, acima tratado.

Sob esse enfoque, o contraditório modernizado (apelidado também de tridimensional ou policêntrico), que nada mais é que o direito de *influir* no convencimento do juiz, teve primeiro registro, entre nós, no ano de 2004, com a alteração da Lei de Execução Fiscal, ao assegurar às partes o direito de manifestação prévia à decisão judicial, *mesmo em relação às matérias cognoscíveis de ofício*.

Dispõe o art. 40 § 4º da Lei 6.830/80 que “*se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato*”.

Noutras palavras, a prescrição intercorrente continuava podendo ser declarada de *ofício* pelo juiz, mas desde que ouvida (previamente) a Fazenda Pública.

¹³⁵ “Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência do diálogo entre eles, visando a correta formação do provimento jurisdicional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 94).

¹³⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 174–184, abr./jun., 1997.

Permite-se que a Fazenda Pública, ouvida antecedentemente à decisão, possa influir no convencimento do juiz sobre questão que, embora cognoscível de ofício, não havia ainda sido debatida nos autos.

Com efeito, onze anos após, o CPC/2015, de forma ampla e genérica, assegurou às partes o direito de serem previamente ouvidas pelo juiz antes da prolação da decisão.

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Estas são, portanto, as normas que consagram, no ordenamento processual civil, a vedação à “*decisão-surpresa*” ou “*sentença de terceira via*” (*sentenza di terza via*), assim chamadas porque retiram das partes a aptidão de *influir* no convencimento do juiz¹³⁷, municiando-o com alegações (de fato ou de direito) anteriormente à formação do ato decisório, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, sobre a qual se impõe o dever de conhecimento de ofício.

¹³⁷ “Por força da compreensão do contraditório como direito de influência, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda-se o juízo de *terza via*. Há proibição de decisões-surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado: as partes têm o direito de confiar que o resultado do processo será alcançado mediante material previamente conhecido e debatido. Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica que deve ser interpretada e aplicada para solução do caso concreto. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (art. 10.º, CPC). Fora daí há evidente violação à colaboração e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta e ao contraditório. Essa exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no interesse público de chegar-se a uma solução bem amadurecida para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Isso porque o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de democratização do processo. De outro, reforça a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera legitimamente que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 8. ed. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, RL 1.2).

Sobre a “*decisão-surpresa*”, ensina André Pagani de Souza:

[...] é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos¹³⁸.

Destarte, ao ouvir as partes antes da decisão, a vantagem é clara para o julgador, porque depois da audição das partes e de analisar iguais ou diferentes pontos de vista, pode proferir uma decisão com maior convicção e segurança.

Para as partes a vantagem também é evidente, por lhes ser dada a possibilidade de apresentarem os seus argumentos a favor ou contra a decisão, de algum modo a podendo ainda influenciar.¹³⁹

3.2.1.2 Violação

O desrespeito ao contraditório prévio gera, em princípio, a nulidade da decisão, por *error in procedendo*, “*na medida em que fere característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador*”¹⁴⁰.

Digo “*em princípio*”, porque o próprio art. 9º do CPC elenca as hipóteses em que não há obrigatoriedade de contraditório prévio. São elas a tutela provisória de urgência, a tutela de evidência prevista no art. 311, II e III do CPC e a decisão que ordena a expedição do mandado monitório (art. 701, CPC¹⁴¹).

O contraditório, nestas hipóteses, não é eliminado, mas apenas *diferido*, para um momento posterior (e eventual), cumprindo-se, sempre, o devido processo legal.

¹³⁸ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136.

¹³⁹ RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil*. Os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013, p. 49.

¹⁴⁰ STJ - REsp 1.676.027/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.09.2017.

¹⁴¹ Art. 701, CPC. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

Outras duas hipóteses, embora não ressalvadas nos arts. 9º ou 10 CPC, dispensam o contraditório prévio. Quais sejam, o julgamento liminar de improcedência do pedido, mesmo nos casos de decadência e prescrição¹⁴², assim como o indeferimento da petição inicial.

Nestes casos, o réu não é chamado a influir antes da prolação da decisão, porque obteve dela tudo aquilo que poderia obter em seu favor (situação de vantagem). Sua intervenção se dará apenas em caso de recurso (arts. 331, § 1º e 332, § 4º, CPC).

Sem embargo, além das hipóteses elencadas, todas previstas no ordenamento, caberia indagar se haveria outras logicamente incompatíveis com a exigência de contraditório prévio, atenuando, em certa medida, o “dever de cooperação”.

Isto é, se o juiz deveria, antes de proferir decisão desfavorável ao autor, alertá-lo de que a petição inicial, porque padece de vício insanável, corre o risco de ser indeferida; ou, ainda, se caberia ao juiz esclarecer previamente ao autor que o pedido veiculado é contrário a enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal, motivando, por conseguinte, o julgamento liminar de improcedência (art. 332, I, CPC).

A questão, como se vê, tem relação com o alcance dos arts. 9º e 10 do CPC.

¹⁴² Art. 332, CPC. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. Art. 487 § 2º CPC. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

3.2.1.3 Limites

Diz o art. 10 do CPC que “o juiz não pode decidir [...], com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar [...]”.

Portanto, a pergunta que se coloca, sob esse prisma, é o que se entende por “fundamento”.

Não há nenhuma dúvida na doutrina¹⁴³ de que por *fundamento* deve se entender as questões de fato e de direito, mesmo quando cognoscíveis *ex officio* pelo juiz, apesar dos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum, dado tibi ius*, que não teriam sido extintos, apenas condicionada a sua aplicação ao prévio diálogo com as partes.

Sobre o tema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

A liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do contraditório. A hipótese não é pouco comum porque são frequentes os empecilhos enfrentados pelo aplicador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial e a cooperação, acima preconizada, tornam-se, no fundo, dentro

¹⁴³ “2. *iura novit curia* [...] É certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive utilizando normas jurídicas não invocadas pelas partes. No entanto, a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto ou desacerto da solução que pretende outorgar ao caso concreto (art. 10º, CPC). Isso quer dizer que a máxima do *iura novit curia* continua plenamente vigente no novo Código: apenas a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes. 3. *Da Mihi Factum, Dado Tibi Ius*. O reconhecimento do caráter problemático do direito e o papel reconstrutivo da sua interpretação judicial fez com que a divisão de trabalho entre o juiz e as partes fosse impactada sensivelmente: as partes não estão mais confinadas na matéria de fato, assim como o juiz não está mais circunscrito à matéria de direito. Isso porque, a uma, as partes têm o direito de se pronunciar previamente sobre as normas jurídicas que serão aplicadas ao caso concreto pelo juiz e, a duas, o juiz tem o poder de conhecer de ofício fatos secundários e de determinar prova de ofício. Daí que a colaboração judicial e o contraditório como direito de influência alteraram a tradicional solução outorgada à divisão do trabalho processual pelo brocardo da *mihi factum, dado tibi ius* – que destinava às partes tão somente o papel de narrar os fatos e ao juiz o de aplicar o direito. O novo Código reconhece que as partes têm direito de se pronunciar sobre o material jurídico de forma prévia à sua aplicação judicial (MARIONI; ARENHART; MITIDIERO, 2022, RL 1.2).

dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem 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.¹⁴⁴

E não poderia ser diferente, porque, como toda matéria discutível no processo se relaciona com o fato ou direito, esse parece ser o melhor enquadramento para se verificar o espectro de aplicabilidade da vedação à *decisão-surpresa*.

Contudo, a aplicação irrestrita do arts. 9º e 10 do CPC, tal como tem sido preconizado pela jurisprudência¹⁴⁵, pode trazer alguma espécie de embaraço à prestação jurisdicional, caso se imponha ao juiz, a cada movimento ou gesto seu em direção ao julgamento da causa, o dever de ouvir previamente as partes, *informando-as, consultando-as, alertando-as*, algo que, não raro, escancarará situações incompatíveis, contrárias aos valores que prestigiam a efetividade e a razoável duração do processo.

Nestes casos, o exagero ou apego desmesurado à cooperação pode conduzir a uma espécie de “*lateralização*” do processo, excesso de “*manifestações*”, movimentação inútil da marcha procedimental, a cada possível enquadramento fático-jurídico imaginado pelo juiz, não obstante discussão madura da causa, tudo a pretexto de alcançar o ideal de uma sentença “*construída*” a “*seis mãos*” (juiz, autor e réu), potencializando o valor participação como manifestação da democracia^{146,147}.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, v. 44, p. 179-212, 2003, p. 194.

¹⁴⁵ “Quanto à norma do art. 10 do CPC/2015, ela aparentemente se propõe a mitigar os aforismos “*Da mihi factum, dabo tibi jus*” e “*Jura novit curia*” – segundo os quais se presume que o juiz conhece a lei adequada para aplicação no caso concreto, devendo reger-se pelo princípio do livre convencimento motivado -, com o intuito de enfatizar uma concepção do processo como colaboração entre as partes e o juiz, em prol da solução da controvérsia (arts. 5º e 6º do CPC/2015). Tal cooperação privilegiaria o contraditório prévio, em detrimento do diferido (que continua sendo admissível no Processo Civil tanto na tutela de urgência quanto na de evidência, segundo o art. 9º do CPC/2015), sob o argumento de que as partes poderiam enriquecer o entendimento do magistrado sobre a matéria, fornecendo-lhe elementos de convicção sobre a interpretação da lei de seus pontos de vista próprios, contribuindo, assim, para a formação de uma razão de decidir que teria levado em conta um cenário mais complexo a respeito do tema em discussão” (STJ - EDcl no AgRg nos EREsp 1510816/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, j. 10.05.2017, p. 16.05.2017).

¹⁴⁶ “O contraditório consiste em uma expressão técnico-jurídica do princípio da participação, uma vez que o poder de ser legitimamente exercido deve estar aberto à participação, forma de legitimação das democracias” (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 319).

Assim, partindo-se da premissa de que o contraditório seria o grande valor a ser perseguido no processo, não encontrando os arts. 9º e 10 do CPC limitação quanto à sua aplicação, teríamos que concordar, no extremo, que constitui dever do juiz consultar as partes, antes da prolação da sentença, sobre o emprego, na fundamentação, de determinado acórdão do Tribunal a que pertence, jurisprudência, súmula e/ou precedente.

Também deve assim fazer ao julgar antecipadamente a lide, faculdade que a norma processual lhe assegura (art. 355, CPC). Ou, ainda, caso pretenda, de ofício, ouvir testemunha *referida*, determinar perícia ou conhecer documentos oficiais, fazendo uso dos poderes instrutórios. Caberá ao juiz, nestas hipóteses, oportunizar às partes manifestação prévia, para que, só assim, possam influir eficazmente na formação do seu convencimento acerca da conveniência e legalidade da providência.

Pensemos, também, na hipótese de aplicação de um princípio geral de direito não debatido entre as partes; ou, ainda, na prévia manifestação do litigante de má-fé antes da aplicação de sanção quando a conduta típica é de resistência injustificada ao andamento do processo ou de promoção de incidentes manifestamente infundados.

A solução de tais questionamentos, propositadamente contrastantes, exige adequado equacionamento da cooperação, segundo a vertente do princípio do contraditório, fenômeno “*permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC*”¹⁴⁸.

Com efeito, dadas as flagrantes incongruências, entendemos que os arts. 9º e 10 do CPC, subtraindo as exceções legais, não devem ser aplicados irrestrita e ilimitadamente, porque, não obstante a alta envergadura constitucional, o contraditório não é um fim em si mesmo.

¹⁴⁷ “A necessária participação das partes em simétrica paridade para uma jurisdição efetivamente justa [...] passa pela questão da qualidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, pela legitimidade de tais decisões. E tal legitimidade só é efetivada por via de um procedimento realizado em contraditório, para que seja superada a visão de que a justiça seja produto da ‘clarividência do julgador, sua ideologia ou magnanimidade’ (AZEREDO, Amanda Helena Guedes. A inconstitucionalidade do “ius postulandi” na Justiça do Trabalho em face do princípio do contraditório. *Juris Plenum - Trabalhista e Previdenciária*. Caxias do Sul, ano 4, n. 28, p. 22-25, fev. 2010).

¹⁴⁸ STJ - REsp 1.676.027/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.09.2017.

Sendo o contraditório também uma técnica concebida para aprimorar a decisão judicial e conferir segurança/previsibilidade às partes, mister que se dê alguns limites aos arts. 9º e 10 do CPC.

O primeiro, porque mais consentâneo com a dinâmica da relação procedimental, decorre do enunciado 01 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), que prescreve “*entende-se por fundamento referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes*”.

O segundo é a subordinação da violação dos arts. 9º e 10 do CPC ao regime legal das nulidades. Isto é, a parte precisa suscitar o vício logo na primeira oportunidade em que couber manifestar-se, sob pena de preclusão. Ademais, é preciso demonstrar o prejuízo¹⁴⁹ sofrido pela quebra do contraditório, que será presumido se a decisão lhe for totalmente desfavorável.

A terceira barreira, que nos parece lógica e intuitiva, decorre de uma expressão contida do art. 3º do Código de Processo Civil de Portugal.

A norma diz, *contrario sensu*, que o juiz não deve observar e fazer cumprir o princípio do contraditório no caso de “*manifesta desnecessidade*”.¹⁵⁰

Isto acontece quando a matéria, no seu conjunto, considerada globalmente, foi debatida e discutida, ainda que implicitamente, dispensando o destaque, pontual e específico, para questões de fato ou de direito diluídas ou pulverizadas no conjunto das alegações.

Nesse caso, ao conhecer da matéria, porque era manifestamente desnecessário o contraditório prévio, não se pode dizer que o juiz tenha proferido “*decisão-surpresa*”, tomando de *assombro* as partes ao ensejo do julgamento da causa.

¹⁴⁹ Enunciado 03 ENFAM – “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar a solução da causa”. (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS).

¹⁵⁰ Art. 3º CPC de Portugal: 1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição. 2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida. 3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem. 4 - Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

A quarta e última limitação se encontra, segundo pensamos, no art. 4º, § 2º, da Resolução nº 203 do Tribunal Superior do Trabalho, de 15 de março de 2016, que “*dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho*”.

O ato normativo editado pelo TST contém construção interessante, porque conceitua a “*decisão-surpresa*” segundo o modo negativo, dizendo que:

Não se considera ‘decisão-surpresa’ a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos processuais de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição expressa em contrário.¹⁵¹

Ou seja, se as partes tinham obrigação de *prever* a decisão judicial, porque decorrência lógica do debate promovido nos autos e do andamento da causa, não podem invocar a ocorrência de “*decisão-surpresa*”.

Tal construção nos permite responder às indagações formuladas acima, como aquela referente à necessidade de alerta, consulta ou esclarecimento ao autor se a petição inicial for indeferida por vício insanável; ou, ainda, no caso de julgamento liminar de improcedência do pedido porque contrário a enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal.

A decisão não lhe é, *no fim e ao fundo*, surpreendente, mas decorrência lógica do sistema, que o autor tinha obrigação de prever.

Outrossim, conquanto o art. 10 do CPC seja bastante claro no sentido de que o juiz não pode proferir decisão surpresa “*em grau algum de jurisdição*”¹⁵², parece-nos que haverá alguma dificuldade (ou resistência) de aplicação do

¹⁵¹ Resolução TST 203 de 15.03.2016, art. 4º, § 2º.

¹⁵² “O art. 10 do Código de Processo Civil brasileiro, de maneira expressa, estatui que decisões-surpresa devem ser evitadas em todos os graus de jurisdição (‘o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição ...’) e assim, bem procedeu, pois em muitas ocasiões fundamentos relevantes de um caso apenas são detectados quando da revisão de uma decisão já proferida. Como se sabe, algumas questões podem ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, assim, por exemplo, aquelas relativas aos pressupostos e requisitos de admissibilidade ao julgamento de mérito (CPC art. 485 § 3º); de modo que se algum fundamento não presente nas razões recursais, ainda que não discutido e debatido nas instâncias inferiores, tem eles o dever de ouvir previamente as partes a respeito. A essência do contraditório, segundo sua concepção mais consentânea com as atuais características do Estado Democrático de Direito, está justamente na possibilidade de influenciar a formação do convencimento daquele magistrado que está efetivamente em vias de decidir e não meramente debater um fundamento em uma determinada fase do processo” (LUCON, 2016, p. 121).

contraditório prévio nos Tribunais Superiores, porque são órgãos colegiados ordinariamente vocacionados ao debate de questões jurídicas.

O Superior Tribunal de Justiça, embora tenha se esmerado na distinção entre o fundamento legal e qualificação jurídica do fato, assentou que “*a discussão em colegiado, com diversos juízes pensando a mesma causa, teria que ser paralisada a cada dispositivo legal aventado por um dos vogais, a fim de que fosse dada vista às partes. Grave seria o entrave à marcha dos processos, além de fértil o campo de nulidades*”¹⁵³.

A preocupação do Superior Tribunal de Justiça em pôr alguma espécie de limite ao art. do 10 do CPC é justificada, porque, uma vez encerrado o debate em torno da demanda, em todos os seus contornos, o contraditório prévio, sobre toda possível compreensão da causa de pedir ou do pedido, inviabilizaria o próprio funcionamento do colegiado, cuja razão essencial de existir é o embate e o confronto de pensamentos sobre temas objetivos, tomando-se a ordem jurídica posta com um todo, em seus mais variados ângulos.

Desse modo, a cooperação, enquanto exigência de contraditório constante e eficiente no curso da demanda, tomada a dimensão subjetiva de influir no convencimento do juiz, não pode ser alçada à categoria de único meio hábil à realização e legitimação do processo.

Como todos os demais valores em conflito numa demanda, o contraditório deve ser compatibilizado com os princípios da eficiência e da duração razoável do processo, que lhe impõem limites, ainda que se sirva da roupagem, mais moderna, da cooperação.

3.3 Prevenção

Fala-se, ainda, no *dever de prevenção*, “*variante do dever de proteção*”¹⁵⁴, sempre que presente situação em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.

Ainda segundo Didier, quatro seriam as “*áreas de aplicação*” do dever de prevenção: “*explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição*

¹⁵³ STJ - EDcl no REsp 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Galloti. j. 27.06.2018.

¹⁵⁴ DIDIER, 2018, p. 161.

*dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação correta e a sugestão de certa atuação da parte*¹⁵⁵.

Ademais, seriam muitos os dispositivos legais mencionados no CPC, para quem reconhece a existência o *dever de prevenção*, entendida como a “*concretização do princípio da primazia da decisão de mérito [...], que, por sua vez, é concretização do princípio da cooperação*”¹⁵⁶, podendo-se destacar, dentre eles, os artigos 76, *caput*; 321; 932, parágrafo único; 1.017, §3º; e 1.029, § 3º.

Porém, examinando-os, conclui-se que a incapacidade processual ou a irregularidade da representação processual (art. 76, CPC) sempre ensejou, por parte do juiz ou Tribunal, a determinação de correção, em prazo adequado, já que, tal como posto, o processo, por falta de pressuposto processual, não reuniria condições de instauração e desenvolvimento.

Nunca se cogitou que, assim o fazendo, o juiz ou Tribunal estaria *cooperando* com as partes, porquanto membro da mesma comunidade de trabalho, ao invés de simplesmente desenvolver atividade no sentido de expurgar o processo de defeitos sanáveis; afinal, é garante primeiro, enquanto órgão do Estado, da incolumidade do devido processo legal.

A atividade de correção do órgão jurisdicional, na hipótese mencionada, passa bem ao largo do “*êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo*”¹⁵⁷.

Noutras palavras, o juiz, ao instar as partes à correção do defeito, nada mais faz do que zelar pela incolumidade do processo, tarefa que lhe incumbe desde a sua instauração¹⁵⁸, em nada atuando para resguardar ou salvaguardar as partes no tocante aos rumos da demanda, enquanto membros da mesma *comunidade de trabalho*.

O art. 321 do CPC, que trata da emenda da petição inicial, também não pode ser visto, pensamos, como realização do dever de prevenção, pois, desde sempre, deparando-se o juiz com vício ou defeito passível de correção, cabe-lhe

¹⁵⁵ DIDIER, *loc. cit.*

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 162.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 103.

¹⁵⁸ Art. 139, IX, CPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”

ordenar a emenda, fundamentando adequadamente a decisão, no sentido de demonstrar o erro e permitir à parte a tempestiva correção.

E, somente se não atendida a providência, que ao juiz incumbe também especificar (insistimos, por dever de fundamentação das decisões), seria possível o indeferimento da petição inicial (art. 330, IV, CPC).

Tal providência, longe de configurar espécie de auxílio, resguardo ou recato à parte, pode ser entendida, não só como antiga e clássica exigência de fundamentação das decisões judiciais, mas, também, como resultado da aplicação de princípio geral de direito, que determina o aproveitamento dos atos processuais (art. 283, CPC), pois o defeito, que admite correção, não comprometeria, em última análise, essência ou estrutura do processo, que deve caminhar prioritariamente à solução de mérito.

Os outros dispositivos mencionados (art. 932, parágrafo único; 1.017, §3º; 1.029, § 3º, CPC), conquanto aplicáveis à fase recursal, podem ser entendidos na esteira da emenda da petição inicial, isto é, não como implicação do dever de prevenção, porque, tanto quanto à hipótese antecedente, sendo possível a correção do ato (interposição de recurso ou ajuizamento de demanda), sem comprometimento do devido processo legal (contraditório e ampla defesa), assim deve o juiz ou Tribunal proceder.

3.3.1 Aproveitamento dos atos processuais

É o que a doutrina modernamente evoluiu para o “princípio da primazia da decisão de mérito”¹⁵⁹, inclusive apontando como exemplo no CPC os mesmos arts. 76¹⁶⁰, 139 IX¹⁶¹, 317¹⁶², 321¹⁶³, 932 parágrafo único¹⁶⁴, 1.029 § 3º¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Nesse sentido: “Vale destacar que do art. 4º do CPC (e de uma grande série de outros dispositivos, como o art. 317 e o art. 488, entre muitos outros exemplos que poderiam ser indicados) se extrai um outro princípio – infraconstitucional – fundamental para o sistema processual brasileiro: o *princípio da primazia da resolução do mérito*. É que, como se vê pela leitura do art. 4º, ‘as partes têm o direito de obter [a] solução integral do mérito’. O processo é um *método de resolução do caso concreto*, e não um mecanismo destinado a impedir que o caso concreto seja solucionado. Assim, deve-se privilegiar, sempre, a resolução do mérito da causa. Extinguir o processo sem resolução do mérito (assim como decretar a nulidade de um ato processual ou não conhecer de um recurso) é algo que só pode ser admitido quando se estiver diante de vício que não se consiga sanar, ou por ser por natureza insanável, ou por se ter aberto a oportunidade para que o mesmo fosse sanado e isso não tenha acontecido. Deve haver, então, sempre que possível, a realização de um esforço para que sejam superados os obstáculos e se desenvolva atividade tendente a permitir a resolução do mérito da causa. É por

Sobre a preferência da extinção normal do processo, Daniel Amorim Assumpção Neves entende que:

O processo (ou fase) de conhecimento foi projetado pelo legislador para resultar em um julgamento de mérito. Por essa razão, essa espécie de julgamento é considerada o fim normal dessa espécie de processo ou fase procedimental. Naturalmente, nem sempre isso é possível no caso concreto, devendo o sistema conviver com o fim anômalo do processo ou fase do conhecimento, que se dá por meio da sentença terminativa (art. 485 do Novo CPC). Tendo sido o objetivo do legislador, ao criar o processo ou fase de conhecimento, um julgamento de mérito, naturalmente essa forma de final é preferível à anômala extinção sem tal julgamento, motivada por vícios formais. Somente essa distinção entre fim normal e anômalo já seria suficiente para demonstrar que há um natural interesse no julgamento do mérito no processo ou fase de conhecimento, considerando-se ser sempre preferível o normal ao anômalo. A solução definitiva da crise jurídica, derivada da coisa julgada material, que dependerá de uma decisão de mérito transitada em julgado, é outra evidente vantagem no julgamento de mérito quando acompanhado com a sentença terminativa. Pelas óbvias razões apresentadas, cabe ao juiz fazer o possível para evitar a necessidade de prolatar uma sentença terminativa no caso concreto, buscando com todo o esforço chegar a um julgamento do mérito. Essa é uma realidade incontestável, e bem apresentada pelo art. 282, § 2º do Novo CPC, ao prever que o juiz, sempre que puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, deve ignorar o vício formal e

isso, por exemplo, que se estabelece que no caso de se interpor recurso sem comprovação de recolhimento das custas devidas deve haver a intimação para efetivar o depósito (em dobro, para que não se estimule a prática apenas como mecanismo protelatório) do valor das custas, viabilizando-se deste modo o exame do mérito (art. 1.007, § 4º), ou se afirma que '[d]esde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485'. Há, pois, no moderno direito processual civil brasileiro, um *princípio da primazia da resolução do mérito*, o qual, espera-se, seja capaz de produzir resultados bastante positivos no funcionamento do sistema de prestação de justiça civil." (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 9)

¹⁶⁰ Art. 76, CPC – “Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício”.

¹⁶¹ Art. 139, CPC – “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”.

¹⁶² Art. 317, CPC – “Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

¹⁶³ Art. 321, CPC – “O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.

¹⁶⁴ Art. 932, CPC “Incumbe ao relator: parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

¹⁶⁵ Art. 1.029, CPC – “O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão. § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

proferir decisão de mérito. É a prevalência do julgamento de mérito aliada ao princípio da instrumentalidade das formas.¹⁶⁶

Ou seja, a proposta, já antiga, de que o formalismo exacerbado, em detrimento dos valores de justiça, não mais se compraz com o interesse público, devendo ser prestigiada a *instrumentalidade das formas*, uma espécie de preponderância do formalismo valorativo sobre o formalismo excessivo, conforme ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

[...] o sistema brasileiro dispõe de meios suficientes para vencer o formalismo pernicioso e conduzir o processo às suas reais metas. Mostra-se necessária, tão somente, uma atitude mais aberta, talvez uma mudança de mentalidade, para o enfrentamento de problemas dessa ordem. Advirta-se, no entanto, que o juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso a seu bel prazer. Por isso mesmo, a solução da situação problemática, gerada pela antinomia entre a justiça e o formalismo concreto encontra encaminhamento e solução apenas dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. [...] Nesse difícil, mas necessário equilíbrio, em que exerce papel fundamental o dever de motivação adequada do ato judicial, habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil.¹⁶⁷

Segundo o princípio da *instrumentalidade das formas*, que entendemos plenamente aplicável à vertente do dever de prevenção - na verdade, a sua real feição -, os atos que incidirem em atipicidade, a não conformidade com a prescrição legal, somente terão a sua invalidade reconhecida pelo juiz se o objetivo do ato ou do processo não for alcançado.

É por isso que o magistrado, frente a defeito sanável, após juízo de “correlação entre o meio e o fim”, faz opção não pela decretação da nulidade, mas pela admissão do ato, facultando-se à parte a correção ou adaptação, justamente a hipótese, como tantas outras similares, da emenda da petição inicial (art. 321, CPC), não se importando, em realidade, com eventual “situação em que o êxito da ação ou defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”.

Não é incumbência do juiz ocupar-se do êxito da ação ou defesa. Nesse caso, a atividade do juiz ou Tribunal, que age sob influxo da norma que lhe prescreve a correção, não é de colaboração, embora possa sê-lo objetivamente,

¹⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 214.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

no plano do encadeamento dos atos processuais, mas sempre vinculada à manutenção da higidez do processo, que se volta, prioritariamente, à solução de mérito.

Aliás, o decreto de nulidade, que inexoravelmente se impõe diante de defeito insanável, constitui espécie de sanção, não se podendo falar, nesta hipótese extrema, que o juiz ou Tribunal, ao pronunciar a invalidade, não agiria em colaboração com a parte, fazendo-o, tão-somente, na situação inversa ou intermediária, quando, se não admite o ato, faculta-lhe, porque possível, a “correção”.

A lição não é nova, malgrado a nova roupagem ou remodelagem; não emitindo o juiz, quando assim age, um *alerta* ou advertência às partes sobre defeitos processuais, porque assim lhe impõe o “dever de preservação”.

Ou seja, determinar ao autor que “explicita pedidos pouco claros”, reformule causa de pedir que não tem nexos lógicos com a pretensão ou promova adequação de procedimento que se revela incompatível, não traduz sugestão, conselho ou estímulo numa comunidade de trabalho que ainda sequer pode ser dita integralmente formada.

Trata-se de ordem, imperativa, ditada por quem dirige o processo, cujo não atendimento gera a mesma consequência drástica do decreto de nulidade *ipso facto*.

E não se cogita, nem numa nem noutra hipótese, em exaurimento do dever de prevenção do juiz com relação às partes, conseqüente da colaboração ou cooperação.

São outros valores, bem diversos, que informam a atuação do juiz diante de *defeito*, como a de que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*); a de que não se anula ato que, apesar do descompasso com a forma, atingiu a sua finalidade essencial¹⁶⁸, a do aproveitamento de atos (ou parte deles) que são independentes do declarado nulo¹⁶⁹, etc.

O juiz, em síntese, somente sanciona o ato processual (ou o inteiro procedimento) com o decreto de nulidade se não for possível aproveitá-lo,

¹⁶⁸ Art. 277, CPC – “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

¹⁶⁹ Art. 281, CPC – “Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes”.

devendo, caso o faça, restringir a nulidade ao mínimo necessário, porquanto - essa é a diretriz que informa a sua atuação - incumbe-lhe extrair do processo, enquanto instrumento¹⁷⁰ que perpassa a solução da controvérsia intersubjetiva, resultados tangíveis, verdadeiros e eficientes.

Nesse sentido, julgado do Supremo Tribunal Federal:

1. A doutrina moderna ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. 'In': Revista de Processo, São Paulo: RT, 137, p. 7-31, 2006 [...]) 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado. 4. O formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. 'In': 'Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho', 16, 2002).¹⁷¹

3.4 Auxílio

Encerrando o rol de quatro deveres resultantes da cooperação, temos o de *auxiliar*, segundo o qual o juiz ou Tribunal teria a incumbência de coadjuvar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou deveres processuais.

Noutras palavras, caberia ao órgão jurisdicional, sempre que possível, remover obstáculos.

O que se pretende, ao cominar tal modalidade de dever, seria uma espécie de atuação verdadeiramente proativa do juiz ou Tribunal, muito além da polêmica iniciativa probatória *ex officio*, já que, por antecipação, deve o julgador identificar e resolver possíveis problemas que, acometendo as partes, tragam-lhes embaraço

¹⁷⁰ Sobre a “instrumentalidade do processo”, coisa bem diversa da “instrumentalidade das formas”, cf. a clássica obra de Candido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

¹⁷¹ STF - HC 101.132-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24.04.12, p. 22.05.12.

ou dificuldade no exercício de suas posições, ao longo do processo, tendentes à obtenção de decisão mais favorável.

Teríamos, assim, o *direito geral de auxílio*, o outro lado da moeda, cuja origem foi identificada, por alguns, na parte final do art. 7º do CPC, que afirma competir ao juiz “zelar pelo efetivo contraditório”.

Todavia, mesmo os mais entusiastas do modelo cooperativo ainda não advogam a existência do dever de auxílio (ou direito geral de auxílio) no direito processual brasileiro.

Afinal, a tarefa de auxiliar as partes é do seu representante judicial: advogado ou defensor público. Não só não é possível: também não é recomendável. É simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. É possível, porém, que haja deveres típicos de auxílio, por expressa previsão legal¹⁷².

Realmente o mais sensato.

O dever de auxílio, visto como uma atividade a ser desenvolvida por antecipação sempre que a parte se encontre em *apuros*, obstaculizada por algum entrave processual, exigiria do juiz a capacidade de pressentir ou predizer situações que, quiçá objetivamente inexistentes, o colocaria em risco de quebra da imparcialidade.

Não pode o juiz substituir-se à iniciativa do advogado, profissional que, escolhido pela parte, detém a técnica e articula estratégia que melhor se afina com os interesses daquela.

Imiscuir-se nesse elo, que se assenta primordialmente na confiança, mediante a emissão de provimentos em *auxílio* não solicitado pelo defensor da parte, traria comprometimento à credibilidade do processo, enquanto instrumento destinado à pacificação equidistante do litígio.

De todo modo, sob a perspectiva do dever de auxiliar, elencam-se, a título de aplicações práticas da cooperação, alguns exemplos, tais como: (i) a permissão de intervenção de pessoas, órgãos ou de entidades com interesse, ainda que indireto, na solução de controvérsia que possa alcançar um grande número de pessoas; (ii) realização de audiências públicas (art. 927, § 2º; art. 983, § 1º; art. 1.038, II); (iii) autorização de ingresso de outros personagens que

¹⁷² DIDIER, 2018, p. 163.

possam colaborar para a realização da justiça, caso dos *amicus curiae* (arts. 138 e 1.038, I)¹⁷³, (iv) a suspensão do processo, por prazo razoável, para que defeito de incapacidade processual ou a irregularidade da representação seja sanado pelas partes (art. 76); (v) incumbência do juiz de determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais (art. 139, IX); (vi) concessão de prazo para, se possível, corrigir o vício ou defeito, antes de proferir sentença sem resolução de mérito (art. 317); (vii) emenda da petição inicial, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321); (viii) delimitação, no saneador, das questões de direito relevantes para a decisão de mérito (art. 357, IV); (ix) incumbência do relator, antes de considerar inadmissível o recurso, de conceder prazo ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível (art. 932, parágrafo único); (x) havendo dúvida quanto ao recolhimento do preparo, decorrente de equívoco no preenchimento da guia de custas, caber ao relator intimar o recorrente para sanar o vício, antes de pronunciar a deserção (art. 1.007, § 7º); (xi) oportunidade de regularização do agravo de instrumento na hipótese de falta de peças ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade (art. 1.017, § 3º); (xii) desconsideração de vício formal de recurso tempestivo pelo STF ou STJ, desde que não o repute grave (art. 1.029, § 3º); (xiii) modificação do ônus da prova diante dos pressuposto do art. 373, §§ 1º e 2º; (xiv) dever de declinar, no primeiro momento que couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva, bem como de informar e manter atualizados os dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário, para recebimento de citações e intimações (art. 77, V e VII); (xv) possibilidade de os advogados efetivarem intimações ao longo do processo (art. 269, § 1º); identificação consensual das questões de fato e de direito pelas partes e sujeito à homologação judicial ou o saneamento compartilhado em demandas complexas (art. 357, §§ 2º e 3º); (xvi) escolha, em comum, pelas partes, do perito, a chamada “perícia consensual” (art. 471), etc.

As hipóteses, logicamente, não se esgotam, dado o caráter amplo do art. 6º do CPC, mas não vemos, pelo menos na maioria delas, autonomia suficiente, a

¹⁷³ CARNEIRO; *in*. WAMBIER, 2015.

corroborar a falta de densidade normativa acima tratada, para se afirmar que estamos verdadeiramente diante de exemplos de *deveres* que emergem do modelo cooperativo.

Explico.

O juiz ou Tribunal, ao permitir a intervenção de pessoas, órgãos ou de entidades com interesse, ainda que indireto, na solução de controvérsia que possa alcançar um grande número de pessoas, tampouco ao designar audiências públicas (art. 927, § 2º; art. 983, § 1º; art. 1.038, II), ou autorizar ingresso de outros personagens que possam colaborar para a realização da justiça, caso dos *amicus curiae* (arts. 138 e 1.038, I), assim não o faz porque deve - enquanto incumbência processual (implícita ou explícita) - *auxiliar* as partes.

Esta é puramente uma escolha do legislador, desde que presentes os requisitos legais, para ampliar a participação em processos cujo resultado tem potencial de afetação de grande número de pessoas, que são chamadas, de algum modo, para, querendo, intervir, deduzindo alegações e/ou produzindo provas, tudo com o escopo de potencializar a influência de atores relevantes da sociedade na formação do *decisum*.

Outrossim, a previsão de concessão de prazo para, se possível, corrigir o vício ou defeito, antes de proferir sentença sem resolução de mérito (art. 317, CPC), constitui providência despicienda, porque, prestigiando o sistema a decisão definitiva (extinção normal do processo), mediante efetiva imersão do juiz no exame da controvérsia, a permissão da correção de vícios sanáveis traduz técnica orientada pela instrumentalidade e aproveitamento dos atos processuais, matéria também acima tratada, em nada implicando, pensamos, em efetivação de deveres que seriam próprios da cooperação processual.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco:

Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro. [...] O que importa acima de tudo é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto

possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.¹⁷⁴

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery acrescentam:

O juiz deve desapegar-se do formalismo, procurando agir de modo a propiciar às partes o atingimento da finalidade do processo. Mas deve obedecer às formalidades do processo, garantia do estado de direito. [...] O Código adotou o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o que importa é a finalidade do ato e não ele em si mesmo considerado. Se puder atingir sua finalidade, ainda que irregular na forma, não se deve anulá-lo.¹⁷⁵

O aviso sobre a modificação do ônus da prova diante dos pressupostos do art. 373, §§ 1º e 2º, do CPC, superado amplo debate ainda na legislação revogada, se se tratava ou não de regra de julgamento, é decorrência dos influxos da concepção mais moderna do princípio do contraditório, tanto no sentido de permitir às partes a possibilidade de influir na decisão do magistrado, quanto em relação à vedação da decisão-surpresa, que se daria ao aplicar as regras de repartição de ônus probatório, por ocasião do julgamento, diferentemente do quadro ordinário previamente conhecido das partes (autor – fato constitutivo; réu – fato impeditivo, modificativo ou extintivo).

Contudo, mais uma vez, não estamos, ainda, sob influência das novidades que emergem do modelo cooperativo, notadamente os deveres *prevenir*, *esclarecer*, *consultar* ou *auxiliar* as partes.

O dever de declinar o endereço das partes nos autos, atualizando-as no curso do processo sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva, assim como o de informar e manter atualizados os dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário, para recebimento de citações e intimações (art. 77, V e VII, CPC), refletem muito mais o cumprimento de requisito essencial da petição inicial (art. 319, II, CPC) e, especialmente, modo de integração do sistema de comunicações no interior do processo, do que atividade voltada à recíproca contribuição entre os sujeitos que o integram, já que serão consideradas válidas as intimações dirigidas ao local indicado nos autos, “*ainda*

¹⁷⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b, p. 365-366.

¹⁷⁵ NERY JR.; NERY, 2018.

que não recebidas pessoalmente pelo interessado” (art. 274, parágrafo único, CPC).

Tanto a providência é voltada a conferir eficiência ao sistema de comunicações do processo, que a Lei 14.195/21, alterando o CPC/2015, deu primazia à citação por meio eletrônico (art. 246), incumbindo a parte de informar, na primeira oportunidade, o motivo da ausência de confirmação do recebimento da citação enviada eletronicamente, caso tenha sido chamada aos autos por oficial de justiça, correio, edital ou “pelo escrivão ou chefe de secretaria, se comparecer em cartório”.

A parte não informa mudança de endereço, nem confirma o recebimento de citação enviada eletronicamente, com o propósito de colaborar ou contribuir com os demais sujeitos do processo. Informa ao juízo porque não quer ter a validação de intimação *ficta* capaz de gerar-lhe situação de gravame (art. 485, II e III, CPC, v.g.), tampouco incorrer no risco de ser sancionado com multa de até 5% do valor da causa por falta de justa causa quanto a não confirmação do “recebimento da citação recebida por meio eletrônico” (art. 246, § 1º-A, CPC). Aqui, pelo menos, o sistema concebeu efetivo conjunto de regras hábeis a tornar mais eficientes as comunicações, antigo entrave no processo, cominando consequências ao comportamento evitado ou negligenciado.

Muitas vezes, inclusive, é a frustração mesmo desse *dever* que a parte alvitra¹⁷⁶, quiçá porque, embaraçando o seu *efetivo* encontro para realização de intimação, acredita retardará, tanto quanto possível, a marcha procedimental, estratégia que o sistema, com a nóvel previsão normativa, pretende evitar ou atenuar.

Já com relação à calendarização do procedimento, acordo processual, saneamento compartilhado e à chamada perícia consensual (arts. 190; 191; 357,

¹⁷⁶ “O dever de cooperação, entretanto, encontra limites na natureza da atuação de cada uma das partes. O juiz atua com a marca da equidistância e da imparcialidade, a qual não pode ser comprometida por qualquer promiscuidade com as partes. Por outro lado, o dever do advogado é a defesa do seu constituinte. A rigor, não tem ele compromisso com a realização da justiça. Ele deverá empregar toda a técnica para que as postulações do seu cliente sejam aceitas pelo julgador. Essa é a baliza que deve conduzir o seu agir cooperativo. Em sendo assim, meu caro leitor, retire da cabeça aquela imagem – falsamente assimilada por alguns com o advento do novo CPC – de juiz, autor e réu andando de mãos dadas pelas ruas e advogado solicitando orientação ao juiz para redigir as peças processuais. Não obstante a apregoada cooperação, no fundo, será cada um por si, o que não impede que a lealdade e a boa-fé imperem nas relações processuais” (DONIZETTI, 2016, p. 42-43).

§§ 2º e 3º; e 471, CPC), embora combinados com o princípio da eficiência, exsurge, finalmente, de maneira mais assertiva, algum laivo de modelo processual cooperativo, *tal como o concebido pelos sistemas europeus*, simplesmente porque, a um só tempo, em audiência preliminar, onde há evidente prestígio à oralidade, ajustam as partes, na companhia do juiz, todas as questões a respeito dos rumos do processo e do modo de solução do litígio.

Fala-se, expressamente, em “*cooperação*” para saneamento do processo, “oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” (art. 357, § 3º, CPC), exatamente como vimos anteriormente, notadamente no sistema alemão, berço do modelo de cooperação ou colaboração.

3.4.1 Eficiência processual

Nesse ponto, ao tratar destes quatro institutos especificamente (calendarização, acordo processual, o saneamento compartilhado e a perícia consensual), é que se faz presente, a nosso ver, a correlação do modelo cooperativo de processo com o princípio da eficiência.

Fala-se que o processo, para ser devido (art. 5º, LIV, CF), há de ser eficiente; princípio que se projeta, por força do art. 37, caput, da CF, a todos os Poderes da República.

Segundo o princípio da eficiência¹⁷⁷, o processo deve gerar o máximo de resultados com o mínimo de esforços, devendo dar-se ênfase, não só à economia e celeridade processuais, mas principalmente à otimização da prestação jurisdicional, inclusive do ponto de vista econômico, administrativo e, até mesmo, jurisdicional. “*Trata-se de desenvolver o máximo da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo com o menor esforço possível, obtendo o máximo de resultados coincidentes com os objetivos mais amplos de todo o sistema jurídico*”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Art. 8º, CPC - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁷⁸ BUENO, 2020, p. 160.

Para tanto, incumbe ao juiz, apoiado pelas partes (e aqui surge o elo com a cooperação), exercer a gestão do processo, atividade que remete à governança, organização e administração (*case management* e *caseflow management*), uma espécie de “*intervenção conscienciosa dos atores jurisdicionais no tratamento dos casos ou processos, através de variadas técnicas com o propósito de dispor as tarefas processuais de um modo mais célere, equitativo e menos dispendioso*”¹⁷⁹.

3.4.2 Gestão do processo

Tamanha é a interseção da gestão processual com o princípio da cooperação, que o Código de Processo Civil Português a consagra em dispositivo imediatamente antecedente, conforme se nota:

Art. 6º - Dever de gestão processual.

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

Muito mais que uma simples direção material do processo, que concederia ao juiz o poder de simplificar, agilizar, intervir, solicitar, estimular e alertar as partes, não somente para sanar irregularidades formais, incompletudes ou imprecisões das alegações ou dos pedidos, a gestão processual, que se exerce em parceria com os demais sujeitos do processo, consiste em respeitar, fazer respeitar e fomentar o emprego de técnicas dispostas no sistema, para retirar o máximo proveito da tutela jurisdicional, com o mínimo de esforço, ou seja, a obtenção da solução de mérito, justa, efetiva e em tempo razoável, justamente os escopos do art. 6º do CPC, que anuncia o princípio da cooperação.

¹⁷⁹ CAHALI, Cláudia Elizabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 28.

Dentre as ferramentas ou técnicas que o juiz e as partes devem lançar mão, podemos citar a calendarização do procedimento, o saneamento compartilhado, a perícia consensual e o negócio jurídico processual, todas mescladas com os quatro principais vetores da gestão processual, que são, segundo Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, (a) a possibilidade de flexibilização procedimental pelo juiz, com o fim de adequá-lo ao direito material; (b) a adoção de boas técnicas pelo juiz, que compreendem o planejamento, (c) a organização do procedimento e o conhecimento prévio das questões relevantes, com a identificação da demanda conforme sua complexidade; e (d) a intensa utilização de outros métodos de solução de conflitos¹⁸⁰.

Os acordos processuais são autênticos mecanismos de gestão do processo, com a adaptação do procedimento às especificidades dos interesses das partes. Especialmente quando celebrados antes da instauração da relação processual (convenções prévias), os negócios processuais promovem uma “antecipação contratual da litigância”, consubstanciando-se em instrumentos de previsão e regramento de relações futuras e, portanto, dotados de alta previsibilidade. Enfim, as convenções funcionam como verdadeiras técnicas de organização e reorganização de relações jurídicas¹⁸¹.

A calendarização do procedimento consiste na marcação prévia das datas em que serão realizados os atos processuais, com o escopo de prevenir o risco de perda de prazo e reduzir o trabalho do juízo, já que se *economizaria* a intimação das partes.

Diz-se, também, que a moderna ferramenta, importada do direito francês (art. 764, Nouveau Code de Procédure Civile), teria o condão de eliminar os chamados “buracos negros”, vale dizer, os lapsos de tempo desperdiçados com a juntada de petições, remessa dos autos à conclusão do juiz, publicação e certificação de prazos.

Outra técnica de gestão do processo é do saneamento compartilhado (art. 357, §§ 2º e 3º, CPC), que, embora reservado às causas complexas (“em matéria de fato ou de direito”), propicia, antes de tudo, o contato direto do juiz com as partes, autêntico prestígio à oralidade, além da construção prévia e conjunta do

¹⁸⁰ CAHALI, 2013, p. 28.

¹⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 200-201.

que será objeto da decisão, reduzindo, segundo a doutrina, os recursos e a produção de provas inúteis.

A perícia consensual também pode ser vista como fruto de gestão processual, que é compartilhada entre as partes e o juiz.

Ou seja, se plenamente capazes e a causa puder ser resolvida por autocomposição, as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, submetendo-o à apreciação do juiz, o qual não está, pensamos, obrigado à nomeação, simplesmente porque a técnica é de gestão compartilhada, convergência entre as partes e o juiz.

Ademais, o julgamento é fruto do convencimento do juiz em torno das provas e das alegações das partes, assumindo as conclusões técnicas, que não podem ser simplesmente substituídas ou desprezadas, grande importância no cenário do processo.

Logo, já que se está a falar de comunidade de trabalho, cerne do modelo cooperativo de processo, entendemos que o juiz também precisa aderir à escolha do perito pelas partes, convencer-se das suas credenciais técnicas, depositando-lhe, enfim, a indispensável confiança.

Importante que se diga que, apesar da intenção do legislador ordinário e da grande expectativa da doutrina no êxito destas quatro ferramentas exemplificativas de gestão compartilhada do processo (calendarização, acordo processual, o saneamento compartilhado e a perícia consensual), resultante duma espécie de simbiose entre os princípios da eficiência e cooperação, não se tem notícia, no foro em geral, da efetiva prática delas, enquanto rotina de governança, organização e administração, em dimensão relevante, no âmbito do Poder Judiciário.

São muitas as razões para o *fracasso*, até então verificado, da calendarização, acordo processual, o saneamento compartilhado e a perícia consensual, podendo-se elencar, a título de exemplo, o excesso de serviço, o volume brutal de processos, a falta de estrutura (servidores especialmente, em número suficiente), preparo e comprometimento de todos os sujeitos em torno da adequada solução do litígio (juízes, advogados e membros do Ministério Público).

Mais uma outra razão, insistimos, que certamente contribui para este estado de coisas, que é a não realização, na sua inteira expressão, do modelo cooperativo de processo, o qual se afirma acolhido pelo CPC/2015, qual seja, a

falta de regras em intensidade e quantidade suficientes à sua implementação, segundo a concepção original do sistema europeu, conforme acima mencionado, ao tratarmos da natureza jurídica.

Explico.

A audiência preliminar, que “sempre foi tida como o ápice da aplicação do princípio da cooperação intersubjetiva”¹⁸², não é obrigatória¹⁸³.

Tanto as partes comumente a desprezam, afirmando que não há nenhum interesse na sua realização, como o juiz, assoberbado com algumas centenas de processos novos todo mês, dela prescinde, ordenando ou prosseguimento ou julgamento da demanda, forte nas premissas que lhe incumbe, (i) velar pela duração razoável do processo; e (ii) dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-o às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, II e VI, CPC).

Aliás, nem a audiência de conciliação ou mediação, de que cuida o art. 334 do CPC¹⁸⁴, é obrigatória, pouco importando, na prática, a vontade (ou “desinteresse”) das partes, já que podem, a todo tempo, conciliar-se, inclusive “fora” do processo, sem intervenção do juiz.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação. Locação. Cobrança. Confissão de dívida. Inadimplência incontroversa. Sentença de procedência mantida. Cerceamento de defesa não configurado. Audiência não obrigatória. Documentos suficientes. Inovação recursal. Alegação genérica de excesso. Art. 252, RITJSP. Recurso improvido. [...] a jurisprudência desta E. Corte Bandeirante é no sentido de que “a designação da audiência de

¹⁸² GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 123-136, jul./set. 2015.

¹⁸³ “Não importa nulidade do processo a não realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no artigo 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo, e as partes podem transigir a qualquer momento” (STJ - AgRg no AREsp nº 409.397/MG - Rel. Ministro Sidnei Benetti, Terceira Turma, j. 19.08.2014).

¹⁸⁴ Art. 334, CPC - Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

conciliação, prevista no art. 334, do CPC, não é obrigatória, dada a possibilidade de as partes se comporem a qualquer tempo, independentemente da realização dessa audiência. Anote-se que o escopo da realização é a resolução célere do conflito, evitando-se o congestionamento do poder Judiciário e o dispêndio imposto a ambas as partes. Reconhecer nulidade, em casos tais, é confrontar diretamente este espírito, sobretudo, diante da demonstração inequívoca de que não se chegará a um consenso, tratando-se de mero artifício para retardar o andamento do feito.”¹⁸⁵

[...] A despeito da norma do artigo 334 do CPC/2015, a não designação de audiência de conciliação não implica em invalidade da decisão hostilizada, pois em se tratando de interesse de cunho patrimonial e disponível podem as partes transigir a qualquer momento, inclusive sem a necessidade da intervenção do juiz.¹⁸⁶

Assim, não se afigura consentâneo com a realidade afirmar-se que “o CPC/2015, apesar de alterar drasticamente os dispositivos legais que tratam da matéria, manteve viva a audiência preliminar [...]”¹⁸⁷.

Dada a facultatividade (ou a falta de primazia), ponto essencial à não realização do modelo cooperativo de processo, justamente o aspecto da falta ou precariedade de regras que lhe deem cabal execução, conduta habitual estimulada por todos os sujeitos do processo, inclusive pelas Cortes de Justiça, tanto a audiência de conciliação e mediação (art. 334, CPC), quanto a audiência preliminar (art. 357, § 3º, CPC), parecem-nos, ambas, *mortas, sepultadas*; perdendo-se, portanto, duas ferramentas ou técnicas que, prestigiando a oralidade, o contato imediato do juiz com as partes, foram concebidas pelo legislador para adequada gestão do processo, aspecto resultante da fricção entre os princípios da eficiência e cooperação.

Desperdiçou-se, pela falta de caráter obrigatório ou primazia, toda a importância da audiência de saneamento e organização do processo, “*fruto de longa evolução, que tem na essência a ênfase ao princípio da cooperação entre os agentes processuais e o caráter do diálogo do processo*”¹⁸⁸.

E o motivo, ao lado das demais razões acima alegadas, é a precariedade ou insuficiência de regras conferindo execução ao princípio da cooperação, mais

¹⁸⁵ TJSP - AP 1004829-14.2016.8.26.0271, Rel. Des. Bonilha Filho, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 08.06.2017.

¹⁸⁶ TJSP – AI 2073512-55.2018.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 15.08.2018.

¹⁸⁷ GOUVEIA, 2015, p. 123.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 127.

especificamente a inexistência de estrutura de normas que orientem no sentido da obrigatoriedade ou preferência das audiências na sequência de atos processuais.

Ao não se endereçar alguma espécie de nulidade pelo menoscabo das audiências ou obrigatoriedade de comparecimento das partes, o princípio da cooperação resta apenas como um estado de coisas a realizar, um ideal a ser alcançado, que informa e orienta, mas não vincula a atuação dos sujeitos do processo.

Note-se que o Código de Processo Civil de Portugal, usualmente empregado pela doutrina como exemplo (e para explicar) o modelo de processo cooperativo, prevê, como ato primeiro depois do chamamento, a audiência prévia (art. 591¹⁸⁹), que somente pode ser descartada, em caráter excepcional, nas hipóteses de “não realização” (art. 592¹⁹⁰) ou “dispensa” (art. 593¹⁹¹).

¹⁸⁹ Art. 591 – Audiência prévia. 1 - Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 2 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência prévia, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: a) Realizar tentativa de conciliação, nos termos do artigo 594.º; b) Facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa; c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate; d) Proferir despacho saneador, nos termos do n.º 1 do artigo 595.º; e) Determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º; f) Proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º e decidir as reclamações deduzidas pelas partes; g) Programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas. 2 - O despacho que marque a audiência prévia indica o seu objeto e finalidade, mas não constitui caso julgado sobre a possibilidade de apreciação imediata do mérito da causa. 3 - Não constitui motivo de adiamento a falta das partes ou dos seus mandatários. 4 - A audiência prévia é, sempre que possível, gravada, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 155.

¹⁹⁰ Art. 592 – Não realização da audiência prévia. 1 - A audiência prévia não se realiza: a) Nas ações não contestadas que tenham prosseguido em obediência ao disposto nas alíneas b) a d) do artigo 568.º; b) Quando, havendo o processo de findar no despacho saneador pela procedência de exceção dilatória, esta já tenha sido debatida nos articulados. 2 - Nos casos previstos na alínea a) do número anterior, aplica-se o disposto no n.º 2 do artigo seguinte.

¹⁹¹ Art. 593 - Dispensa da audiência prévia. 1 - Nas ações que hajam de prosseguir, o juiz pode dispensar a realização da audiência prévia quando esta se destine apenas aos fins indicados nas alíneas d), e) e f) no n.º 1 do artigo 591.º. 2 - No caso previsto no número anterior, nos 20 dias subsequentes ao termo dos articulados, o juiz profere: a) Despacho saneador, nos termos do n.º 1 do artigo 595.º; b) Despacho a determinar a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º; c) O despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º; d) Despacho destinado a programar os atos a realizar na audiência final, a estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e a designar as respetivas datas. 3 - Notificadas as partes, se alguma delas pretender reclamar dos despachos previstos nas alíneas b) a d) do número anterior, pode requerer, em 10 dias, a realização de audiência prévia; neste caso, a audiência deve realizar-se num dos 20 dias seguintes e destina-se a apreciar as questões suscitadas e, acessoriamente, a fazer uso do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 591.

Isto é, afasta-se do modelo inicial, que dá primazia à audiência prévia, somente diante de motivo especial e concreto, conforme assentam Faria e Loureiro:

A realização da audiência prévia está longe de ser forçosa. No entanto, este ato processual faz parte da infraestrutura do processo comum de declaração, integrando a sua realização o modelo a seguir (preferencialmente) em cada processo individual. O juiz pode (e deve) afastar-se deste modelo, mas apenas quando tenha motivo (especial e concreto) bastante para tanto – tendo sempre as partes a última palavra (art. 593, n. 03). O legislador não quer que o juiz realize a audiência prévia como um fim em si mesmo. Quer sim, que se realize a melhor gestão do processo, de modo que, com base numa adequada preparação da instrução, se venha a obter uma decisão que possa constituir a justa composição do litígio. E quer que o faça realizando uma audiência prévia, se outra solução melhor não existir, de acordo como o entendimento do juiz – ratificado pelas partes (art. 593).¹⁹²

Prestigia-se, na avaliação sobre a conveniência da realização da audiência prévia, tanto o juiz, quanto as partes, porquanto se está diante de autêntica técnica de gestão de processo compartilhada, segundo lição de Correia, Pimenta e Castanheira:

As reclamações propriamente ditas apenas são apresentadas no decorrer da audiência prévia. Dito de outro modo: notificados dos referidos despachos, e em caso de discordância com alguns deles, o que as partes têm a fazer é, no prazo de 10 dias, declarar nos autos quais são os despachos (ou segmentos destes) sobre os quais pretendem apresentar reclamação e, a esse título, requerer a realização da audiência prévia. Quanto a esta se realizar, sabendo-se antecipadamente quais os despachos (ou seus segmentos) sobre os quais haverá reclamação, a parte reclamante exporá os seus argumentos, haverá pronúncia da contraparte e o juiz decidirá. Deste modo, teremos aquilo que teríamos se a audiência não tivesse sido dispensada, ou seja, teremos o “debate” a que aludem as alíneas e) e f) do n. 1 do art. 591. O regime em apreço, reforçando a preocupação do legislador quanto às virtualidades da audiência prévia, deposita no juiz e nas partes (e não apenas naquele, nem apenas nestas) a responsabilidade última quanto à eventual dispensa da audiência prévia, o que é também um meio de assegurar a já referida visão participada do processo. Para os autores, esta solução, além de bem diferente, é mais virtuosa do que a contida na versão anterior do CPC Português, preceito que era invocado com muita frequência e ligeireza para dispensar audiências preliminares que deveriam ter lugar.¹⁹³

¹⁹² FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*: os artigos da reforma. Coimbra: Almedina, 2013, v. 1, p. 484-485.

¹⁹³ CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 79-80.

Por aqui, no entanto, o que se vê são partes que não querem, tampouco pedem, a realização de audiência de conciliação e mediação ou de saneamento, assim como juízes ou Tribunais que, vendo nelas apenas uma possibilidade de composição, a qual poderia ser alcançada *fora* do processo, sem intervenção do magistrado, simplesmente a desprezam, quer por motivo de excesso de serviço, volume brutal de processos, falta de estrutura (servidores especialmente, em número suficiente), ausência de preparo e comprometimento de todos os sujeitos em torno da adequada solução do litígio (juízes, advogados e membros do Ministério Público), quer porque as regras, conforme dispostas, não potencializam o emprego desta ferramenta de gestão, já que ou não enfatizam o caráter obrigatório ou não lhe dão primazia na ordem ou sequência de atos tendentes à solução do litígio.

A timidez do legislador é tamanha que o juiz, caso queira realizar audiência preliminar para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, deve “convidar as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

A expressão “convidar” pode ser afinada com a ideia de cooperação, a reciprocidade que deve preponderar entre os sujeitos do processo, mas certamente não estimula, nem os *constrange*, à efetiva consecução da audiência, uma vez que as partes, porque meramente *convidadas* pelo juiz, poderiam simplesmente dela se ausentar, frustrando a sua realização, sem que do comportamento consequência alguma advenha.

Nessa hipótese, o juiz, que tem o dever de dirigir ativamente o processo e de promover o seu andamento célere, não poderá vencer ou contornar alguma resistência ou descaso das partes, que ostensivamente lhe faltam com a *cooperação*, porque não lhe fora concedido pelo legislador instrumentos bastantes (normas – regras) ao atingimento do estado de coisas idealizado ao prever-se o saneamento compartilhado, qual seja, obtenção de decisão justa, com os menores custos, maior celeridade e menor complexidade possíveis na solução do caso concreto.

E não se está a falar (ainda) do comparecimento da própria parte em audiência, além da de seu advogado, medida que entendemos especialmente relevante para cabal realização do princípio da oralidade, matéria que falaremos mais adiante, antes discorrendo, ainda que brevemente, sobre os deveres das partes entre si e com o juiz ou Tribunal.

3.5 Deveres das partes

Há quem defenda, mesmo contra opinião dos mais cétricos¹⁹⁴, a existência de *deveres* das partes, entre si e perante o juiz ou Tribunal, dado que a cooperação, segundo o texto legal, deve ser praticada por “*todos os sujeitos do processo*”.

Como de costume, extraídos da doutrina portuguesa, seriam eles a ampliação do dever de litigância de boa-fé, o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas; o reforço de comparecimento pessoal em audiência para descoberta da verdade; o reforço do dever de colaboração com o Tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade¹⁹⁵.

Tais deveres, que se mesclam quando exercidos em face da outra parte ou do juiz ou Tribunal, são muito próprios do Código de Processo Civil Português, que privilegia a cooperação, inclusive no plano probatório, a ponto de se impor multa aos que a recusam, sem prejuízo das medidas de coerção, conforme dispõe o art. 417:

1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

2 - Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o

¹⁹⁴ “E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. E é justamente a partir daí que surge observação de fundamental importância que deve ser feita em relação ao art. 6º do novo Código. A colaboração não implica de modo nenhum cooperação entre ‘todos os sujeitos do processo’. Como é evidente, as partes não querem e não devem colaborar entre si. Não há dever de colaboração entre as partes. Portanto, a colaboração não deve ser vista como fonte de deveres recíprocos entre as partes nem como um incentivo ao juiz para impor sanções às partes por falta de cooperação recíproca (YARSHELL, 2014, p. 111)” (MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. *Revista do Advogado*, ano XXXV, n. 126, p. 47-52, maio/2015, p. 49).

¹⁹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 147–159, jul./set. 2012..

recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.

3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4.

4 - Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

Evidente que, na atual conjuntura normativa, subtraindo o comparecimento das partes ordenado pelo juiz (art. 139, VIII, CPC) e o conjunto de normas que *estimulam* o comportamento ético e probo dos sujeitos processuais (arts. 77 e 79, CPC), ambos ainda não prescindindo de incremento no conjunto de regras, os demais exemplos de deveres das partes, entre si ou em relação ao juiz ou Tribunal, tirados do Código de Processo Civil português, não têm ainda previsão no sistema brasileiro; primeiro, porque não há infração sem lei anterior que a defina, nem sanção sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIV, CF); segundo, porque a máxima constitucional do privilégio contra autoincriminação¹⁹⁶, superdimensionada na sua compreensão pela doutrina e Cortes de Justiça, prescreve que as partes não têm obrigação de produzir provas contra si próprias, mesmo em matéria *não-penal*, resolvendo-se eventual omissão ou resistência, quando muito, pelo sistema de repartição do ónus probatório.

Contudo, vale enfatizar, mesmo nestes que têm alguma ressonância no processo civil brasileiro, o comparecimento das partes ordenado pelo juiz (art. 139, VIII, CPC) e o conjunto de normas que *estimulam* o comportamento ético e probo dos sujeitos processuais (arts. 77 e 78, CPC), não vemos, propriamente, a inteira realização de deveres inerentes à cooperação, aquele *estado de coisas* prospectado pelo legislador, uma vez que o comparecimento para prestar esclarecimentos em juízo, com o escopo de obter dados relevantes ao julgamento da causa ou solucionar dúvidas indispensáveis à prolação da decisão, não é compulsório. Cuida-se, em verdade, de mero convite, que, na hipótese de

¹⁹⁶ Conforme as variações do *nemo tenetur se detegere*, também compreendido, no direito anglo-americano, como *privilege against self-incrimination* (QUEIJO, 2012, p. 28).

omissão ou recusa, é acompanhado de textual afastamento da *pena de confesso*¹⁹⁷.

Ademais, sob a perspectiva do comportamento probo e ético dos sujeitos do processo, ainda não se enveredou, como noutros sistemas, no sentido da obrigação de formular declarações completas, mesmo quando desfavoráveis à parte, tolerando-se, até mesmo, nalgumas hipóteses, a *mentira* ou *meia-verdade*, a pretexto de se prestigiar a autonomia das partes e a livre postulação da causa, sempre no seu melhor interesse, segundo estratégia concebida pelo advogado.

Com efeito, embora exista alguma divergência na doutrina, especialmente quanto à finalidade dos institutos (depoimento pessoal x interrogatório¹⁹⁸), ao cotejar-se a norma com a parte final do art. 385, § 1º, do CPC, o fato é que a ausência das partes, na hipótese do art. 139, VIII, do CPC, não acarreta consequência alguma no processo.

Não poderá o juiz ou Tribunal, mesmo potencializando ao máximo a cooperação, que se dá eminentemente no plano subjetivo (“vínculo de solidariedade”), conduzir coercitivamente a parte, muito menos impor-lhe alguma situação de gravame ou consequência no sentido (favorável ou desfavorável) da decisão judicial a ser prolatada.

Não obstante, vale destacar que, ainda sob a vigência do CPC/1973, Fábio Guidi Tabosa Pessoa, conquanto analisando dispositivo inserido na parte do *depoimento pessoal*, já apontava que o juiz, ao tomar a iniciativa de auscultar a parte, o fazia com propósito bem definido, o de descobrimento da verdade:

¹⁹⁷ Art. 139, VIII, CPC - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso.

¹⁹⁸ “Em termos amplos, pode-se dizer que o interrogatório livre é muito mais forma de esclarecimento, de que se vale o juiz para melhor inteirar-se dos fatos do processo, do que propriamente meio de prova. Ao contrário, o depoimento pessoal (ou da parte, como parcela da doutrina prefere denominá-lo) tem nítido e específico fim probatório, já que seu objetivo primário é obter a confissão da parte adversa. Disso decorrem tratamentos específicos para cada um dos institutos, dos quais se podem ter como mais evidentes: o interrogatório é medida adotada de ofício pelo juiz, podendo ser determinado em qualquer fase do processo; ao contrário, o depoimento pessoal tem momento próprio no iter processual (audiência de instrução e julgamento) e exige requerimento da parte contrária. Também em consequência desta distinção, no interrogatório livre apenas o juiz é dado o poder de iniciativa no questionamento; diversamente, no depoimento pessoal, há a oportunidade para que o advogado da parte contrária formule perguntas ao depoente, na forma do art. 416 CPC. Por fim, entende-se que o interrogatório livre pode ser único ou múltiplo, no sentido de que a parte pode ser ouvida várias vezes em um único processo; já o depoimento pessoal é sempre único, realizado, normalmente, na audiência de instrução e julgamento” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 308).

A redação do art. 343, em sua parte inicial, leva outrossim à inequívoca conclusão de que o juiz pode também determinar de ofício o depoimento pessoal, sem que se veja o conflito entre essa ideia e o objetivo da prova, antes referido. Certamente, não tem o magistrado 'interesse' na confissão sob o mesmo prisma em que o manifesta a parte adversa; tem, entretanto, interesse no descobrimento da verdade, para o que pode entender relevante a inquirição de uma ou de ambas as partes, na expectativa de que corrijam eventuais desvios nas versões fáticas inicialmente apresentadas, eliminando a controvérsia sobre determinados pontos e reduzindo assim os entraves ao julgamento justo da causa.¹⁹⁹

Ora, se não há consequência alguma ao comportamento omissivo ou renitente da parte ou advogado, traduzindo-se o chamado do juiz ou Tribunal em uma espécie de *convite*, que pode ser aceito ou não, ainda que se diga estar-se-ia diante da modalidade *interrogatório livre*, diversa do depoimento pessoal, certamente não se pode afirmar que a hipótese trata-se de conduta alinhavada com princípio da cooperação, enquanto “*um reforço ao dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas*”.

A ideia de *convite*, relembre-se, é textual também no saneamento compartilhado do processo (art. 357, § 3º, CPC), tudo a sinalizar que, a despeito da consagração do princípio da cooperação, o Código de Processo Civil brasileiro, insistimos, contém *déficit* normativo no plano das regras, em nível e quantidade suficientes, que lhe dão adequada execução, não tendo sido alcançado, ainda e por isso mesmo, o *avanço* de algum modo aguardado²⁰⁰.

Situação idêntica acontece, ao nosso ver, quando se analisa o conjunto de regras que sancionam comportamento antiético (arts. 77 e 78, CPC) e estabelecem a responsabilidade por dano processual (art. 79 a 81, CPC).

Como não são concebidos verdadeiramente à obtenção da verdade, pelas razões acima elencadas (não há infração sem lei anterior que a defina nem sanção sem prévia cominação legal²⁰¹ e máxima constitucional do privilégio

¹⁹⁹ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 343 do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1038.

²⁰⁰ Cf. NUNES, Dierle. Novo CPC promove equilíbrio entre magistrados e advogados. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, [S/I], 17.12.2014.

²⁰¹ “As condutas puníveis por inobservância aos princípios da lealdade, probidade e boa-fé devem ser previamente tipificadas, bem como previstas as respectivas punições. É certo, também, que

contra auto-incriminação), prepondera, no sistema processual brasileiro, o princípio *geral* da boa-fé, atuando apenas no plano objetivo de valores éticos prospectados pelo legislador, ao invés de deveres efetivamente imputáveis às partes, próprios do modelo cooperativo de processo.

3.5.1 Boa-fé

O processo *justo*, doravante (art. 6º, CPC), exige, *de todos os sujeitos do processo*, sem exceção, a atuação cooperativa, que não prescinde de retidão, honradez e confiança; a confiança com que uma das partes espera uma conduta legal da outra, atributos que dão sentido e alcance à cláusula geral da *boa-fé* objetiva (art. 5º, CPC).

A exclusão das partes e advogados, pura e simplesmente, apenas porque litigam entre si, travam situações antagônicas, sempre em busca de posições prevalentes (a luta, o confronto e o enfrentamento), não nos permite, contra a expressa dicção da norma, bastante clara por sinal, excluí-las da prescrição, franqueando-lhes a prática, até mesmo, de condutas improbas ou antiéticas, tudo a pretexto de realizar a missão do advogado (profissional indispensável à administração da justiça), qual seja, a “postulação de decisão favorável ao seu constituinte” (art. 2º, § 2º, Lei 8.906/94)²⁰².

Em favor da negação da cooperação, inclusive perante a figura do juiz ou Tribunal, a busca pelo êxito, a vitória a todo custo, enquanto dever do advogado, mero corolário do mandato outorgado:

[...] Aliás, quando contrato um advogado, é para que ele lute por mim, por minha causa. Não quero que ele abra mão de nada. Os direitos são meus e um advogado deles não dispõe. Se meu advogado for obrigado a cooperar com a outra ou com o juiz, meu direito constitucional de acesso

a imposição de penalidades processuais deve observar a presença do elemento subjetivo – culpa ou dolo –, ainda que a lei expressamente não o exija” (ALVIM, José Manoel de Arruda. Deveres Éticos das partes no Processo Civil Contemporâneo. In: BENETI, Sidnei; ROSAS, Roberto (coords.). *Entre a magistratura e a advocacia*. Rio de Janeiro: GZ, 2022, p. 297).

²⁰² Note-se que nem mesmo o Estatuto da Advocacia franqueia ao advogado atuação plena, contrária à verdade, conquanto orientada à obtenção do resultado mais favorável ao constituinte, pois “constitui infração disciplinar deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa” (art. 34, XIV, Lei 8.906/94).

à justiça estará sendo violado. Além do meu direito à propriedade e todo o elenco de direitos personalíssimos de que disponho. Simples assim.²⁰³

Porém, não se pode excluir, das partes e seus advogados, o dever de colaborar no processo, tanto entre si, quanto perante o órgão jurisdicional, porque assumem papel ativo, inclusive quando laboram na prevalência dos seus interesses e direitos, que não prescinde, durante todo o arco procedimental, da reciprocidade na correção de suas alegações e provas.

O juiz não é, nem nunca foi, o responsável *exclusivo* da aplicação do melhor direito, conforme a *melhor verdade* aportada ao processo. As partes e seus advogados, também o são, sempre o foram, porque integram e participam, todos, embora em posições distintas, tal como o juiz, de instrumento concebido pelo Estado à solução de litígios, do qual se servem, diante de lesão ou ameaça de lesão a direito, para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva.

Esse descompasso nos planos de compreensão dos sujeitos sobre os objetivos do processo é cada vez mais acentuado, além de estimulado pela doutrina, tanto porque os juízes, não inusualmente, cada vez mais, entregam às partes a direção e a construção *material* do processo, os rumos, as alegações e as provas que servirão à sua decisão, dele não participando (mero expectador), quanto porque as partes, desinteressadas dos altos valores do processo (prazo razoável, decisão justa e efetiva), servem-se dele, muita vez, com metas outras, para obtenção obsecada ou renitente de consequências favoráveis aos seus clientes, mesmo contra o Direito, sem se importar, neste atuar, com a correção e completude dos seus argumentos, assim como com a qualidade de suas posições jurídicas, sob a ótica do ordenamento.

Exemplos da tendência de distanciamento dos juízes da indispensável interação com as partes e do contato imediato com as provas, que ganha cada vez mais força na doutrina e nas Cortes Superiores, são aqueles que apregoam o completo afastamento do juiz que atuou na conciliação ou em inquérito policial do subsequente julgamento, porque os interesses e condicionalismos da tentativa de conciliação, ou o comprometedor e precoce contato com o material probatório

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz; *et al.* Aposta na bondade. cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, [S/I], 23.12.2014.

colhido na fase inquisitiva, poderiam viciar ou interferir no julgamento imparcial causa.

Não se olvide, ainda nesse tópico, a vedação ao juiz de formular perguntas a testemunhas no processo penal. Apenas uma ou outra complementação, sobre pontos não esclarecidos (art. 212, CPP), sob pena de incorrer em nulidade, conforme assentado em recente julgado do Supremo Tribunal Federal²⁰⁴.

Empurra-se o juiz ou Tribunal, aqui e acolá, cada vez mais para uma espécie de atuação secundária, posição meramente contemplativa, ao invés de se tomar caminho inverso, o de prestigiar atuação mais interativa com as partes, incentivando o julgador, em concurso com os demais sujeitos do processo, no descobrimento da verdade, tudo a pretexto de garantir-lhe a imparcialidade, que não é tisonada pelo fato de eventualmente ter tomado tais ou quais decisões no curso do processo.

O que importa, no fundo, é a extensão das medidas adotadas pelo juiz, o tratamento igualitário aos sujeitos do processo, a neutralidade na apreciação dos fatos e das provas, não o conhecimento aprofundado que tem da matéria julgada, tampouco a apreciação preliminar dos dados disponíveis, os quais, longe de implicar preconceito que o impeça de proferir julgamento imparcial, favorecem a decisão justa, mais próxima possível da verdade.

Aliás, o influxo todo, o sistema e a rotina de serviço, contribui nesse sentido, porquanto não se entende, nem nunca se entendeu, como abuso processual, dano *in re ipsa*²⁰⁵, a simples violação do dever de colaboração, sem se cogitar da ocorrência de prejuízo.

Melhor dizendo, presumido ou não o dano, a transgressão ao dever de colaboração sequer é prevista no CPC, quando muito sancionado, como o é noutros sistemas, realçando, ainda mais, a afirmação de que estar-se-ia, ao tratarmos do princípio da cooperação, de norma que, por falta de regras que lhe

²⁰⁴ STF - HC 187.035, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.04.2021.

²⁰⁵ Segundo Antonio Jeová Santos, "a afirmação de que o dano ocorre *in re ipsa* repousa na consideração de que a concretização do prejuízo anímico suficiente para responsabilizar o praticante do ato ofensivo, ocorre por força do simples fato da violação de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. A prova *in re ipsa* é decorrência natural da realização do ilícito, isto é, surge imediatamente da análise dos fatos e a forma como aconteceram" (SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 606).

dê cabal execução, apenas orienta o intérprete a uma finalidade, não impondo propriamente a tarefa de atuá-la.

O choque de posições entre as partes no curso do processo, o diálogo ou debate, mais do que campo de batalha, prestígio à habilidade e técnica dos contendores, tem por escopo a consecução de fins superiores, em particular a obtenção da verdade sobre os fatos, no limite do possível, sendo essencial, para alcançá-la, o atuar colaborativo²⁰⁶.

Sobre o *fair trail*, participação fundada na ética e boa-fé dos sujeitos do processo, assentou o Supremo Tribunal Federal:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e da lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça. Contrárias à máxima do *fair trial* – como corolário do devido processo legal, e que encontra expressão positiva, por exemplo, no art. 14 e seguintes do Código de Processo Civil – são todas as condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade; ou nos casos em que esses impedimentos são forjados pelas partes com o intuito de burlar as normas processuais.²⁰⁷

À exigência de maior cooperação entre as partes, tanto no compartilhamento de provas quanto no dever de deduzir os fatos de forma completa e integral, mesmo que contrário aos seus interesses, opõe-se parte da doutrina, dizendo que, por detrás do princípio da boa-fé processual, se esconde o

²⁰⁶ Nunca demais lembrar o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

²⁰⁷ STF - RE 464.963-2/Go, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.02.2006, p. 30.06.2006.

autoritarismo judiciário, típico dos códigos processuais fascistas, algo que, no entanto, parece-nos muitíssimo distante da realidade, mero esforço retórico²⁰⁸, tudo para evitar a incidência de norma que claramente impõe a colaboração de todos, sem exceção; opção do legislador por modelo de processo que, apesar de suas vicissitudes, exatamente como acontece nos demais sistemas, inquisitorial ou dispositivo, deve dar-se adequado cumprimento.

Propõe-se, até mesmo, para evitar incidir num modelo de *processo civil fascista*, a *interpretação conforme* do art. 6º do CPC, vale dizer: ao invés de ler-se “todos os sujeitos do processo”, ler-se-ia “o juiz”; onde se lê “devem cooperar”, ler-se-ia “com as partes”, para que, agora sim, obtenha-se, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Assim o fazendo - prosseguem os que pregam a interpretação conforme do dispositivo -, não se “*tira o brilho do conjunto do novo CPC. Afinal, ninguém esperaria um código perfeito. Ajustes e filtragens hermenêuticas podem vir a aperfeiçoá-lo*”²⁰⁹.

Nesse diapasão, talvez se pretenda, indo um pouco mais além, já que é o *processo autoritário* que se deve combater, em *interpretação conforme* também do art. 5º CPC (“*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”), para excluir de incidência as partes e seus advogados, sob a alegação de que a eles incumbe sempre lograr as melhores posições de vantagem no processo, arcando com os ônus da sua conduta, sob a esfera ético-profissional, exclusivamente perante os órgãos de classe²¹⁰.

Porém, não se está a falar de exercício de direito subjetivo quando em oposição à boa-fé, notadamente quando usado para finalidade objetiva distinta

²⁰⁸ “Já dá para imaginar o juiz, como presidente dos trabalhos (sim, paradoxalmente, quer-se a democracia e o regime processual, nesse caso, continua ‘presidencialista’), dizendo: vocês têm que cooperar para que eu possa decidir com justiça. Consequentemente ... e aí começa o drama das partes. Vai sobrar para os advogados. Ah, vai!!!” (STRECK, 2014).

²⁰⁹ Ibidem

²¹⁰ No processo civil americano, admite-se a imposição de sanções ao próprio advogado e escritório, no caso de violação a preceitos informados pela ética e boa-fé. E, nem por isso, afirma-se que se trata de processo fascista ou moralista: “Se, após notificação e uma oportunidade razoável para responder, o Tribunal determinar que a Regra 11 (b) foi violada, o Tribunal pode impor uma sanção apropriada a qualquer advogado, escritório de advocacia ou parte que violou a regra ou é responsável pela violação. Na ausência de circunstâncias excepcionais, um escritório de advocacia deve ser solidariamente responsável por violação cometida por seu sócio, associado ou funcionário” (“*Rule 11. Signing Pleadings, Motions, and Other Papers; Representations to the Court; Sanctions*”).

daquela para a qual atribuída a seu titular pelo ordenamento ou de maneira (ou nas circunstâncias) que o fazem desleal, de acordo com o que a consciência social impõe nas relações.

Alardeia-se, ainda, ao anunciar o perigo da cooperação em relação às partes, o risco de incremento do ativismo judicial, fruto de “*estudos empíricos, elaborados por centros de psicologia comportamental cognitiva*”, que demonstram que “*juízes soçobram perante automatismos mentais*”.

Para estes, os juízes, além de se transformarem em autoritários ao mergulhar no modelo cooperativo, são “*vítimas de propensões e vieses cognitivos capazes de torná-los, mesmo inconscientes disso, parciais em seus julgamentos*”, conforme ensina Lúcio Delfino:

Há hoje, para ter uma ideia, provas indicando que: 1) o juiz da liminar tende a confirmá-la em sua sentença (*confirmation bias*), estando sujeito a sobrelevar provas e argumentos que corroborem sua posição inicial; 2) o juiz da instrução tende a sentenciar contaminado pela prova oral que diante dele foi produzida (*representativeness bias*), que coloca em xeque a regra da identidade física do juiz; 3) o juiz tem dificuldade de ignorar provas apresentadas ao processo e, posteriormente, consideradas ilícitas (*anchoring-and-adjustment bias*); 4) o juiz é amiúde influenciado por impressões recebidas em razão do conhecimento de propostas de acordo realizadas pelas partes (*anchoring-and-adjustment bias*); 5) o juiz tende a supervalorizar laudos produzidos por peritos oficiais (*in group bias*), seguindo a voz daqueles que ‘pertencem a seu grupo’, o que no Brasil pode significar desprezo pelos pareceres técnicos.²¹¹

Nada mais exagerado, completamente sem sentido, porque despreza o óbvio, o caráter humano do julgador, que carrega, consigo, desde o ingresso na carreira, experiências, cultura e aprendizados, tal como os demais sujeitos do processo, o que o torna singular na apreciação da matéria posta ao seu conhecimento.

Se se quiser retirar dos juízes da qualidade de “vítimas dos vieses ou propensões cognitivas”, que se coloque logo, então, no exercício da função de julgar, os tais *robôs*, imunes a qualquer espécie de (*representativeness bias, anchoring-and-adjustment bias, anchoring-and-adjustment bias, etc.*), certamente mais velozes e eficientes, dotados de inteligência artificial, encarregando-os de entregar, em tempo razoável, a solução de mérito justa e efetiva.

²¹¹ DELFINO, Lucio. Cooperação processual no novo CPC pode incrementar ativismo judicial. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, [S/l], 02.05.2016.

Os exemplos mencionados, inclusive, não partem da presunção de boa-fé, como padrão ordinário de análise ou apreciação da conduta humana. Afinal, é evidente que, se se requer a plausibilidade do direito, para concessão da liminar, a procedência, que exige grau de certeza, está mais próxima, ao menos em tese, do que a improcedência, mas isso não quer dizer, em absoluto, que o juiz, agindo como um déspota ou rebelde travesso, pronunciaria contrariamente à sua convicção, àquilo que dos autos resulta, após análise detida das alegações e provas, apenas porque concedeu, *ab initio*, a tutela de urgência pedida pelo autor.

Dizer que o “juiz da instrução” tende a sentenciar contaminado pela prova oral que diante dele foi produzida constitui, muito longe dum não recomendável ativismo judicial, a realização plena do princípio da oralidade, porque é o julgador, sem intermediário, que toma conhecimento da prova e, a partir dela, forma a sua convicção. Modelo ideal, que deve ser perseguido no processo, evitando-se que outro juiz, que não colheu a prova, profira julgamento, já que é do contato, próximo e imediato, que advém, paulatinamente, o convencimento do juiz, a sua convicção sobre a matéria de fato e de direito.

Sobre as provas ilícitas, a norma constitucional diz são imprestáveis, não servem ao julgamento. E o controle, pela via recursal, é bastante fácil, caso o juiz dela se sirva, na fundamentação, para formação da sua convicção, cabendo à parte apontar onde e em que circunstâncias o elemento inválido de prova serviu à conclusão sobre o resultado da demanda.

Propostas de acordo podem influenciar também as partes na percepção da existência e dimensão do seu direito, mas certamente não determinam, caso não prosperem, tanto a aceitação, quanto o resultado do julgamento, porque é dos autos, das provas e das alegações, que emerge a sentença, não de ensaios ou esboços de acordos, escritos ou verbais, que não vingaram entre as partes, não sendo poucos, inclusive, os julgamentos totalmente contrários às partes que recusaram boas ou excelentes propostas de acordos.

Doutro lado, se o juiz valoriza o laudo oficial, é porque nele confia, já que o perito nomeado é sua extensão na apreciação da matéria técnica; sujeito imparcial, desvinculado das partes, coisa absolutamente diversa dos laudos particulares, não obstante a eventual qualidade dos assistentes técnicos, que produzirão, invariavelmente, trabalhos perfeitamente alinhados com os melhores

interesses da parte contratante. E nem por isso se fala, ao tratar das partes e de seus assistentes técnicos, em “vítimas dos vieses ou propensões cognitivas”.

Em suma, há um grande excesso retórico, que não se coaduna com a realidade, no sentido de negar aplicação de *deveres de cooperação* entre as partes, embora tenha sido esta, pela dicção do art. 6º do CPC, a opção, válida e constitucional, do legislador, porquanto afinada com o devido processo legal e com o regime democrático, não se podendo, pelo só emprego de epítetos vazios (“juiz contraditor”; “juiz ativista”; “juiz fascista”; “juiz moralista”, etc), querer livrar ou limitar a incidência da norma.

Caso se entenda que o modelo cooperativo não é o melhor, que se proponha, no campo legislativo, as mudanças pertinentes, mas não retire, da norma posta, editada pelo legislador no CPC/2015, a amplitude normativa prospectada, fazendo-a incidir apenas em relação ao juiz ou Tribunal, sob o argumento de que o novo formato de atuação das partes, a da comunhão ou comunidade de trabalho, traria risco ao exercício da advocacia, fundada que é, como sempre foi, no embate e no confronto.

3.5.2 Dever de verdade e completude

Aqui estamos a falar de algo além dos deveres esculpidos no art. 77 do CPC, que são aplicáveis às *“partes, seus procuradores e todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”*:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

Evidente que os fatos devem ser expostos em obediência à verdade.

Não se concebe a mentira, a falsidade, deturpação e a manipulação, que têm índole subjetiva, quanto às circunstâncias de fato ou de direito²¹², com o propósito de obter-se posição favorável no processo, já que é dever do litigante, antes mesmo da cooperação ser trazida ao CPC/2015, o agir em estrita atenção lealdade e boa-fé²¹³.

O debate da causa, muita vez intenso, duro e rigoroso, não prescinde do apego à correção e honestidade.

O problema, porém, seria não “o expor os fatos conforme a verdade”, mas o “não expor”, ou o “expor de forma incompleta”. A omissão consciente do fato ou a sua exposição incompleta (omissão parcial), não estaria, em princípio, abrangida por nenhum dos incisos do art. 77 do CPC, norma que, definindo infrações e cominando sanções, deve ser interpretada restritivamente.

É aqui que teria relevância, num primeiro sentido, o dever de cooperação endereçado às partes, porque, face à omissão ou exposição incompleta de fato relevante, que a parte sabia existente e podia tempestivamente aportar aos autos, e optou não fazê-lo, homiziando-o, o juiz não logrará cumprir o desiderato

²¹² Invocando o *iura novit curia*, parte da doutrina diz que o objeto da verdade não seria o direito, apenas os fatos, com o qual não concordamos, já que a alteração do direito, tanto quanto a dos fatos, pode ser facilmente produzida no processo, revelando, neste comportamento, infração à boa-fé e lealdade processual.

²¹³ A Ministra Nancy Andrigui, ao tratar do “assédio processual”, pugnou a aplicabilidade dos deveres de boa-fé, ética e probidade, que permeiam o meio social, muito além das figuras típicas descritas nos arts. 77 a 81 do CPC, como forma de se coibir o abuso e o simulacro de processo: “Isso porque, em virtude das nossas raízes romano-germânicas e de civil law, parece ser sempre necessário que a lei reconheça, prévia e expressamente, a ilicitude do ato abusivo e a possibilidade de puni-lo para que se cogite de examiná-lo nos conflitos que diariamente são submetidos ao Poder Judiciário, como se os deveres da boa-fé, da ética e da probidade não estivessem presentes no tecido social e, conseqüentemente, como se não fossem ínsitos ao direito. Essa característica fica ainda mais evidente no âmbito do processo judicial. Quando se pensa em um apenamento por conduta que possa se assemelhar ao ato abusivo, imediatamente se remete o intérprete, sem escalas, aos arts. 14 a 18 do CPC/73 (atuais arts. 77 a 81 do CPC/15), como se todas as descomposturas, chicanas e tramoias processuais estivessem ali elencadas ou pudessem ser previstas com antecipação pelo legislador. Ocorre que o ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde. É por isso que é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo (...)” (STJ. 3ª Turma. REsp 1.817.845-MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. Acd. Min. Nancy Andrigui, j. 10.10.2019).

constitucional de proferir julgamento *justo*, ou seja, o mais próximo possível da verdade *substancial*.

Neste caso, o risco de decisão injusta, porquanto manipulada ou distorcida pela parte, que dolosamente omitiu fatos e circunstâncias relevantes ao julgamento da causa, é muito grande, comprometendo, em última análise, a credibilidade do próprio sistema de justiça.

Certamente se dirá, clamando-se mais uma vez pelo risco do processo fascista e do juiz moralizador, que a não exposição do fato ou circunstâncias relevantes, na sua total extensão, seria parte da estratégia processual, faculdade de que dispõem as partes, junto de seus advogados, alguns mais ou menos hábeis, alguns com mais ou menos recursos, para obter o sucesso ou êxito na causa, a decisão mais favorável ao constituinte.

Numa concepção mais alargada da ideia, levando-se ao máximo a autonomia e liberdade no processo, nenhum comportamento poderia, ao final, ser objeto de valoração ética, e às partes, livres que são, não poderiam ser impostos deveres de natureza processual, a não ser aqueles reconhecidos como *doveri contro se stesse*.

Porém, assim o fazendo, abraçando a concepção de imunização da *tática* processual, desprezar-se-ia modelo cooperativo de processo, que foi encampado pelo legislador no CPC/2015.

Retornar-se-ia à fase mais inicial, a do *scontro puro*, típico do *adversarial system*, tão criticado pela doutrina, onde a gestão do processo é confiada integralmente à iniciativa das partes (*party control*) e a autonomia da vontade constitui valor primário, cabendo-lhes o controle total do objeto e do desenvolvimento do processo, inclusive o monopólio das provas (*cose delle parti*).

O juiz, que se queria mais participativo, mergulhado no debate, será posto, novamente, na posição de mero expectador, árbitro da regularidade formal da disputa, situação que, como vimos, transforma o processo em fator *moltiplicatore delle disuguaglianze*.

Nesse contexto, não se pode compreender a liberdade no poder de alegação e a omissão consciente de fato relevante, que compromete decisivamente a qualidade da decisão, como parte de estratégia ou tática a ser desenvolvida no curso do processo, conduta imune, livre de responsabilidade, a pretexto de se alcançar, no limite, o *standard* de liberdade plena das partes e

advogados, profissão que é indispensável, não adjacente, nem apartada, ao sistema de justiça.

Portanto, as reflexões sobre os diferentes papéis que os sujeitos desempenham deve ter estreita relação com o modelo de processo escolhido, no caso o cooperativo.

E o legislador, sem malferir preceitos constitucionais, porque a cooperação neles tem fundamento, deve lançar mão de deveres, com a finalidade de perseguir, através da modulação do instrumento processual, objetivos mais amplos do que a simples e egoísta tutela do interesse próprio da parte.

3.5.3 Evolução e limites

O dever de verdade e completude remonta ao final do século XIX. Primeiro introduzido na ZPO austríaca (*by* Franz Klein) e depois na alemã, ao formatar-se, mais modernamente, o modelo de cooperação.

A norma, em ambos os diplomas, é bastante incisiva.

Além do dever de dizer a verdade, as partes não podem fazer declarações, sobre fatos e circunstâncias, de forma parcial ou incompleta, nem podem alegar falta de conhecimento sobre fatos que praticaram ou tinham condições de saber.

§ 138, ZPO/Alemanha.

(1) As partes devem fazer suas declarações quanto aos fatos e circunstâncias tota e integralmente, sendo obrigadas a dizer a verdade.

(4) A parte somente pode declarar falta de conhecimento quanto aos fatos que não praticou ou situados fora da sua esfera de alcance.

§ 178, ZPO/Áustria.

(1) Em suas manifestações, cada parte deve declarar completa e claramente todas as circunstâncias factuais necessárias no caso para justificar seus pedidos de acordo com a verdade, para oferecer as provas necessárias, para estabelecer suas informações, para concordar com as informações factuais apresentadas pelo oponente, para declarar certeza, apresentar os resultados das provas apresentadas e também falar com certeza sobre as informações relevantes do seu oponente [...].

O dever de verdade, cujo escopo, mais do que punir, é o de prevenir a *menzogna processuale*, não era vista, ainda no início de 1900²¹⁴, como algo imoral, uma distorção das funções do processo, o abuso propriamente dito.

Tanto era assim que se entendia que a finalidade do processo não era propriamente o accertamento dos fatos para o encontro da verdade (possível), resultado meramente eventual, especialmente diante da ausência de norma expressa impondo o dever de dizer a verdade, algo considerando uma “pura invenção”²¹⁵.

E ainda que fosse introduzido no sistema, o dever de verdade, comumente confundido com o genérico dever de lealdade e probidade processual, encontraria óbice no princípio dispositivo, que concede o domínio da atividade processual às partes na obtenção das vantagens processuais, a essência mais profunda do processo civil, a ponto de se asseverar que as partes, no exercício de suas faculdades processuais, seriam livres para dizer impunemente as suas *eternas mentiras*.

Na Itália, mesmo após muitas propostas (*dovere di non dire cosa consapevolmente no vere* – art. 20 - Projeto Chiovenda; *dovere di affermare al giudice i fatti secondo la verità* - 25 Projeto Rocco), não se avançou, na versão definitiva do Código de 1940, na consagração do dever de verdade e completude, que se limitava, como na atual versão (art. 88²¹⁶), ao prever, de forma bastante genérica, o dever de probidade e lealdade em relação às partes e seus

²¹⁴ v.g., SCHIMIDT, Richard. Die Lüge im Prozess (“A mentira no processo”). *Deutsche Juristen-Zeitung*, jg. XIV, p. 39-44, 1909.

²¹⁵ “Certamente, a verdade é sempre uma só, e não podemos obrigar o juiz civil a considerar verdadeiro o que não é verdadeiro. Mas podemos e devemos obrigá-lo a tratar como verdadeiras muitas coisas das quais ele de modo algum está convencido. Estabelecer a verdade - já foi dito - não pode ser o objetivo do processo civil. É o seu resultado accidental. A verdade material como finalidade do processo só é concebível em um procedimento oficial, em um processo que oferece não apenas o cunho para a reconstrução exaustiva dos fatos, mas também a ‘livre pesquisa máxima como oficial’. Obrigação dos órgãos do Estado. E isso só pode acontecer quando a questão é de interesse público. Assim, no processo civil, a natureza do litígio de direito privado elimina os ‘máximos de pesquisa livre’ e, portanto, a finalidade do processo de apuração objetiva dos fatos verdadeiros*. [...] *Digressão [nota de rodapé]. A lei não só não obriga o juiz a realizar pesquisas livres, como não o permite fazê-lo. Não lhe permite fazê-lo, mesmo que as partes tenham concordado que ele deveria ser responsável pela investigação dos fatos do caso. E não apenas pelo ônus que lhe estaria associado (porque quem quiser arcar com ele pode assumi-lo), mas pela ingerência em interesses privados alheios ao Estado.” (WATCH, Adolf. *Vortrage uber die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Fruhjahr 1879*, 2. Aufl., Bonn, 1896, p. 149.

²¹⁶ Art. 88 – Dever de lealdade e probidade. “As partes e seus defensores têm o dever de se comportar em juízo com lealdade e probidade. No caso de violação dos advogados a tais deveres, o juiz deve informar as autoridades que exercem poder disciplinares sobre eles”.

advogados, estes últimos sujeitos disciplinarmente apenas às respectivas organizações de classe.

A oposição ao dever de verdade se dava no sentido de afirmar o alcance mais moral e pedagógico da norma, do que jurídico, incompatível com o sistema probatório (ônus de alegação e provas) e inconciliável com o processo do tipo dispositivo.

Nesse sentido, Calamandrei:

[...] até que permaneça em vigor [...] o princípio dispositivo, a norma que consagra a obrigação de dizer a verdade não pode significar outro, para a parte da causa, que um chamamento, de valor sobretudo moral, ao genérico dever de boa-fé processual.²¹⁷

Também resistindo à iniciativa originada nos códigos austríaco (§ 178, ZPO) e alemão (§ 138, ZPO), Chiovenda sustentava a especial gravidade da fórmula utilizada no projeto de código de 1940, entendendo preferível, em substituição ao dever de verdade, o dever de “*não afirmar conscientemente fatos contrários à verdade*”, pois “*que uma parte não deva mentir é uma coisa; que não possa silenciar é outra*”²¹⁸.

Como se vê, havia preocupação no sistema italiano, resistência mesmo, tanto em se admitir a própria existência do dever de verdade, quanto em distinguir a *menzogna*, a *afirmação consciente de fatos contrários à verdade*, do ato de calar-se, omitir-se, adotar posição contemplativa, perante o juiz ou Tribunal, mesmo que, ciente, a parte e seus advogados saibam que fato ou circunstância dolosamente omitida seria potencialmente relevante à compreensão e julgamento da causa e, por isso mesmo, capaz de determinar o sentido (e justiça) da decisão, forma sutil, simples e sofisticada, de manipulação, com vistas à obtenção da situação favorável.

Porém, a preocupação, muito fruto do super dimensionamento da *nemo tenetur se detegere*²¹⁹, assim como da equivocada distinção entre falar a verdade

²¹⁷ CALAMANDREI, Piero. *Osservazioni e proposte sul progetto di Codice di procedura civile*. Roma, 1938, p. 266-268.

²¹⁸ Ibidem, p. 270.

²¹⁹ Recentemente, reconheceu-se o direito de mentir, por escrito, e em depoimento, como testemunha, ao chefe do Poder Legislativo local, a respeito de conduta do Prefeito, tudo a pretexto do postulado da não-autoincriminação (STJ - HC 603445/PA, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 29.04.2021).

e omitir conscientemente fatos relevantes que potencialmente determinem o sentido da decisão, não nos parece compatível com o princípio da cooperação, que foi acolhido no CPC/2015, tampouco implica em conduta processual lesiva ao princípio dispositivo, desde que se entenda o dever de verdade e completude do ponto de vista processual, ou seja, mais um dever de não fazer (não mentir e não omitir), do que um dever de fazer (contra si).

Mais ainda, é preciso entender os deveres de verdade e completude também sob os planos objetivo (material) e subjetivo (processual), como nos ensina Antonio Carratta²²⁰.

Para o professor italiano, os que negam a existência do dever de verdade entendem que tal dever coincide exatamente com a obrigação de “*verdade material*” e, assim o fazendo, “*evidenciam o seu caráter ‘desumano’*” (para se referir às palavras de Enrico Redenti²²¹), o seu contraste com o princípio dispositivo e a impraticabilidade não só no nosso sistema processual, mas diria em qualquer sistema processual fundado no princípio dispositivo e no ônus subjetivo da prova, porque acabaria por obrigar a parte a alegar em juízo também fatos a si desfavoráveis²²².

Porém, não é essa, a obrigação da *verdade material*, a perspectiva em que se dá o debate na doutrina alemã e austríaca, que exalta a conexão do tema com a finalidade dos deveres de verdade e completude, quais sejam, a de remediar o problema do exercício abusivo do poder de alegação das partes.

Uma espécie de corretivo ou contenção ao poder monopolístico das partes de alegar (ou não alegar); um instrumento para impedir as partes de abusarem; uma arrumação à autonomia na formulação e escolha das alegações, pois, embora se reconheça às partes a conveniência e oportunidade do aporte dos fatos e dos argumentos ao processo, não lhes é dado colocar em erro a outra parte, tampouco o juiz ou Tribunal, com o consciente e planejado desiderato de alterar o sentido do julgamento.

Este deveria ser o agir da parte, que se passa apenas no plano subjetivo (*wahrheitspflicht – dovere di veridicità*), a expressão da boa-fé processual.

²²⁰ CARRATA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile. Prima e seconda parte. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno LXVIII, fasc. 1 e 2, 2014.

²²¹ REDENTI, Enrico. *L'umanità nel nuovo processo civile. Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 18, n. 1, p. 25-34, 1941.

²²² CARRATA, op. cit., primeira parte, p. 69.

Afinal, se não há dúvida que o poder de alegação caiba exclusivamente às partes, a ponto de significar que à parte compete selecionar quais os fatos que introduzirá em juízo, não menos verdade que não lhe é permitido, no plano subjetivo, utilizá-los para pôr em erro a parte contrária e, desta forma, alterar o convencimento do juiz e o resultado do julgamento.

É a situação de abuso do poder de alegar que se pretende evitar por meio da previsão dos deveres de verdade e completude, não a imposição da obrigação de revelar, expor a verdade material, quando presente situação de desonra ou autoincriminação penal, transformando o juiz em inquisidor, o que afasta, nos parece, a ideia de que o direito de defesa e princípio inquisitivo estariam arruinados ou comprometidos, uma vez que haveria submissão da parte à atividade *desumana* de admissão de fatos que lhe são desfavoráveis²²³.

Se assim é, se se impõe à parte a correção da alegação no *plano subjetivo*, o agir conscientemente de acordo com a veracidade (*wahrheitspflicht – dovere di veridicità*), entende-se que não há necessidade de alegar, como fundamento da demanda ou da defesa, apenas os fatos cuja verdade a parte tenha certeza, já que não é da revelação da verdade material que se está a falar, mas os fatos que considere, de forma autêntica, genuína, honesta e sincera²²⁴, meramente provável ou possível.

Por provável ou possível, o cerne da alegação subjetivamente verdadeira, deve se vedar, a tal pretexto, a mera especulação, os “*contos de fada*”, as

²²³ A testemunha, antes do depoimento, deve ser compromissada a dizer a verdade “do que souber e lhe for perguntado”, não podendo fazer afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade” (art. 458 CPC, c.c. art. 342 CP). Porém, em se tratando de testemunhas menores, impedidas ou suspeitas, o juiz as dispensará do depoimento ou, se entender imprescindível à causa, as ouvirá (art. 447 §§ 4º e 5º CPC), como “informantes”, “lhes atribuindo o valor que possa merecer”. Ou seja, não as imporá, porque não compromissadas, o dever de dizer a verdade (art. 457 § 2º, CPC). Isto revela que o sistema, malgrado o temor do caráter desumano no descobrimento da verdade, tem mecanismos, ou ainda pode criar outros, idôneos a evitar o risco da invasão imprópria à esfera de intimidade daqueles que, de algum modo, tem o dever de colaborar com o Poder Judiciário. Da mesma forma se a resposta ao fato perguntado lhe acarrete “grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau”; ou “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”. Ou seja, mesmo compromissadas a dizer a verdade, não podendo fazer afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, sob pena de incidir em ilícito penal, a testemunha, nestas hipóteses, não é obrigada a depor (art. 448, CPC).

²²⁴ “Em outras palavras, a obrigação de verdade é uma obrigação de veracidade subjetiva (*Pflicht zur subjektiven Wahrhaftigkeit*), ou mesmo de ‘sinceridade’, que consente a parte de revelar aquilo que corresponda ao próprio conhecimento, sendo-lhe vedado e precluso apenas as conscientes mentiras (*bewussten Lüge*), ou seja, as afirmações e contestações contrárias a própria e pessoal consciência e convicção” (GRADI, Marco. Sincerità dei litigante ed ética della narrazione nel processo civile. *Rivista di Filosofia*, Lo Squardo, n. 08, 2012, p. 111).

alegações vãs, tampouco as feitas “ao acaso”, ao vento, à toa, fora da qualquer plausível reconstrução fática (*wider besseres Wissen*). Se assim o fizer, incorrerá a parte em infração ao dever de verdade, corolário da cooperação, modelo a que estão submetidos os sujeitos do processo.

Tudo isso, sob o ponto de vista prático, “[...] *está a significar que a parte não pode alegar em juízo fatos que sabe ou deveria poder saber serem falsos* (*‘wider besseres wissen’*), *portanto fatos ‘conscientemente não verdadeiros’*”²²⁵.

Inclusive quando se defronta com o ônus de controverter especificamente os fatos alegados pela parte contrária, mister que não conteste fatos que sabe são verdadeiros, nem que declare não conhecer fatos que da realização participou ou que tenham sido objeto de sua efetiva percepção. Só assim seu comportamento poderá ser tido como conforme a veracidade (*wahrheitspflicht*).

Do contrário, entendendo-se a realização do ônus de impugnação especificada (art. 341, CPC) como parcela de poder sujeita exclusivamente à autonomia e controle da parte, legitimada estaria, ao final, a *menzogna*, conduta que se quer evitar, tanto por exigência de boa-fé e lealdade, como, mais recentemente, pela consagração da cooperação integral no nosso ordenamento, modelo de processo fundado em vínculos recíprocos de veracidade no plano das alegações²²⁶.

O que se quer prevenir, em última análise, é o julgamento simulado, o julgamento de fachada (*Scheinprozess*), onde há espaço à manipulação, à mentira e à falsidade, ao jogo propriamente dito, a pretexto de se assegurar a liberdade e autonomia das partes, não a solução justa, próxima da verdade, característica (e um dos objetivos) do processo cooperativo²²⁷.

²²⁵ CARRATA, 2014, p. 72.

²²⁶ “Em particular, isso revela, (a) no tocante ao ‘dever de verdade’, como proibição à parte de alegar fatos (principais ou secundários) conscientemente não verdadeiros, e portanto fatos que sabe ou entende, segundo a sua razoável valoração subjetiva, não correspondente à verdade e, em relação ao ônus de impugnação sobre fatos alegados pelo ex adverso, para impedir a produção de efeitos decorrentes da ‘não contestação’ (art. 115, coma 1º, C.P.C.), como proibição de contestar fatos (principais ou secundários) conscientemente verdadeiros ou declarar ‘não conhecer’ circunstâncias de fato que, ao invés, não pode ignorar de ter tomado parte na sua realização ou que deveria saber segundo a experiência ordinária” (CARRATA, 2014, p. 510).

²²⁷ Note-se que, a depender do grau de violação do dever de verdade, decorrência da boa-fé e lealdade processuais, possível o ajuizamento de ação rescisória, quando, por exemplo, a sentença for proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção o juiz; resultar de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; for fundada em prova falsa; resultar de dolo ou coação da parte vencedora, etc. (art. 966, CPC).

Já quanto ao dever de completude (*Vollständigkeitspflicht*), põe-se em perspectiva também o aspecto subjetivo, ao se exigir que as partes não refiram apenas *parcela* de fatos do qual tenham conhecimento e que sejam relevantes à compreensão da causa (*mezza verità*), com o propósito de intencionalmente deturpar o sentido do julgamento.

A opinião comum, para dar-se equilíbrio à autonomia das partes, a esfera de liberdade imune à interferência alheia e indispensável à atuação em juízo, é a de que se exclui do dever de completude as alegações capazes de expor o declarante a uma conduta desonrosa (*Unehre*) ou a risco de autoincriminação penal (*nemo tenetur se detegere*).

Tal ideia, de certo modo, pode ser extraída do nosso ordenamento a partir da combinação do arts. 404²²⁸ e 448²²⁹ do CPC, que cuidam da exibição de coisas ou documentos e do depoimento de testemunhas.

Nestes, fixam-se limites indispensáveis à preservação da autonomia da parte, terceiros e testemunhas, círculos indevassáveis à interferência do Estado-juiz, embora todos obrigados a colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, conforme expressa dicção do art. 378 do CPC²³⁰, norma comumente negligenciada, subaproveitada, mas que ganha, a nosso ver, especial importância e dimensão com o advento do modelo cooperativo de processo.

Afinal, se a verdade, no plano subjetivo, é requisito indispensável à atuação das partes em juízo, que devem colaborar com o Poder Judiciário para o seu descobrimento, a ponto de *ninguém* deste dever de alta importância poder se exonerar, como se justifica que a parte, ao formular a demanda, ou oferecer resistência, possa deduzir alegações, dolosa e parceladamente, sobre os fatos

²²⁸ Art. 404, CPC. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa se: I - concernente a negócios da própria vida da família; II - sua apresentação puder violar dever de honra; III - sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal; IV - sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; V - subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição; VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.

²²⁹ Art. 448, CPC. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

²³⁰ Art. 378, CPC. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

relevantes (ou sonegá-las totalmente), com o propósito de, ocultando-os, ludibriar e alterar o sentido do julgamento?

Sobre a “meia-verdade”, ensina Marco Gradi:

Não é difícil considerar que um tal comportamento contenha em substância uma verdadeira e própria ofensa à veracidade, idônea a conduzir a uma reconstrução incompleta dos fatos, ou seja, a um acerto que não espelha a efetiva realidade dos acontecimentos históricos. Portanto, se compreende que a obrigação de verdade em sentido lato não pode se exaurir no mero preceito de não declarar o falso, mas que deva ser acompanhado a uma obrigação de completude (*Vollständigkeitspflicht*), o qual impõe, não só o dizer a verdade, mas também de alegar segundo a verdade todos os fatos relevantes para a decisão da causa, inclusive aqueles que resultem a si desfavoráveis.²³¹

Não se está a dizer que a parte deve admitir fatos que lhe causem dano grave, desonra ou autoincriminação penal, tampouco que deve referir *todos* os fatos que, a depender do curso e desenvolvimento do processo, possam lhes trazer posições de vantagem ou desvantagem, o que é próprio da dinâmica da atividade processual, mas não se concebe que, ao não exercitar o poder de alegação, de que é exclusivo detentor, a parte dele abuse, conscientemente, na expectativa de que a decisão judicial, o resultado do convencimento do juiz, tome sentido e a dimensão de um julgamento simulado, o julgamento de fachada (*Scheinprozess*), completamente divorciado da verdade, fraudando um dos objetivos do processo, se não o principal, agora entendido sob o mecanismo pertencente à “comunidade de trabalho”²³².

A questão nos parece mais evidente quando, neste mesmo invólucro procedimental, a parte, especificamente chamada a esclarecer determinado ponto de fato ou circunstância, a requerimento do juiz ou a pedido da outra parte, opta por omitir-se.

Ou seja, o dever de não omitir-se, ou de colaborar, não sonegando astutamente informações, hipótese que também se dá no plano subjetivo e processual, preexiste à intimação, que tem apenas o condão de evidenciar e dar contornos visuais à quebra da obrigação de comportar-se de acordo com a boa-fé e lealdade processual.

²³¹ GRADI, 2012, p. 108.

²³² “O silêncio, a relutância, a reserva mental, equivale, praticamente e moralmente, a mentira” (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*. Milano, A. Giuffrè, 1962, v. 1, p. 385).

Isso se dá, por exemplo, quando o juiz impõe multa por ato atentatório à dignidade da justiça ao executado que, intimado, “*não indica quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores*” (art. 774, VI, CPC).

Nesse caso, é manifesto que o executado, desde o início do processo, porquanto condenado (título judicial) ou chamado (título extrajudicial) ao pagamento, simplesmente escolheu não fazê-lo, conduta que lhe era voluntariamente exigida e esperada pelos demais sujeitos.

Porém, ao invés de praticar a conduta que era naturalmente esperada, qual seja, o pagamento, a defesa ou a oferecimento de bens à penhora; ao invés de cooperar, atendendo ao chamado do juiz, no sentido de aportar alegações e fatos úteis à solução da causa, optou conscientemente em não fazê-lo, não revelar, homiziar a localização de bens que, caso e como revelados, permitiria a satisfação da obrigação.

A conduta, tal como descrita, não é tolerada pelo ordenamento, tanto que sancionada. E o dever de verdade e completude, insistimos, antecede à própria intimação do juiz para indicar os bens penhoráveis. Era esse o comportamento que, desde o início, instado ao pagamento voluntário, esperava-se do executado, o único conforme a verdade subjetiva, no plano do processo.

Afinal, não era, nem nunca foi, direito do executado o referido comportamento, que traduz evidente *não-cooperar* com a solução justa do processo, algo que transcende a mera, mas intencional, opção de não pagar ou não revelar os bens, frustrando os fins da execução.

Tanto não o é que o art. 774 do CPC²³³ qualifica como atentatório à dignidade da justiça tanto condutas comissivas quanto *omissivas*, dispensando, nos incisos antecedentes, a intimação para esclarecimento prévio da parte, como requisito à imposição da multa.

²³³ Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais; V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

Ou seja, era dever do executado “alegar todos os fatos”, embora lhes pareçam desfavoráveis (completude), cooperando, em última análise, com o Poder Judiciário, para o descobrimento da verdade, no caso, a revelação do patrimônio. Só assim, prestigiada na inteireza a verdade, o processo teria condições de caminhar à solução justa e efetiva.

O executado, jungido que está, desde o início, ao dever de completude, poderia ter indicado prontamente os bens, antes mesmo da intimação, logrando quiçá obter alguma posição que lhe poderia ser mais favorável, pois, assim o fazendo, teria condições, remotas ou não, isso não importa, de conquistar a aceitação do exequente ou influir no convencimento do juiz.

Noutras palavras, o executado, caso adotasse a conduta que o ideal de cooperação lhe impunha, vínculos de solidariedade entre os sujeitos do processo, teria condições de circunscrever o gravame, embora inexorável, a determinado bem ou direito no conjunto daqueles que compõem o seu patrimônio, tudo a demonstrar que o exercício do dever de completude, mesmo numa posição objetivamente desfavorável, teria aptidão de propiciar a obtenção de situação subjetivamente vantajosa.

Note-se, em apoio à ideia, que a multa também será imposta ao devedor que realmente não tem bens, nem condições de pagar a dívida, mas se recusa a cooperar, silenciando, calando-se, não exercitando o poder de alegar; optando, enfim, omitir-se.

A sanção, segundo entendemos, é aplicada, em qualquer hipótese, diante da recusa *original* em cooperar.

Do lado do autor, podemos citar, como exemplo de violação ao dever de completude, uma conduta bastante comum no foro, mas que foi, de certo modo, minorada ou atenuada, com a prescrição do art. 286, II, do CPC; vale dizer, “*serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza: II - quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda*”.

Evidente que a demanda extinta sem apreciação do mérito pode ser reproposta.

Nenhuma novidade.

Inclusive o sistema dá resposta à hipótese de repetição da demanda anteriormente ajuizada. Isto é, para fazê-lo novamente, mister a correção do vício anterior que deu causa à extinção, conforme dispõe o art. 485, § 1º, do CPC.

A tal da “ação nova”.

Ocorre que todo o imbróglio, a par da solução mais recente ditada pelo sistema, tem origem, justamente, na violação do dever de completude, ou seja, a omissão, pela parte, tanto da existência da demanda anterior, quanto do resultado desfavorável que lhe fora imposto.

A parte, estratégica e conscientemente, omite a informação do juiz ou do Tribunal, fazendo-o incidir em engano, caso a tecnologia, realidade muitíssimo recente, não detecte a tempo o estratagema engendrado com a (re)propositura da demanda.

Como dissemos, o art. 286, II, do CPC, uma resposta à conduta omissiva e ímproba das partes no plano subjetivo, que, insistimos, colide com o dever de completude, ainda não logrou total efetividade, porque, ainda assim, as (re)proposituras de demandas extintas sem apreciação de mérito logram distribuição livre, em juízo diverso do original ou natural, em razão das sofisticadas, sutis e dolosas alterações na descrição dos *elementos da ação*, que não são, malgrado o avanço da tecnologia, dimensão da comarca ou diligência do juízo, detectadas a ponto e em tempo adequado de se dar a correta e necessária solução do litígio.

Sob o prisma objetivo, a conduta, de per si, não se amolda a nenhuma das hipóteses do art. 77 do CPC, uma vez que, a repropor demanda idêntica, com o objetivo inconfessado de superar o óbice anterior que lhe fora desfavorável, a parte expôs os fatos em juízo conforme a verdade; não formulou pretensão ou de defesa quando ciente de que são destituídas de fundamento; não produziu provas e não praticou atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; cumpriu com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criou embaraços à sua efetivação; declinou, no primeiro momento que lhe couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberá a intimação, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; não praticou inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, tampouco deixou de informar e manter atualizados seus dados

cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário, para recebimento de citações e intimações.

A parte, ao ajuizar novamente a demanda idêntica extinta, simplesmente omitiu informação do juiz ou Tribunal absolutamente relevante à formação do seu convencimento; não referiu conscientemente fatos e circunstâncias em *todos* os seus aspectos, mas apenas a *parcela* daqueles que lhe interessava para (*mezza verità*), enganando os demais sujeitos do processo, alterar o sentido do julgamento.

A malícia, que se quer evitar²³⁴.

Isto não é, por certo, comportamento que se insere dentro do modelo cooperativo de processo, norma que tem *status* de princípio jurídico, mas cujas regras dispostas pelo legislador ordinário não lhe dão cabal execução, a tal da falta de densidade normativa de que anteriormente falamos, tanto que o art. 77 do CPC, ao não aludir ao dever de completude, tal como fazem os § 138 do ZPO/Alemanha e § 178 do ZPO/Áustria, não dá tratamento adequado e enérgico à hipótese acima descrita, pondo a cooperação ou colaboração num patamar meramente retórico, incidência exclusiva no campo interpretativo, uma orientação, um caminho a ser trilhado pelos sujeitos do processo.

Ainda sob esse enfoque, mas que propriamente não escancara burla ao sistema de distribuição, podemos citar a hipótese de fracionamento de demandas, em objeto ou em pessoas, que não gera necessariamente consequências no plano processual, mas que, se alegadas pelo autor, e cabalmente demonstradas, poderiam repercutir no sentido ou dimensionamento do julgamento.

É o caso, por exemplo, do ajuizar de uma ação indenizatória distinta para cada um dos envolvidos ou lesados no mesmíssimo evento danoso, tudo com o

²³⁴ Discorrendo sobre o comportamento ímprobo das partes na compreensão do juiz, enquanto argumento de prova, Flávio Luiz Yarshell, em tese apresentada no concurso para o cargo de professor titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “Embora sabidamente não se confundam as relações jurídicas material e processual – e, portanto, não se confundam as condutas das partes num e noutro plano -, a postura adotada em juízo pode, quando menos, empiricamente, ser um indicativo de como as coisas se passaram no plano extraprocessual. Um mau pagador pode ser um litigante leal e, por outro lado, um réu ímprobo no processo pode até estar amparado pelo direito material e, portanto, ter razão. Mas seria negar a realidade supor que os dois fenômenos não interagem na mente do juiz e que isso, portanto, não se aplica em tema de prova. Dessa forma, não parece incorrer extrair do comportamento da parte – incluindo-se, aí, a atividade probatória – verdadeiro argumento de prova” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63).

propósito de se obter apreciação ou valoração da reparação potencialmente mais favorável em múltiplos juízos.

O comportamento não é vedado, as demandas até poderiam ser ajuizadas separadamente, litisconsórcio comum (art. 113, CPC), mas o dever de completude impõe à parte que informe ou esclareça o juízo.

Marido e mulher que, no mesmíssimo evento (tempo, modo e lugar), não lograram o embarque aéreo contratado, poderiam muito bem litigar em conjunto e demandar indenização, para ambos, num único processo.

Se o fazem isoladamente, ainda mais com o mesmo advogado, em processos distintos, distribuídos intencionalmente a juízes diversos, quiçá em comarcas diversas, a conduta, desde que evidenciado o dolo de omitir informação e, com isso, obter alguma espécie de vantagem, especialmente sob o ponto de vista do julgamento, poderia, considerado o modelo de processo cooperativo, constituir lesão ao dever de completude, já que o fato ou circunstância omitida, a multiplicidade de demandas, teria, de algum modo, aptidão de influir, se não no sentido, na compreensão, mensuração ou dimensão do julgamento.

O fato de ser ônus do réu arguir a conexão não faz do comportamento omissivo-malicioso conduta normal ou tolerada sob o ponto de vista dos fins do processo, já que também em relação à parte adversa era esperada a correção da conduta, consistente na exposição completa do fato, em todas as suas circunstâncias, de modo a não tumultuar, pelo contrário, *contribuir*, com o exercício do direito de defesa.

Da mesma forma quando se fraciona o objeto litigioso em mais de uma demanda, escondido o dolo na conduta. Ou quando não se expõem intencionalmente fatos e circunstâncias, que, se sabidos pelo juiz ou Tribunal, determinariam resultado julgamento.

O devedor que possui diversas anotações em cadastro de inadimplentes efetuadas todas pelo mesmo credor, interligadas entre si, poderia facilmente concentrar a integralidade da causa de pedir e o pedido numa única base procedimental, evitando fracioná-la em diversas outras demandas, uma para cada anotação, quando não em comarcas distintas.

Se assim o faz, declinando a circunstância, que objetivamente teria guarida no ordenamento, coopera com a parte adversa e com o órgão julgador, que terá,

de posse da integralidade dos fatos, a noção exata da demanda, em toda sua extensão.

Porém, se se opta, conscientemente, pela disseminação de processos, não raro em comarcas distintas, tudo com o propósito, não confessado, de obter-se situação de vantagem, tanto pela insuficiente compreensão da lide pelo juiz ou Tribunal, quanto pelo embaraço e incremento do ônus (financeiro, por exemplo) resultante do exercício da defesa pelo credor, a hipótese, muito longe de se inserir no espectro de autonomia da parte, a liberdade na elaboração da estratégia de postulação ou de defesa, constitui, a nosso ver, flagrante lesão ao dever de completude, próprio do modelo de cooperação, eleito que foi pelo legislador no CPC/2015.

Note-se que não se está vedando à parte a tomada da conduta ou a eleição da estratégia de fracionar o objeto litigioso em mais de uma demanda, tampouco a de se postular separadamente sobre a mesmíssima situação de fato por pessoas absolutamente entrelaçadas entre si, a ponto de serem representadas pelo mesmo advogado, mas, apenas, exigindo que se declare, que se refira, enquanto consectário do poder de alegação de que é exclusivo titular, fato relevante ao julgamento a demanda.

A menção ao *fato*, caso ainda se insista em afirmar tratar-se de direito da parte, estratégia imune ao controle do Estado-juiz, poderia, ao menos, permitir o exame ou a arguição da conexão, cuja finalidade é evitar o risco de prolação de decisões conflitantes (art. 55, § 3º; art. 113, II, CPC), evento que, caso ocorra, traria descrédito ao sistema de justiça.

Ainda nessa ideia de conexão, que não pode ser vista apenas enquanto matéria de defesa que incumbe ao réu alegar, imaginemos demanda ajuizada por lojista, postulando, em caráter liminar, que não houvesse a *desarrumação* do espaço locado, mediante retirada de equipamentos, bens e decoração (“desmobilização”). O provimento liminar, recusado em primeiro grau, foi emitido pelo juízo *ad quem*, que imediatamente intimou o shopping center. Este, tomando ciência da decisão, vai também a juízo, propondo nova demanda que, por infortúnio dos advogados, é distribuída livremente naquela mesma vara. Tamanho o azar da parte que o juiz, que negara a liminar, lembrou-se do recente processo anterior.

Ocorre que, nesta nova demanda, ajuizada pelo locador (shopping center), onde se pede, em caráter liminar, a “desmobilização” do espaço, nota o juiz que não se fala, numa linha sequer da petição inicial, da existência da decisão emitida pelo Tribunal. E não se fala, apesar da justificativa trazida em emenda da inicial de que ainda não havia sido citado, com o propósito não confessado de enganar o juiz sobre a real dimensão do litígio, em todas suas circunstâncias, tudo na esperança de ter, para si, o provimento favorável, embora francamente contrário à ordem que há pouco havia tomado ciência. Ou seja, estratégia engendrada pelos advogados, mas frustrada, por obra do acaso, pelo juiz do processo, que não pode ser tolerada, a pretexto da autonomia ou liberdade na formulação das postulações em juízo.

O que se está a afirmar, portanto, é o dever das partes e seus advogados de não esconder, total ou parcialmente, fatos ou circunstâncias relevantes ao convencimento do juiz ou Tribunal, de forma consciente, pensada, articulada, com a finalidade de colocá-lo em engano, a manipulação do julgamento, a transformação do processo num jogo²³⁵, simulacro ou fraude, porquanto descolado da realidade tangível, o ideal de solução justa da causa, desiderato constitucional que deve também ser perseguido pelas partes e não só pelo juiz ou Tribunal, como se fosse o ser onipresente e onipotente, o único sujeito responsável pela aplicação correta e adequada da norma ao caso concreto, entendido como o conjunto de informações mais próximo possível à verdade, ao menos no plano subjetivo das partes.

Pensar o dever de verdade e o de completude como uma simples proibição da mentira ou de falso, em caráter puramente negativo ao livre agir (não fazer), é conferir demasiado prestígio à autonomia das partes e ao princípio dispositivo, que não é absoluto, mormente em contradição ao modelo cooperativo de processo, que exige, para efetivamente absorvê-lo, impor-se às partes o dever de

²³⁵ “[...] como é fácil compreender, o indiscriminado e arbitrário uso da mentira transforma inevitavelmente o processo civil em um jogo entre as partes, ou seja, em uma mera competição para vencer ou, se quisermos, em um duelo judiciário, no qual os litigantes se desafiam, segundo determinadas regras, ritos e procedimentos, diante de um ‘árbitro’, mais ou menos ativo, para obter o resultado mais favorável. O verdadeiro conteúdo da efetiva conduta processual das partes é determinado, de um ponto de vista estratégico, do interesse pessoal e do egoísmo de cada litigante, que é evidentemente movido pelo desejo inevitavelmente humano de obter vantagem a partir do êxito do accertamento de fato que, independentemente da sua correspondência com a verdade, seja favorável a própria pretensão” (GRADI, 2012, p. 100-101).

alegar em juízo os fatos verificados, exatamente como verificados, e também os a si desfavoráveis, quando relevantes ao julgamento, ressalvado, neste último caso, aqueles capazes de expor o declarante a uma conduta desonrosa (*Unehre*) ou a risco de autoincriminação penal (*nemo tenetur se detegere*)²³⁶.

E não se diga que é impossível, por razões estruturais, provar que alguém mentiu, ou melhor, que “não disse a verdade”, porque não existiria prova adequada contra aquele que admite ter dito o falso, mas que não era sua intenção a de enganar, porque “agiu de boa-fé”.

Contra essa alegação, que reforça a ideia de que o estado de ignorância não corresponde sempre a uma conduta honesta e leal, opõe-se a obrigação de informar-se (*Informationspflicht*), que impõe às partes a consciência exata e completa dos fatos da causa.

Noutras palavras, a *ricerca della verità*, que obriga a parte a obter o pleno e atual conhecimento sobre os fatos relevantes da causa, serve, também, de limite à escusa do erro ou ignorância, que equivaleria, em substância e quando não idoneamente justificada, à mentira, caso se conclua, após *reasonable inquiry*, que a parte tinha condições de alcançar adequada e correta consciência da verdade dos fatos.

Em suma, omissão dolosa e consciente de fato ou circunstância relevante, que a parte deveria saber (*Informationspflicht*), enquanto estratégia para ludibriar o juízo e alterar o julgamento a seu favor, mormente quando instado a expresso esclarecimento, como o é no art. 774 do CPC, não é direito da parte, mas, sim, lesão ao dever de completude, sob pena de esvaziar o sentido da cooperação, reduzindo-o a uma espécie de chamamento, orientação ou exortação, de caráter geral, à correção e boa-fé, um pragmático conselho de “não mentir”²³⁷.

²³⁶ O Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), no art. 342, distingue as condutas de fazer afirmação falsa, negar e calar a verdade, mas as pune com a mesma intensidade, porquanto igualmente reprováveis à Administração da Justiça.

²³⁷ Marco Gradi cita julgamento da Corte de Cassação italiana de ação rescisória, que tratou da omissão (dever de completude): “Assim, o tribunal pleno da Cassação foi chamado a valorar a legitimidade do comportamento processual omissivo de uma das partes, evidenciado no mero silêncio de uma circunstância de fato seguramente relevante para a decisão, a fim de poder decidir sobre pedido de rescisão da sentença impugnada, chegando a afirmar que inclusive ‘a mentira ou silêncio sobre fatos decisivos possam integrar os extremos do dolo revocatório’, e assim, tal conduta pode ser suficiente a colocar em erro o adversário, prejudicando o exercício de direito de defesa e portanto impedindo o acertamento da verdade” (ob. cit., 2012, p. 104).

3.5.4 Provas

A propósito do dever de completude, é preciso fazer um corte no âmbito das provas.

De forma bastante direta, não está a parte obrigada²³⁸, por força do dever de completude (*Aufklärungspflicht*), porque não há conjunto de normas dispendo sobre o compartilhamento, a disponibilizar provas para conhecimento da parte adversa e do juízo contrariamente à sua vontade ou de seus interesses, embora devesse fazê-lo, porque é o comportamento que se intui por força do princípio da cooperação.

Com efeito, ainda não há, no sistema processual, mecanismos aptos a obrigar o compartilhamento de provas entre as partes, como o é no direito norte-americano, embora não existam amarras ou empecilhos à sua futura adoção, pelo legislador ordinário, já que se optou, conforme art. 6º do CPC, pelo modelo cooperativo de processo, que evoca intensa participação dos sujeitos do processo, inclusive mediante *trocas* (fornecimento recíproco) de informações e provas.

A questão, no campo probatório, que, insistimos, não é automaticamente obrigatória enquanto corolário dos deveres de verdade e completude, ao menos enquanto não se avançar num mecanismo mais contundente de compartilhamento de provas, resolve-se, ainda e exclusivamente, na esfera do ônus, a imputação de consequências decorrentes do seu livre exercício ou não pela parte se e quando instadas no processo.

Um sistema de efeitos desfavoráveis como forma de estímulo à intervenção construtiva das partes no plano probatório. É o que, por ora, contempla o sistema processual. A simples dedução dos argumentos que a produção da prova do fato se pretendia, caso a parte, não cooperando, se recuse ao compartilhamento.

Afinal, quem age fora dos limites da correção processual, deve arcar com o risco de ver sua conduta transformar-se na prova indiciária do evento que se queria provar, autorizando a prolação de julgamento, se do contexto amealhado assim resulta, contra si desfavorável.

²³⁸ “[...] tendo a parte a liberdade de produzir prova, ao deixar de fazê-lo não pratica ato ilícito (a ensejar uma sanção em sentido estrito), mas apenas se sujeita, somente a ela, a eventuais consequências desfavoráveis em virtude de sua inércia” (YARSHELL, 2009, p. 49).

Afirmamos “por ora”, porque, a despeito dalgum avanço, como a nova disciplina da produção antecipada da prova, que prescinde do requisito da urgência²³⁹, não vemos óbice ou amarras num caminhar mais vigoroso em direção à cooperação integral, inclusive mediante a prescrição de sanção *stricto sensu* por conduta que, embora subordinada a “imperativo do próprio interesse”, também repercute negativamente no interesse público que subjaz o processo, mais especificamente os escopo social, jurídico e político de obtenção da solução justa e efetiva.

Em sentido contrário à aplicação de sanção, mas afirmando que o desatendimento do ônus de provar dos sujeitos processuais para a descoberta da verdade acarreta prejuízo ou consequências negativas ao interesse público, Flávio Luiz Yarshell:

Como é sabido, o dever jurídico é estabelecido em favor de um interesse estranho ao do sujeito cuja conduta se busca vincular, e isso é o que tradicionalmente o distingue do ônus. Mas, conforme já se teve oportunidade de salientar, a qualificação da prova como um ônus – se entendido como imperativo do próprio interesse – parece mesmo ser imperfeita ou, quando menos, insuficiente diante da premissa de que no processo a descoberta da verdade atende não apenas ao interesse da parte, mas também ao interesse do Estado que presta a jurisdição. A verdade proporcionada pela prova – ainda que se traduza, nos limites do possível, em um juízo de verossimilhança e probabilidade – é instrumento para edição de decisões justas e, em alguma medida, contribui para a segurança jurídica. Vale dizer: a prova se apresenta não apenas como um instrumento para o êxito da parte em juízo, mas, em boa medida, como elemento apto à consecução dos escopos jurídicos e social do processo. Portanto, parece realmente inegável que o desatendimento do ônus de provar atribuído aos sujeitos parciais – ainda que visto sob o seu prisma objetivo – não acarreta consequências desfavoráveis apenas para uma das partes, mas, em alguma medida, para o interesse público que está presente no processo. [...] Aqui, para além das regras de distribuição do ônus de prova, a confissão ficta é importante mecanismo a estimular as partes à colaboração, que, se não vier, não impede, de qualquer modo, a solução da controvérsia. Nesse particular, dificuldades para as quais já se acenou voltam à tona: na medida em que a lei estabeleça um ônus, cuja inobservância autorize diretamente uma presunção de verdade de determinado fato, é de se duvidar se possa cumular a essa ‘sanção’ outra – agora, e sentido estrito e rigoroso -, pela falta de cooperação, consistente, por exemplo, na imposição de uma multa (ou, mesmo, de obrigação de indenizar). Ainda que se diga que o dever de colaboração da parte na busca da verdade está ligado à obtenção de uma decisão justa (porque aderente à realidade), impor uma sanção pecuniária a quem não colaborou seria penalizar aquele que presumivelmente já foi penalizado pela própria

²³⁹ YARSHELL, 2009.

injustiça da decisão. Para fazer a imagem, seria punir alguém por lesar sua própria integridade.²⁴⁰

3.5.5 “Discovery”

Nos Estados Unidos da América, exemplo de país onde presente sistema que privilegia a obrigação de revelação das partes no que tange às provas, vigora o *duty of disclose*, momento antecedente à demanda propriamente dita, disciplinada pelo Rule 26 do Federal Rules of Civil Procedure²⁴¹.

Por força do *disclose*, impõe-se à parte o dever de fornecer o nome e, se conhecido for, o endereço e o número de telefone de cada indivíduo que possa ter informações relevantes e úteis para as reivindicações ou defesas; cópia de documentos, informações armazenadas eletronicamente, coisas tangíveis; cálculo sobre a categoria dos danos postulados, inclusive os de natureza material relativos à extensão de ferimentos sofridos; cópia de contrato de seguro referente à totalidade ou parte possível de um julgamento de ação ou reembolso de gastos para cumprir decisão.

A norma, dentre outros, prevê a elaboração de um plano (*discovery plan*), estabelece prazo para a *divulgação* (14 dias, em regra) e cuida das *desculpas inaceitáveis* (*unacceptable excuses*), asseverando que, se razoavelmente disponíveis, dentro da sua esfera de conhecimento, as informações devem ser prestadas.

Cuida, também, do dever de divulgar às outras partes a identidade de testemunhas, especificando assunto “sobre o qual se espera apresente provas” e o resumo dos fatos e opiniões sobre ao quais a testemunha deve depor. Deve a parte, ainda, fornecer identificação de cada documento e as provas que pretende valer-se em juízo.

Ao dispor sobre o escopo e limites, a técnica do *disclose* revela, em grau intenso, o dever de verdade e completude, que outros sistemas, dentre eles o nosso, ainda opõem resistência, forte na premissa de que a parte, considerado o

²⁴⁰ YARSHELL, cit., p. 149 e 174.

²⁴¹ Sem prejuízo das outras obras submetidas à pesquisa e elencadas na bibliografia ao final do trabalho, cf. GOLDSTEIN, Alan K. A short History of Discovery. *Anglo-American Law Review*, v. 10, p. 257-270, 1981.

princípio dispositivo, não é obrigada a revelar fatos ou provas que lhe seriam desfavoráveis²⁴².

Diz a norma que, salvo disposição judicial em contrário, as partes podem *obter a descoberta (discovery)* sobre qualquer questão não privilegiada (protegida) relevante para a reclamação ou defesa, proporcional às necessidades do caso, considerando as informações em jogo, o valor da controvérsia, o acesso das partes às informações, o recurso das partes, a importância da descoberta na resolução das questões. Ademais, as informações, dentro do escopo da *discovery*, não precisam necessariamente ser admitidas como provas (evidências) para a descoberta.

Se alguém ou coisa entende indevida ao *discovery*, cabe dirigir-se à Corte, pleiteando medida cautelar, onde a ação está pendente ou no Tribunal do distrito onde o depoimento deverá ser feito, comprovando-se que tentou de boa-fé “conferenciar” com as partes afetadas em um esforço para resolver a disputa sem ação judicial.

Caso o Tribunal se convença da moção, emitirá ordem para proteger a parte ou pessoa de aborrecimento, constrangimento, opressão, encargo ou despesa indevida, podendo-se, também, proibir a divulgação ou descoberta; especificar os termos, incluindo o tempo, local e alocação de despesas, para a divulgação ou descoberta; prescrever método diverso daquele selecionado pela parte que busca a descoberta; proibir a investigação de certos assuntos ou limitar o escopo da divulgação ou descoberta a certos assuntos; designar pessoas que podem estar presentes enquanto a descoberta é conduzida; exigir que o depoimento seja selado e aberto somente por ordem judicial ou que um segredo comercial ou outra pesquisa, desenvolvimento ou informação comercial confidencial não seja revelado ou que seja revelado apenas na forma especificada; determinar que a partes arquivem simultaneamente os documentos

²⁴² “A fase do Discovery prestigia a verdade dos fatos em detrimento da sagacidade ou da má-fé do advogado de uma das partes. Por exemplo, se a testemunha pretendia confundir o juízo, orientada pelo advogado, tal hipótese perde força probatória, caso seu depoimento em juízo contrarie o que ficou revelado na fase da Discovery. Assim, um caso que parecia promissor no momento anterior à Discovery pode perder ou ganhar maior credibilidade no ato de revelação das provas e meios potencialmente utilizáveis em julgamento” (CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de processo*, São Paulo, v. 245, p. 425-444, jul. 2015, p. 430).

ou informações em envelopes lacrados, a serem abertos conforme as instruções do Tribunal.

Procedimento relevante, com diversas nuances, que se desdobra em mais de uma fase, cujo escopo é propriamente a obtenção da verdade, no sentido material e objetivo²⁴³, já que não é dado à parte, no sistema norte-americano, a pretexto de revelação de fato que lhe seja desfavorável, recusar-se à colaboração, tanto que, caso não obedecidas as moções específicas emitidas para obrigar a divulgação (não exibição de documento, recusa de depoimento ou resposta a determinada pergunta, etc.), a conduta será tratada como “desacato do Tribunal” (*contempt of court*), permitindo ao juiz, além da aplicação das sanções que são próprias da desobediência, emitir ordem de que as questões abrangidas sejam considerados verdadeiros, conforme alegado pela parte adversa; proibição ao desobediente de opor-se com defesas ou provas; suspensão do processo até que a ordem seja cumprida; *indeferir a ação* no todo ou em parte; e julgamento à revelia contra o desobediente.

Tudo isso, importante ressaltar, sem prejuízo da imposição de sanção pecuniária à parte desobediente, inclusive ao advogado que a aconselhou, até porque muita vez a responsabilidade é só dele ou solidária, pelos honorários e despesas razoáveis causadas pela *falha na discovery*.

3.5.6 “Contempt of court” e perjúrio

Sobre o *contempt of court*, instituto próprio dos países da *common law*²⁴⁴, trata-se do desacato, o desprezo, a desobediência à ordem emitida pelo Poder Judiciário.

²⁴³ “A filosofia do sistema judicial norte-americano permite a revelação total não apenas das provas em si, mas também de informações, documentos e contatos de pessoas que podem de alguma forma colaborar com a elucidação do caso. As informações reveladas nessa fase não serão necessariamente utilizadas ou admitidas em julgamento, mas podem ser úteis na condução de outras provas ou mesmo para distinguir o que deve e o que não deve ser usado na fase de julgamento” (CAMBI; PITTA, p. 431).

²⁴⁴ “O *common law*, também chamado *case law*, é um corpo de princípios, precedentes e regras, que busca alicerçar-se não em normas fixas, mas em princípios voltados para a justiça, a razão e o bom senso, determinados pelas necessidades da comunidade e pelas transformações sociais, partindo-se da premissa de que esses princípios devem ser suscetíveis de adaptação às novas condições, interesses, relações e usos impostos ou requeridos pelo progresso da sociedade” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano.

Segundo Ada Pellegrini, consiste na prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem²⁴⁵.

Araken de Assis, por seu turno, define o *contempt of court* como a ofensa ao órgão Judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial²⁴⁶.

Sobre a essencialidade do *contempt of court*²⁴⁷, assentou a Suprema Corte americana:

O poder dos Tribunais para aplicar o *contempt* é parte integrante e necessária à independência do Poder Judiciário e é absolutamente essencial para o desempenho das funções que lhes são impostas por lei. Sem este poder, eles são meros órgãos de arbitragem, cujas decisões e decretos seriam apenas consultivos. Se uma das partes puder fazer-se juiz acerca da validade das ordens emitidas e, por sua própria vontade, definir se irá cumpri-la, então os Tribunais seriam impotentes e o que a constituição denomina de “Poder Judiciário dos Estados Unidos” seria uma mera zombaria²⁴⁸.

No momento em que as Cortes dos Estados Unidos foram criadas e investidas de jurisdição sobre qualquer assunto, tornaram-se titulares deste poder²⁴⁹.

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 96-133, maio 1979, p. 97).

²⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência a ordens judiciais: o “contempt of court”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 219-227, 2001.

²⁴⁶ ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, v. 111, 2003, p. 19.

²⁴⁷ “O embrião do instituto data de aproximadamente 500 DC com o chamado *contempt of the king* destinado a punir os atos de desprezo ou desobediência de uma ordem do rei, correspondente, à época, à desobediência de uma ordem judicial, já que cabia ao rei desempenhar tais funções. O descumprimento da ordem real ensejava a aplicação de uma sanção chamada de *oferhyrne*, devidamente regulamentada nas leis dos reis anglo-saxões. Conforme explicação de Marcelo Lima Guerra: “A *oferhyrnes* consistia numa violação da ‘paz pessoal’ do Rei, punida com uma das mais altas wites, ou seja, uma multa de índole penal pagável ao Rei ou a outra autoridade pública” (BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. O *contempt of court* no direito brasileiro e norte-americano. 2010. Dissertação de mestrado - Universidade Federal do Espírito Santo, 2010, p. 32).

²⁴⁸ “The power of courts to punish for contempt is a necessary and integral part of the independence of the judiciary, and is absolutely essential to the performance of the duties imposed on them by law. Without it they are mere boards of arbitration, whose judgments and decrees would be only advisory. If a party can make himself a judge of the validity of orders which have been issued, and by his own act of disobedience set them aside, then are the courts impotent, and what the Constitution now fittingly calls the judicial power of the United States’ would be a mere mockery.” - *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.* (1911) 221 U.S. 418.

²⁴⁹ “The moment the courts of the United States were called into existence and invested with jurisdiction over any subject, they became possessed of this power”. Ex parte Robinson 19 Wall. (86 U.S.) 505 (1874).

As Cortes dos Estados Unidos, quando chamadas à existência e investidas de jurisdição sobre qualquer assunto tornaram-se possuidoras do poder de punir por “*contempt*”, que é inerente a todos as Cortes e essencial à administração da justiça²⁵⁰.

A reação ao *contempt of court* consta mais especificamente do *Judiciary Act* de 1789, que conferiu formalmente poderes punitivos aos Tribunais dos Estados Unidos.

Ou seja, após algumas alterações legislativas, a lei norte-americana dispõe que:

A Corte dos Estados Unidos tem o poder de punir com multa ou prisão, ou ambos, se entender necessário, os seguintes atos de “*contempt*” que atentam contra sua autoridade: 1. Conduta desrespeitosa de qualquer pessoa na presença da Corte ou tão perto desta que possa obstruir a administração da justiça. 2. Conduta desrespeitosa cometida contra seus funcionários em transações oficiais. 3. Desobediência ou resistência ao cumprimento de seus “*writs*”, processo, ordem, regra, decreto ou comando.²⁵¹

Trata-se, como se vê, de poderes judiciais que, por mais semelhanças que a doutrina queira insinuar com o ordenamento brasileiro (arts. 77, §§ 1º e 2º; 918 parágrafo único; e 774, CPC)²⁵², não tem paralelo no direito processual,

²⁵⁰ “*The courts of the United States, when called into existence and vested with jurisdiction over any subject, at once become possessed of the power to punish for contempt, which is inherent in all courts and essential to the administration of justice.*” - *Michaelson v. United States*, 266 U.S. 42 (1924).

²⁵¹ 18 U.S. Code § 401 - *Power of court*

²⁵² Sobre as discrepâncias, José Carlos Barbosa Moreira: “[...] Refiro-me ao poder de aplicar sanções aos responsáveis por comportamentos havidos como irregulares — ao denominado *contempt power*, cujas manifestações podem ser de natureza criminal ou civil. No civil *contempt*, ou se trata de compelir alguém ao cumprimento de ordem do tribunal, mediante a cominação de multa ou prisão, ou então de compensar o litigante prejudicado pelo descumprimento. Apesar de certas discrepâncias, providências desse tipo não são muito diferentes, no cerne, de medidas coercitivas incorporadas à tradição do direito brasileiro, nomeadamente a prisão civil do devedor de alimentos (Código de Processo Civil, art. 733, § 1º). Já o criminal *contempt* diz com a punição imposta a quem deliberadamente desobedeça a uma ordem do tribunal, ainda que o ato não infrinja lei alguma. O processo por criminal *contempt* é visto como distinto daquele em que fora emitida a ordem, e nele o demandante não é a parte adversa, mas o próprio juiz. Em quase metade dos Estados, não existe limite máximo para a pena a ser aplicada. Aqui, a extensão dada ao *contempt power* coloca-o em patente contraste com princípios cardiais do direito brasileiro, como o da reserva legal e o da inadmissibilidade de instauração *ex officio* de processo penal. A distância entre os dois ordenamentos fica ainda mais nitidamente caracterizada se se tiver em vista que o *contempt power*, seja na sua versão civil, quer na penal, pode ser exercitado não só contra as partes, senão até contra os advogados. Ele integra, na verdade, o amplo poder de supervisão, pelo juiz, da maneira pela qual aqueles conduzem o pleito - noção igualmente estranha ao direito pátrio, em que nada existe, e ninguém razoavelmente imaginará que um dia venha a existir, de parecido com essa sujeição do advogado à fiscalização do órgão judicial”

porquanto voltados, além da salvaguarda da respeitabilidade das Cortes de Justiça, à realização da cooperação integral, ao compartilhamento de informações e provas, o dever de verdade e completude, maximizado no plano objetivo, a de obrigação de revelação material dos fatos e circunstâncias, para a adequada e justa solução da causa.

Tanto o dever de verdade e completude assume especial importância no sistema norte-americano que, mesmo na esfera penal, é punível a mentira, ao invés de tolerada, protegida e até estimulada, a pretexto do privilégio da não-autoincriminação.

O tal do perjúrio, que guarda alguma semelhança com o *contempt of court*, porque ambos são as ofensas à honorabilidade da Corte de Justiça e lesivas ao descobrimento da verdade.

Trata-se, no entanto, crime próprio, tipificado na legislação norte-americana na seção de crimes contra a justiça e administração pública, especificamente no capítulo 79 do Título 18 do U.S Code, seções 1621, 1622 e 1623.

Basicamente, pune-se com pena de prisão de até cinco anos e/ou multa aquele que, tendo prestado juramento perante Tribunal, faz intencionalmente declaração falsa ou subscreve documento como verdadeiro acreditando que não o seja.

Aqui, não havendo tipificação para a conduta (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia comunicação legal” – art. 5º, XXXIX, CF), “a mentira do acusado, por não ser proibida, tem-se permitida. Dessa forma, de acordo com o sistema brasileiro, há a possibilidade de o acusado permanecer em silêncio ou, caso queira falar, faltar com a verdade”, segundo Marco Aurélio Gonçalves Ferreira²⁵³.

Porém, enfatizando a antijuridicidade do comportamento, prossegue:

Há que se acentuar que, pelo simples fato, de a mentira do acusado não ser proibida no sistema pátrio, não significa que, em sentido técnico, isso seja revertido em um direito do acusado de faltar com a verdade no processo, pois, apesar de não haver tipicidade para esta conduta do acusado, não está o comportamento ausente de antijuridicidade em face

(Processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, v.4, n.16, p. 11-22, 2001, p. 20-21).

²⁵³ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010, p. 143-150.

do ordenamento jurídico brasileiro, visto que o Código Penal tipifica a conduta da testemunha que falta com a verdade, bem como a falsa perícia (art. 342). Além do mais, a regra geral do ordenamento determina que todo o direito objetivo haja um direito subjetivo que assegure o seu exercício. Portanto, se fosse um direito, deveria o sistema jurídico disponibilizar instrumentos legais para assegurar o exercício do direito do acusado de faltar com a verdade, o que, por ser lícito, torna-se irrealizável²⁵⁴.

Ainda que se afirme tratar-se de comportamento contrário à ordem jurídica (antijuridicidade), inequívoco que o valor que a verdade tem no sistema anglo-saxão, consideradas as premissas postas, é muitíssimo superior ao que nossas Cortes de Justiça continuam emprestando no tratamento da mentira no processo, ainda que repercutam diretamente em interesses de terceiros, igualmente relevantes, como a *res publica*, alçando-o a direito subjetivo absoluto das partes, o superdimensionamento, que anteriormente afirmamos, do privilégio da não autoincriminação²⁵⁵.

É o que se deu, por exemplo, em caso recente, já mencionado, onde invalidado, em sede de *habeas corpus*, a condenação penal de chefe do Poder Legislativo local por ter feito afirmação falsa, a *menzogna*, por escrito e em depoimento, sobre assuntos relativos às contas e balancetes elaborados pelo Prefeito.

A Corte local impôs condenação, mas o Superior Tribunal de Justiça, dando primazia à *mentira*, porque embaralhada com garantia constitucional, a desfez, absolvendo-o.

[...] Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 63): PROCESSUAL PENAL. VEREADOR. PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INFORMAÇÃO FALSA SOBRE REMESSA REGULAR DE BALANCETES EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. CLARO INTUITO DE BENEFICIAR O PREFEITO, ALIADO POLÍTICO DO AGENTE. REAFIRMAÇÃO POSTERIOR EM AUDIÊNCIA. FALSO TESTEMUNHO. CONFIGURAÇÃO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO INALCANÇÁVEL. RECURSO DEFENSIVO REFUTADO. APELO MINISTERIAL. PENA. RECRUDESCIMENTO. NECESSIDADE.

²⁵⁴ FERREIRA, 2010, p. 144.

²⁵⁵ “Também entre os filósofos do direito é constatado que, dentro de certos limites, o respeito à verdade deve ser imposto inclusive no processo, não sendo de modo algum possível aceitar a legitimidade de qualquer forma de alteração da verdade, que assumirá a qualificação de ilícito no momento em que a mentira ou a relutância for em grau tal de causar dano aos outros sujeitos [...]. Do ponto de vista dos princípios constitucionais, não se pode razoavelmente afirmar que o uso da arma consciente mentira e da resistência possa ser justificada e, de certo modo, ‘notabilizada’ através de um desprezível comportamento, se se superam os limites próprios de tais garantia processuais, ou seja, abuso delas mesmo” (GRADI, 2012, p. 96-117).

GRAU DE REPROVAÇÃO ELEVADO. MOTIVAÇÃO INJUSTIFICÁVEL. PROVIMENTO PARCIAL. 1. Havendo prova de que o réu, na condição de Presidente da Câmara de Vereadores, prestou informação falsa ao Ministério Público em processo no qual se apuravam atos de improbidade administrativa por parte do chefe do Executivo Municipal, mentira que reafirmou, posteriormente, em audiência com o agente ministerial, correta a condenação pelos crimes de falsidade ideológica e falso testemunho. 2. Se o grau de reprovabilidade e os motivos injustificáveis dos delitos extrapolam os limites da norma, diante da obrigação do agente público de zelar pela probidade e honestidade dos seus atos, de rigor a fixação das penas-base um pouco acima do limite mínimo cominado para ambos os tipos incriminados (falsidade ideológica e falso testemunho). 3. Apelo defensivo desprovido. Recurso ministerial acolhido, em parte [...]. Ora, a Constituição Federal assegura ao indivíduo a prerrogativa de não se auto-incriminar. Desse modo, não configura o crime em desfile quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la [...]. Este Superior Tribunal já decidiu ser atípica a conduta de falso testemunho, quando a testemunha, compromissada em juízo, desobriga-se de dizer a verdade, com o fim de evitar sua acusação pela prática de algum crime, tendo em vista os postulados constitucionais do direito ao silêncio e da não autoincriminação.²⁵⁶

O que se põe em destaque não é o direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado (art. 5º, LXIII, CF). O calar-se, nada dizer, sobre fatos que possam, de qualquer forma, incriminar o depoente. O que se tem prestigiado, a nosso ver erroneamente, é o *direito de mentir*, com o intuito de livrar, a si ou a terceiros, de responsabilidade, acreditando-se que a conduta, opção tutelada do *acusado*, que inequivocamente põe em risco a integridade do sistema de justiça, estaria protegida, salvaguardada pelo texto constitucional, mesmo que a *mentira* repercuta, como de fato repercutiu no caso acima, em bens e direitos de natureza pública, que dizem respeito à coletividade como um todo, não à esfera de interesses do sujeito em si.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 68.929/SP, concluiu que do direito ao silêncio, de estatura constitucional, decorre a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, a prática da infração, raciocínio que consagra, malgrado a evidente antijuridicidade da conduta, o “direito de mentir”²⁵⁷.

Recentemente, embora em caráter liminar, o Supremo Tribunal Federal assegurou a ex-Ministro de Estado da Saúde o direito de permanecer em silêncio em Comissão Parlamentar de Inquérito, “isto é, de não responder a perguntas que possam, de qualquer forma, incriminá-lo”.

²⁵⁶ STJ - HC 603445/PB, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 29.04.2021.

²⁵⁷ STF - HC 68.929/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.10.1991.

Mas não lhe franqueou, quiçá sinalizando maior apreço à antijuridicidade da conduta, o *“direito à mentira”, tampouco o “calar”, “no que concerne a indagações que não estejam relacionadas à sua pessoa”, fatos e condutas “relativas a terceiros”, impondo-se a “obrigação de revelar”, “tudo o que souber e tiver ciência, podendo, no que concerne a estes, ser instado a assumir compromisso de dizer a verdade”*²⁵⁸.

Também no âmbito da mesma Comissão Parlamentar de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal, talvez pioneiramente, asseverou que caberia à autoridade judiciária o *“poder-dever de analisar, à luz do caso concreto, a ocorrência do alegado abuso do exercício do direito de não-incriminação. Se assim entender configurada a hipótese, dispõe a CPI de autoridade para adoção fundamentada das providências legais cabíveis”*. Doutro lado, em relação a fatos que o investigado tenha conhecimento, na qualidade de testemunha, impôs *“o dever de comparecer e de dizer a verdade, não lhe assistindo, quanto a tais fatos, quer o direito ao silêncio, quer o não comparecimento perante Comissão Parlamentar de Inquérito”*²⁵⁹.

Algum avanço, tímido ainda, em direção ao descobrimento da verdade (*disclosure*), dever a que todos, sem exceção, estão jungidos; afinal, cabe-nos *colaborar* com o Poder Judiciário (art. 378, CPC), inclusive terceiros, considerada a expressão *“todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”* (arts. 6º e 77, CPC).

Isto é, podem ser alvos os terceiros, pessoas alheias à relação processual, da aplicação de medidas de coerção e sanções, inclusive no campo penal, caso neguem colaboração ou cooperação²⁶⁰, no sentido da revelação da verdade, seja prestando depoimento como testemunhas ou exibindo documentos ou coisas, seja permitindo inspeção ou alguma atividade material no sentido de facilitar ou concorrer o juízo no avançar do processo em direção ao julgamento²⁶¹.

²⁵⁸ STF - HC 201.901 MC/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14.05.2021.

²⁵⁹ STF - HC 204443/MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.07.2021.

²⁶⁰ Não há diferença ontológica entre as expressões cooperar (art. 6º, CPC) e colaborar (art. 378, CPC), mesmo quando *aparentemente* diversos os destinatários da norma, terceiros ou sujeitos processuais, porque integram, de igual modo, a mesma comunidade de trabalho, devendo todos atuar de forma coordenada para o descobrimento da verdade.

²⁶¹ Sem perder de vista o crime de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342, CP), que pune a testemunha, perito, tradutor, contador ou intérprete que, em processo judicial ou administrativo, inquérito policial ou juízo arbitral, faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade, a norma

Note-se que, aos terceiros, que também têm a esfera de direitos de algum modo afetada, quando instados à colaboração com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, já que a simples atividade de prestar depoimento encerra efetivamente um fazer e a exibição de coisa um entregar, não se invoca, diferentemente das partes, tanto quanto adstritos ao princípio da cooperação, a proteção ou garantia da autonomia da vontade, admitindo-se, com mais fluidez e naturalidade, o implemento de medidas sancionatórias propriamente ditas.

Ainda sobre o tema, que sugere o superdimensionamento da autonomia da vontade, nota-se que foi longo o caminho, até se concluir, em julgamento repetitivo, que pratica crime aquele que dolosamente se identifica falsamente perante a autoridade policial, não sendo a conduta, a da mentira, que causa evidente lesão à administração da justiça, acobertada pela autodefesa²⁶². O direito de defesa, compreendido o de silêncio e o da presunção de não-culpabilidade, se não obriga o revelar (*disclosure*), também não alberga, nem o autoriza, o direito de mentir.

Recentemente, o próprio crime de desacato, que nos Estados Unidos da América tem a força do *contempt of court*, foi alvo de arguição de inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pois a conduta, segundo o autor da ADIN, estaria *desconforme* à Convenção Americana de Direitos humanos, que proíbe a censura e o cerceamento, ainda que indireto, à liberdade de expressão.

processual recusa aos terceiros, em grande medida, os privilégios que as partes e seus advogados desfrutam em relação à autonomia da vontade, olvidando o legislador, insistimos, que todos, sem exceção, devem cooperar para que se obtenha, em tempo razoável, decisão justa e efetiva. Nesse sentido: Art. 308, CPC - Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder. Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Art. 403, CPC - Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver. Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

²⁶² “É típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa” (Tema 646 - STJ - REsp 1.362.524/MG, Rel. Min. Sebastião Reis, j. 23.10.2013). No mesmo sentido: “O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º LXIII da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante a autoridade policial com o intuito de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 CP)” (STF - RE 640.139 RG/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.9.2011).

Por maioria de votos, a Suprema Corte brasileira julgou improcedente o pedido, mantendo-se íntegro o crime de desacato, mas contra votos divergentes, um dos quais faço menção:

Em uma sociedade verdadeiramente democrática, o remédio para combater os desvios que ocorrem à margem da esfera pública é a transparência. O melhor desinfetante, afirmava o Justice Brandeis, é a luz do sol. O melhor interesse público é aquele que se manifesta por meio de um exercício de racionalidade coletiva, ou seja, é o que é amplamente debatido, criticado, verificado. As críticas e as opiniões negativas que têm os cidadãos sobre a Administração Pública não maculam sua dignidade, ao contrário, a prestigiam. Elas integram o processo de verificação e depuração das melhores ideias que irão formar a base das políticas públicas. Não é difícil perceber que, sob essa perspectiva de uma liberdade cívica, o exercício da tolerância com opiniões negativas é mais do que simples dever da Administração Pública: a tolerância é parte constitutiva de sua legitimidade. Por essa razão, em uma sociedade democrática, não há como justificar a maior reprovabilidade da conduta que atinge a honra da Administração ou de seus funcionários. Não há como defender que os agentes privados tenham menor proteção da lei. O que desonra a Administração Pública não é a crítica, mas a conduta de seus funcionários [...]. O tipo de desacato é demasiadamente aberto e não permite distinguir críticas de ofensas. Ainda que se adote a interpretação defendida pelo e. Relator, no sentido de não se admitirem ofensas praticadas na imprensa, nem as que sejam feitas longe da presença do funcionário público ou quando fora do exercício de suas atribuições, a abertura do tipo não esclarece se ação não se sobrepõe a outras condutas, como a de resistência ou a de desobediência [...]. É evidente que as condutas acima não devem ser admitidas, mas daí a estabelecer uma sanção criminal para elas, isto é, a mais grave interferência em um direito, como reconhece a Corte Interamericana, é uma solução não contemplada pelo ordenamento (Min. Edson Fachin).²⁶³

Sem embargo dos respeitáveis argumentos invocados, o posicionamento demonstra que se caminha, ao menos nas Cortes Superiores, em direção oposta aos deveres de verdade e completude, retirando-se, cada vez mais, a autoridade do juiz ou Tribunal, elemento indispensável para implementar, na sua essência, o modelo de cooperação integral, que não prospera, malgrado o apelo retórico da doutrina, apenas com *convites*, *sugestões* e *elogios* ao debate, nem prescinde da prescrição de deveres efetivamente consistentes, marcados eventualmente pela coerção, unindo todos os sujeitos do processo, por meio da definição de condutas e de suas respectivas consequências, tudo a pretexto de que se está a viver numa “sociedade verdadeiramente democrática”, onde o “exercício da tolerância com opiniões negativas é mais do que simples dever da Administração Pública”;

²⁶³ STF - ADPF 496, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22.06.2020.

como se estes não fossem os mesmos valores que também justificam a cooperação e são igualmente caros a tantos países europeus (Alemanha, Áustria, Itália, Portugal, v.g.) e aos Estados Unidos da América, que consagram, enquanto instituto histórico, o *contempt of court* e o perjúrio, repudiando a ofensa, o desacato e o menoscabo ao Poder Judiciário, inclusive quando desobedecida a moção de *discovery*.

Destarte, curioso notar que, ao mesmo tempo em que se negam os deveres de verdade e completude em juízo, que decorrem da comemorada mudança promovida no sistema processual brasileiro em direção ao modelo cooperativo, busca-se, doutro lado, disciplinar e legitimar o exercício de poderes inquisitivos às partes, não mais interessando, para frear algum ímpeto mais abusivo, a arguição referente à falta de controle jurisdicional ou de avanço indevido sobre a autonomia das partes na disposição das alegações e provas.

É o que se viu, mais recentemente, no Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que “*regulamenta o exercício da prerrogativa do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais*”.

Assim dispõe o art. 1º:

[...] compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, “*promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, [...], ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição*” (art. 4º).

Não se põe, em princípio, óbice à atividade do advogado, nivelando-o ao órgão acusatório, que tem poder de requisição (art. 129, CF), mas não se pode pretender que, somente nessa hipótese, não noutra, naquela do processo já instaurado, em que presentes vínculos recíprocos e subjetivos de veracidade entre os sujeitos do processo, livres estariam as partes e seus advogados de obrigações tendentes à revelação dos fatos, na sua inteireza, desde que

relevantes ao julgamento, já que, agora sim, deveria haver absoluto respeito à autonomia das partes, proscrevendo-se a figura do juiz moralista ou contraditor.

O critério que se pretende prestigiar, se o for o da cooperação integral, tem que guardar uniformidade e coerência de tratamento ao longo de todo o processo, não apenas em momentos de maior ou menor conveniência às partes e advogados, não obstante a integral e efetiva aplicabilidade de preceitos constitucionais, sob pena de revelar, inclusive na formulação do pensamento, certo grau de reprovável desconfiança ou prevenção à figura do juiz, cuja atuação no processo é voltada à solução célere e justa do litígio, situação que, acaso verificada, não se coadunaria, nem mesmo, com a presunção de boa-fé.

Parte disso, também, é o sobrepeso circunstancial das Cortes de Justiça às garantias constitucionais, notadamente a do *nemo tenetur edere contra se* (“ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo”), que devem ceder, minimamente, na busca pela solução justa e efetiva do caso concreto, norma atualmente *impressa* no CPC/2015.

Tal postulado, comumente empregado para negar-se aplicação ao princípio da cooperação, segundo a vertente da boa-fé (deveres de verdade e completude), não tem amparo na moral e em nenhuma norma positiva, conforme lição já destacada de Eduardo Grasso:

Não entendo que posso aderir à orientação, prevalente, que suprime do art. 88 o dever da parte de dizer a verdade contra os seus próprios interesses. O aforisma *nemo tenetur edere contra se*, no processo civil, não só não se justifica no plano moral, mas não encontra amparo em nenhuma norma positiva que sirva para mitigar a avaliação negativa de comportamento desleal expressa por aquele texto.²⁶⁴

Exemplo dalguma hipertrofia do princípio da disponibilidade, dentre tantos outros capturados na jurisprudência, é a afirmação de que “*não compete ao advogado fornecer o endereço de seu constituinte*”²⁶⁵.

Embora antigo o julgado, entendemos continua atualíssimo, especialmente em tempos de processo virtual, onde a informação do endereço eletrônico das

²⁶⁴ GRASSO, 1966, p. 600.

²⁶⁵ TFR – 6. T. - Ag 42671, Rel. Min. Jerônimo Ferrante, j. 19.9.1982, p. 29.10.1982, p. 11002.

partes e testemunhas é cada vez mais essencial ao eficiente desenvolvimento do processo.

Assim sendo, a oitiva da parte, para fins de depoimento pessoal, resultaria tumultuada em face à recusa (expressa ou tácita) do advogado em fornecer o *endereço* (eletrônico) nos autos, exigindo do juiz, porque lhe foi ostensivamente negada cooperação, a prática de atos demorados, custosos e nem sempre eficientes, tendentes à sua consecução, como a intimação por oficial de justiça ou correios, não raro após realizar ampla pesquisa do paradeiro em sistemas eletrônicos.

Tal perspectiva, que sem dúvida é ainda professada pelas partes, juízes e Tribunais, bem exprime a distância que existe entre a genérica enunciação do princípio de cooperação, com o que modernamente se espera dos sujeitos do processo, quando não se prescreve, como consequência da conduta omissiva, dolosa e consciente, verdadeiro empecilho à duração razoável do processo, qualquer espécie de sanção ou consequência, sem a qual o modelo de trabalho concebido pelo legislador *simplesmente não funciona*, ressalvado o emprego no plano retórico e interpretativo.

É preciso mencionar, ainda que brevemente, porquanto sinalização do sistema no sentido de realização dos deveres de verdade e completude, o procedimento da produção antecipada da prova, quando haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; ou o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381, CPC).

Reconhece-se, portanto, o direito autônomo das partes, antes mesmo da instauração da demanda, de conhecer fatos e provas, ou simplesmente justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento sem caráter contencioso, embora imprescindível, em qualquer hipótese, a exposição da sua intenção e das razões que justificam a necessidade de antecipação da prova, mencionando, com precisão, os fatos sobre os quais a prova há de recair.

Evita-se, desse modo, a *fishing expedition*, espécie de *pescaria probatória*, que se dá quando a parte “lança as redes” para “pescar” qualquer prova que

eventualmente venha a ser útil em meios e ambientes que não tem relação com fato investigado.

Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, colhe-se o conceito:

Fishing expedition (expediente de pesca) é um termo legal informal usado pela defesa para se referir cinicamente à tentativa da promotoria em realizar buscas mais intrusivas nas instalações, na pessoa, ou nas possessões de um réu quando (na opinião da defesa), não há causa provável suficiente para realizar tal busca. O termo às vezes também é usado em litígios civis quando o advogado de uma parte ordena descoberta extensa, o que pode atrasar a resolução do caso e aumentar o custo de se litigar a questão (talvez suprimir). Também conhecido como uma 'viagem de pesca', usando os tribunais para descobrir informações além do âmbito justo do processo. O questionamento frouxo, vago, sem foco de uma testemunha ou o uso excessivamente amplo do processo de descoberta. A descoberta vasculha em alegações gerais, frouxas e vagas, ou suspeitas, conjecturas ou suposições vagas.²⁶⁶

A expressão é própria do modelo da *commow law*, adotado no direito norte-americano, onde o processo se desenvolve, basicamente, em duas partes, o *pretrial* (pré-julgamento)²⁶⁷ e o *trial* (julgamento)²⁶⁸.

Na primeira fase, a do *pretrial*²⁶⁹, é onde teria espaço a *fishing expedition*, expediente que lançam mão advogados para tentar encontrar informações que não seriam consideradas relevantes ou necessárias para o julgamento tal como formulado.

²⁶⁶ TJSP – HC 0073.182-68.2013.8.26.0000, voto convergente do Des. Amado de Faria, j. 16.07.2013.

²⁶⁷ “No tecido da justiça civil inglesa, a pedra angular é o sistema de procedimento antes do julgamento. A fase de pré-julgamento na condução de processos em ‘cortes’ e ‘tribunais’ é de importância crucial e primordial, particularmente no contexto do sistema adversário inglês. Ela abraça toda a gama de etapas processuais desde o início do processo até a fase do próprio julgamento. Isto é responsável pelo maior número de ações e processos terminando de uma forma ou de outra em composição sem um julgamento, deixando uma fração muito pequena para um julgamento em plenário. Esta é a fase em que a maior rapidez e eficácia no procedimento pode ser alcançada e, inversamente, em que maiores atrasos e obstruções podem ocorrer ou ser ocasionados ou planejados” (JACOB, Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. London: Stevens & Sons, 1987, p. 68).

²⁶⁸ “Esta é a ocasião para o exame judicial e determinação das questões entre as partes por um juiz com ou sem júri. Se o processo não tiver sido resolvido antes sem julgamento, então, após a conclusão de quaisquer que forem os preparativos pré-julgamento, as partes alcançarão o final julgamento” (JACOB, op. cit., p. 148).

²⁶⁹ “Para a justiça, só existe um ‘caso’ para ser julgado após o procedimento *pretrial*, que determina a solidez das provas, os riscos envolvidos, o procedimento adotado e o tamanho da questão, explicado pelo termo *constrict or expand the flow*” (CAMBI; PITTA, p. 428).

Aproveita-se a “antecipação da prova” para fins diversos, não declarados, constituindo comportamento antiético, passível de controle judicial, o requerimento injustificado de provas ou irrelevante para o deslinde da demanda.

Contudo, como assentado pelo Ministro Celso de Mello, o ordenamento jurídico “*repele atividades probatórias que caracterizem verdadeiras e lesivas ‘fishing expeditions’*”, vale dizer, a “*obtenção de prova que se traduzam em ilícitas investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção*”²⁷⁰.

De qualquer forma, prevenido o abuso²⁷¹, tem-se, a partir da nova roupagem dada pelo CPC/2015 à produção antecipada de provas, instrumento realmente vocacionado a conhecer fatos e circunstâncias, a busca pela verdade de que trata a cooperação, ainda que o objetivo possa ser apenas o de tentar a composição.

O modelo cooperativo parece preponderar no procedimento, quando se fala em citação de *interessados* (art. 382, §1º, CPC), mesmo quando presente o caráter contencioso, uma vez que a expressão evoca a comunhão que deve existir entre os sujeitos do processo em torno da obtenção da prova ou informação sobre o fato mencionado.

²⁷⁰ STF - Inquérito 4.831/DF, j. 05.05.2021. No mesmo sentido, Superior Tribunal de Justiça (RHC 66.126/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 10.12.2015 – RHC 72.065/RS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, j. 07.03.2017, p. 17.03.2017 – RHC 96.585/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28.06.2018, p. 01.08.2018) e Supremo Tribunal Federal (HC 106.566/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.12.2014, p. 19.03.2015 – HC 137.828/RS, Rel. Min. Dias Toffoli).

²⁷¹ “Aqui não se pode prescindir da experiência norte-americana, a propósito da já mencionada *abuse discovery*. Trata-se de fenômeno associado pela doutrina a fatores como o surgimento da *class actions* (geradora de *complex litigation*), o surgimento de novos direitos no plano substancial (por exemplo, nas relações de consumo), o avanço da tecnologia e, em certa medida, o caráter empresarial da advocacia norte-americana, a qualificar a *discovery* como ‘agressiva’. Naquele ordenamento costuma-se identificar, genericamente, como exercício abusivo do *discovery* a postulação que causa ‘aborrecimento, embaraço, opressão, ou um excessivo ônus ou gasto’; ou, ainda, com ilegítimo propósito de ‘causar atrasos ou despesas à parte adversa’. É o caso de requerimento de informações inúteis ou excessivas objetivando atormentar a parte adversa (*overuse of discovery* ou *overdiscovery*); do fornecimento de um elevado volume de documentos com intuito de dificultar o exame do requerente (*bulk discovery* ou *hide and seek play*); do requerimento genérico e vago de informações (*fishing expedition*), inclusive com a incompleta delimitação de seu conteúdo; da recusa de fornecimento de informações requeridas, sob o falso pretexto de impossibilidade técnico-processual de colaboração ou pelo simples motivo de impedir o acesso à informação relevante, com a destruição de documentos ou através de outra forma intencional ou culposa de obstrução do uso da prova. A parte ou terceiro que sofre (ou se vê na iminência de sofrer) um *abuse of discovery* pode intentar um *protective order*, buscando que o tribunal determine medidas tendentes a abolir ou minimizar o abuso, havendo a possibilidade que seja obstada a própria *discovery*, sendo recomendável que isso seja feito o quanto antes, para que o pedido tenha maior credibilidade perante o juiz” (YARSHELL, 2009, p. 197).

Tanto há a comunhão que os interessados chamados poderão, por força da reciprocidade, servir-se do mesmo procedimento para requerer a produção de qualquer prova, “*desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora*” (art. 382, § 2º, CPC).

Ademais, porque se trata de direito da parte a revelação sobre fatos e provas, desde que presentes uma das hipóteses do art. 381 do CPC, independentemente do ajuizamento (ou não) de demanda tendente à reparação ou prevenção de lesão à direito, não se admite defesa, nem recurso (art. 384, § 4º, CPC), tampouco o juiz profere sentença de acerto, reconstruindo e dando correção aos fatos sob o prisma do Direito; apenas atesta o encerramento do procedimento, homologando-o.

É a revelação de que, se estamos diante de um direito da parte em obter esclarecimentos e provas, sem a necessidade de demonstração da urgência ou da ocorrência de lesão a direito seu, existe o correlato dever de todos (“interessados”), sem exceção, de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, mais um motivo para acentuar, no procedimento da produção antecipada de provas, o prestígio do modelo cooperativo, que, eventualmente, pode vir a ser recalibrado pelo legislador, intensificando a obrigação de compartilhamento das provas, inclusive cominando sanções *stricto sensu*, tal como o sistema norte-americano.

4 OMISSÃO

Quando se fala em omissão aos deveres decorrentes da cooperação, fala-se, ordinariamente, sob o prisma do juiz ou Tribunal, olvidando-se que as partes, pelo menos no nosso entender, também estão jungidas ao princípio, em maior ou menor intensidade, a depender da *qualidade* de regras que lhes dão adequada formatação.

Ocorre que, como as regras que tocam às partes no modelo de processo cooperativo são ainda poucas ou de baixa eficiência, delas não cuida, em regra, a doutrina²⁷², que as entende bastantes, suficientes aos fins colimados, porquanto lastreadas em experiências havidas em ordenamentos normativos diversos, como se nota a seguir:

Seguir a tendência de legislações estrangeiras, em especial a alemã, na propositura de um sistema coparticipativo/cooperativo é benéfico ao processo porque, centrando-se em deveres do juiz, permite uma participação mais ativa das partes na condução do processo e aumenta as chances de influenciarem de maneira efetiva na formação do convencimento judicial.²⁷³

[...] é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve - antes de qualquer coisa - a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. A colaboração implica revisão das fronteiras concernentes à responsabilidade das partes e do juiz no processo. Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada.²⁷⁴

Prepondera uma espécie de consenso de que as normas que cuidam da cooperação gravitam apenas em torno do juiz ou Tribunal, o único que deve cooperar (ao que parece) neste novo modelo processual, alcunhado de revolucionário, com o que concordamos sob o prisma da novidade, mas um tanto ainda capenga, de “mão-única”, no plano da eficácia e do poder de transformação.

²⁷² Asseverando que não há cooperação direcionada às partes, inclusive que “o ponto é tranquilo na doutrina”, Daniel Mitidiero: “A colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação.” (2012, p. 71-272).

²⁷³ NEVES, 2018. p. 206.

²⁷⁴ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2022, RL 1.2.

4.1 Negativa de esclarecimento

Em relação ao dever de esclarecimento, teríamos duas vertentes, ambas endereçadas novamente apenas ao juiz ou Tribunal. Uma, que lhe impõe aclarar e explicitar às partes o conteúdo de seus pronunciamentos. Outra, que consiste em impor ao juiz ou Tribunal a obrigação de esclarecer dúvidas ou solicitar esclarecimentos às partes para evitar a tomada de decisões com base em percepções equivocadas ou apressadas.

Na primeira, estamos a tratar, mais especificamente, da fundamentação das decisões. A negativa ou déficit de esclarecimento sobre o sentido e alcance das decisões judiciais, que traduz propriamente a falta ou defeito de fundamentação, os quais podem ser sanados ou por meio de recurso tendente à integração da decisão (embargos de declaração) ou por meio de recurso que retire a sua própria validade no âmbito do processo, em razão de infração ao art. 93, IX, da CF.

Contudo, como anteriormente assentado no trabalho, inexistente ou deficiente a fundamentação, não nos parece estar-se-ia diante de verdadeira violação do *dever de esclarecimento*, a que o juiz ou Tribunal, mais modernamente, estaria jungido, por força do art. 6º do CPC.

Trata-se da antiga e conhecida obrigação, prevista no texto constitucional, de fundamentar as decisões judiciais, enquanto conduta que, bem executada, legitima a atuação do Poder Judiciário.

Mesmo na hipótese do 321 do CPC, que impõe ao juiz indicar “*com precisão o que deve ser corrigido ou completado*”, em face da detecção de defeito sanável da petição inicial, exemplo clássico trazido pela doutrina para ilustrar o dever de esclarecimento endereçado ao juiz (ou mesmo do “dever de auxílio”), entendemos que também se está diante, em princípio, da vetusta exigência constitucional de fundamentação.

Para que o despacho de emenda seja válido (e o indeferimento posterior também, caso não corrigido o defeito pela parte), o juiz deve fundamentar adequadamente o motivo da correção, apontando especificamente qual o *erro* e como deve a parte fazer para superá-lo. Não basta o juiz dizer que a parte é ilegítima e que a petição inicial deve ser emendada. Tem que dizer, ainda que sucintamente, o motivo pelo qual a parte não reúne pertinência subjetiva. Ou

seja, fundamentar adequadamente a decisão. Do contrário, ter-se-ia uma mera e lacônica estipulação de prazo ao autor para corrigir defeito que não se sabe ao certo qual é.

Nesse caso, o juiz não está obrigado, além da fundamentação adequada, a indicar quem é que deverá compor os polos da demanda, substituindo-se à atividade da parte, inclusive na compreensão da demanda e do Direito, mas, quando puder fazê-lo, sem prejuízo da sua imparcialidade, como na hipótese de litisconsórcio necessário, erro flagrante na designação da parte ou evidência de afetação de interesse ou direito de outrem, é que se lhe impõe o agir, o dizer, porque presente, agora sim, a cooperação, na vertente esclarecimento, a que está submetido, tal como todos os demais sujeitos do processo.

Assim o fazendo, o juiz atuará não só em cooperação a uma das partes, mas especialmente em favor da integridade do processo, considerada a amplitude do provimento que ali será emitido.

Caso não o faça, porque lhe era possível fazer, sem prejuízo da imparcialidade (e ressalvado também o reexame mais aprofundado da matéria quando da formação do contraditório), parece-nos que a sentença de indeferimento, em face de despacho de emenda *não-cooperativo*, sem designação da parte legítima, poderia ser alvo de reforma, sobre tal fundamento, em recurso de apelação.

No que tange à outra vertente, a que obriga o juízo ou Tribunal a “esclarecer dúvidas ou solicitar esclarecimentos às partes para evitar a tomada de decisões com base em percepções equivocadas ou apressadas”, podemos afirmar que, no processo civil brasileiro foram previstos meios de instar as partes, inclusive em audiência, a esclarecimentos em torno de questões relevantes ao julgamento da causa (art. 139, VIII, CPC, v.g.), sendo esta, realmente, uma das facetas da cooperação no sistema processual.

Porém, como anteriormente afirmamos, não a *melhor faceta*, a *mais eficiente*; pois, ainda que o juiz possa determinar, a qualquer tempo, “o comparecimento pessoal das partes”, “para inquiri-las sobre fatos da causa”, não poderá aplicar-lhes a “pena de confesso”, ainda que a parte, presente em audiência, *aceite* prestar os esclarecimentos.

Assim, tanto por eventual recusa em comparecer, quando pela opção ao silêncio (imotivada inclusive), a cooperação resultaria irremediavelmente

frustrada, nada daí podendo ser extraído como consequência do comportamento *não-cooperativo*, notadamente no campo probatório, apesar da expectativa do sistema processual, aqui evidentemente não realizada, de amplificar o debate em torno da causa.

Isso acontece, tirante visão mais egoística que entende o êxito ou triunfo como única meta a ser alcançada pelas partes, porque ainda não se enxerga, em especial o legislador, a essência da cooperação, que é a *reciprocidade*, os vínculos de solidariedade que unem (ou deveriam unir, no plano ideal) os sujeitos do processo em torno da obtenção da solução justa e efetiva.

Fosse o dever de esclarecimento também voltado às partes, tanto quanto voltado ao juiz ou Tribunal, todos laborando na mesma frequência de diálogo, o processo cooperativo, que se quer alcançar, teria melhores chances de realizar-se no plano concreto, sendo imprescindível, para tanto, a cominação de regras mais consistentes, que assegurem o efetivo compromisso das partes e advogados em esclarecer dúvidas ou prestar esclarecimentos, a fim de que a decisão, como se anunciado pela doutrina, não tome como base “percepções equivocadas ou apressadas”; isto é, afastadas da verdade possível.

Esse despreço à reciprocidade, pondo-se *deveres* exclusivamente sob a perspectiva do juiz ou Tribunal, tem o potencial de fracassar o modelo cooperativo de processo (se já não o fracassou), pois, de antemão, sabendo que não haverá, da conduta renitente, tanto em não atender ao chamado, quanto da negativa ou evasivas em responder a perguntas formuladas, a esperada contribuição das partes ao processo, o juiz ou Tribunal não se sentirá estimulado ou animado a solicitar os esclarecimentos ou solucionar as suas dúvidas, preferindo assumir o risco de proferir julgamento desconforme a realidade dos fatos.

E mais.

A precariedade dos vínculos de solidariedade, por falta de regras que assegurem a reciprocidade de condutas entre os sujeitos do processo, é o que impulsiona parte da doutrina a combater²⁷⁵ visão mais eufórica, quando não

²⁷⁵ De forma jocosa, pondo em evidência o caráter egoístico do processo, a ponto de dizer que compromisso do advogado não é com a justiça, mas o interesse favorável do cliente, Marcelo Pacheco Machado: “Só há processo (em jurisdição contenciosa) porque há crise, conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida e levado à resolução pelo Poder Judiciário. Cada sujeito assume nele uma diferente função e representa um diferente interesse. A inviabilidade do “processo civil do arco-íris” fica clara com uma análise das posições das partes.

romântica, dos que veem no processo cooperativo algo revolucionário, transformador mesmo, o caminho virtuoso à melhor aplicação do Direito, ao invés de mais um mecanismo, como os demais, cuja eficiência, ainda que prospectada, não prescinde do desenvolvimento de regras que efetivamente a chancelem e a estimulem, cominando, porque indispensável, consequências e sanções a comportamentos “não-cooperativos”, contrários, em última análise, ao modelo concebido pelo legislador do CPC/2015.

4.2 Falta de Consulta

Pondo-se o *dever de consulta* em perspectiva, que prescreve ser vedado ao juiz decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que conhecidas *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes instadas a manifestar-se, não há dúvida que se está a tratar, em essência, de violação do princípio do contraditório, segundo a moderna vertente do poder ou capacidade de *influir* na decisão judicial, tanto que o texto consagrou, logo adiante da norma de cooperação (art. 6º, CPC), a proibição das decisões-surpresa (art. 10, CPC).

Se isto ocorrer, teremos a nulidade da decisão, sanção que torna ineficaz o ato processual viciado, ou a consequência da ineficácia do ato viciado, quer se entenda que a nulidade precisa ser decretada pelo juiz, o qual sanciona a violação de algum direito ou garantia fundamental, decorrente, em regra, de algum vício (formal o não), quer se entenda que a nulidade equivaleria à privação de efeitos do ato, consequência não de ilicitude, mas sim de uma imperfeição.

Não nos cabe, neste trabalho, determinar a natureza jurídica da nulidade, mas, apenas, considerar que, se o juiz agir com infração ao dever de auxílio,

É legítimo – faz parte do jogo – que o litigante não regule sua atuação imediata na busca de uma decisão justa ou mesmo de uma Jurisdição célere. Especialmente tratando dos advogados, a lei esclarece que o objetivo direto de sua atuação não é a justiça, mas a ‘postulação de decisão favorável ao seu constituinte’ (Lei 8.906/94, art. 2º, § 2º). Mas então, quando diz o Novo CPC em seu artigo 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, está a recitar uma poesia? Não necessariamente. A cooperação não busca o processo civil dos ursinhos carinhosos. Não. Configura apenas um limite imposto ao exercício dos direitos processuais, especialmente, ao contraditório. Limite que é, no mínimo, tão velho quanto a Constituição Federal de 1988 (e assim já existia, portanto, no recepcionamento do CPC/73), mas que agora desabrocha no CPC/2015 [...]” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris*, 2015).

segundo a vertente moderna do contraditório, a decisão por ele prolatada será atingida pela sanção ou efeito da nulidade.

Mais atrás, em capítulo próprio, cuidamos, com mais detalhes, das hipóteses em que não há, em princípio, obrigatoriedade de contraditório prévio, três delas previstas no texto (a tutela provisória de urgência, a tutela de evidência prevista e a decisão que ordena a expedição do mandado monitório) e outras quatro que decorrem de interpretação sistemática (regime legal das nulidades, substrato fático que orienta o pedido, “*manifesta desnecessidade*” ou quando as partes tinham “*obrigação de prever*”).

Resta-nos saber se, fora destas hipóteses, a decisão proferida em afronta ao princípio do contraditório poderia, de algum modo, ser *salva* ou *preservada*, ou seja, não receber a chancela de nulidade da instância superior, caso interposto recurso de embargos de declaração antes da impugnação endereçada ao juízo *ad quem*, permitindo ao juiz ou Tribunal, *a posteriori*, desincumbir-se do dever de auxílio.

A hipótese, de certo modo, não é incomum, porque as decisões, notadamente as de cunho procedimental, considerando a elevadíssima carga de processos a que submetido o juiz, acabam por ser proferidas, no curso da demanda, sem que uma das partes, ou ambas mesmo, tenham tido oportunidade de municiar previamente o juiz com alegações e provas.

Se o juiz assim o fizer, e a parte, arguindo a violação do contraditório, manejar tempestivamente embargos de declaração, considerar-se-ia superado o vício da decisão-surpresa, que assegura o direito de influir *previamente* à formação do convencimento?

É o que ocorre, por exemplo, quando preliminar de incompetência relativa ou de ilegitimidade de parte é acolhida pelo juiz antes mesmo ou sem que seja facultado ao autor o oferecimento de *réplica*.

Pensamos que sim, apesar do contraditório ter-se realizado *a posteriori*, desde que, nos embargos de declaração, a parte tenha efetivamente veiculado as alegações e provas que acreditava devesse ter aportado, não só a invocação pura e simples de ofensa ao contraditório, como lhe era também facultado, sendo tais argumentos, na decisão *posterior* integrativa, todos considerados pelo magistrado, ainda que isso implique, em razão do vício da omissão, modificação do sentido do seu convencimento.

Se os embargos de declaração, porém, fundam-se exclusivamente em violação ao art. 10 do CPC, a solução será inexoravelmente a invalidação da decisão, pelo próprio juiz, restabelecendo-se o contraditório, porque, presente situação de gravame, consistente na afetação de interesse contrariamente à sua pretensão, presumido seria o prejuízo, especialmente em face de violação que resvala em desobediência ao devido processo legal.

Só assim o escopo da norma, que é realmente o de influir no convencimento do juiz, não o de efetivamente determiná-lo, teria sido alcançado, apesar de inversão episódica do momento de exercício do contraditório, ao invés de prévio, consecutivo.

4.3 Ausência de prevenção

O dever de prevenção, segundo a doutrina, consiste num agir do juiz ou Tribunal “sempre que situação em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”.

Uma espécie de *primazia da sentença de mérito*, já que o juiz ou Tribunal, na direção do processo, deve agir para prevenir pedidos pouco claros, alertando as partes à exposição incompleta dos fatos relevantes e à necessidade de adequar pedido formulado à situação correta, tudo com vistas à solução de mérito justa e efetiva.

Não obstante, como examinamos anteriormente, os exemplos dados pela doutrina para explicitar o dever de prevenção, mais uma vez dirigido unicamente ao juiz ou Tribunal, significam coisa bastante diversa; na verdade, são providências relacionadas com o aproveitamento dos atos processuais, como o é a hipótese de correção de incapacidade ou irregularidade da representação processual (art. 76, CPC), ao invés de propriamente a realização da cooperação, sob o enfoque da prevenção.

Afinal, ao fazê-lo, ordenando a correção da representação processual, o juiz ou Tribunal supre pressuposto processual e promove o saneamento de outros vícios processuais (art. 139, IX, CPC). Vale dizer, simplesmente desenvolve atividade regular, enquanto *administrador* do processo, no sentido de expurgar dele defeitos sanáveis, porquanto garante primeiro, enquanto órgão do Estado, da incolumidade do devido processo legal.

A questão, porém, é saber qual a consequência da omissão do juiz ou Tribunal, caso não execute a tarefa de expungir do processo vícios sanáveis e de conduzi-lo, sempre que possível, à solução de mérito.

É a mesma, porque não vemos especial relevo do dever de “prevenção” sob o enfoque da cooperação, do desatendimento de postulados que, de forma geral, orientam no sentido do aproveitamento dos atos processuais, isto é, a correção ou emenda, a depuração do defeito, sempre que possível, desde que inexista comprometimento ao devido processo legal.

Ou seja, simples *error in procedendo*, que enseja reforma, por meio de recurso adequado. Caberá à instância superior, afastando a decisão que não prestigiou o suprimento tempestivo do defeito, permitir ao recorrente a emenda ou correção e, caso assim o feito, ordenar a continuidade da demanda, em direção à sentença de mérito.

Nenhuma novidade, em essência; o que somente reforça o grande esforço da doutrina em apontar, no ordenamento processual, deveres decorrentes de modelo cooperativo que são mais próprios doutros sistemas, onde há efetivo conjunto de regras postas mais consistentes e que lhe dão maior operatividade, com o propósito de dar corpo e robustez a princípio que, entre nós, ainda carece de ulterior regulação normativa.

4.4 Recusa de auxílio

Encerrando a análise sob o aspecto da omissão e suas consequências, temos o dever de *auxiliar*, segundo o qual o juiz ou Tribunal teria a incumbência de coadjuvar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou deveres processuais. Ou seja, cabe ao órgão jurisdicional, sempre que possível, remover obstáculos.

Ocorre que, inclusive os mais entusiastas do modelo cooperativo, como tivermos oportunidade de examinar, não advogam a existência do dever de auxílio (ou direito geral de auxílio) no direito processual brasileiro, porque constitui incumbência do representante judicial, unido por vínculo de confiança com a constituinte, conduzir a pretensão em juízo, empregando a melhor técnica na

proteção dos seus interesses, sendo vedado ao juiz ou Tribunal intrometer-se na relação privada.

Logo, proscrito, em princípio, qualquer atuação do juiz ou Tribunal, no sentido de orientar ou prestar auxílio às partes, em ampliação à eficiente atuação do advogado, conduta que, a depender da intensidade, resvala inclusive na imparcialidade, tanto que, levada ao extremo, haverá suspeição se o julgador aconselhar qualquer das partes acerca do objeto da causa (art. 145, II, CPC).

O juiz, em verdade, não tem interesse na causa e, ao coadjuvar uma das partes, para superação de dificuldades, que pode ser de índole processual ou material, inexistindo hipótese que justifique o desnível de tratamento no plano da igualdade, poderá incorrer em parcialidade, violação grave ao devido processo legal.

Destarte, dos exemplos que tratamos na ocasião em que examinamos o *dever de auxílio*, os que mereciam destaque, porque realmente havia algum contorno de cooperação, eram a calendarização do procedimento, acordo processual, saneamento compartilhado e a chamada perícia consensual (arts. 190; 191; 357, §§ 2º e 3º; e 471, CPC).

No que tange à estipulação de calendário para a prática de atos processuais, que deve ser produto de consenso entre todos os sujeitos do processo, inclusive do juiz ou Tribunal, a norma processual, ao prescrever o caráter obrigatório e vinculado da avença (art. 191, CPC), resolve, em grande parte, a problemática das consequências do desatendimento sob o enfoque das partes, ao dispor que é dispensável a intimação.

Isto é, caso a parte não observe, no tempo e modo acordado, a prática do ato que lhe cabia, e para o qual não se fazia necessário a sua intimação, arcará com os ônus da sua omissão, seja a simples perda de oportunidade para lograr situação favorável, seja a compreensão desfavorável que do não-exercício da faculdade resulta.

O mesmo em relação ao juiz ou Tribunal.

Embora sua atuação, o proferimento de decisões *lato sensu*, não esteja sujeita a prazos terminativos, o juiz validamente obrigou-se à prática do ato no tempo e modo acordados. Logo, se não houver razão bastante, devidamente justificada, para o desatendimento dos prazos, sem a correlata prática do ato para

o qual se obrigou, entendemos que o juiz ou Tribunal poderá incorrer em infração disciplinar²⁷⁶.

Mais evidente seria a repercussão sob o ponto de vista disciplinar se, sem justo motivo, a audiência, devidamente calendarizada, não se realizar, por ausência do juiz, já que havia, nas partes e advogados, confiança objetiva na sua realização.

Em relação ao acordo processual (art. 357, § 2º - delimitação consensual das questões de fato e de direito sob o ponto de vista da atividade probatória e/ou do julgamento), a norma também diz que, caso homologado, “vincula as partes e juiz”.

Assim, caso o juiz do acordo se afaste, permitindo provas que o extravasem ou proferindo julgamento fora dos limites de fato e de direito *homologados*, caberá à parte obter a correção, em recurso adequado, pois se, ao demandar (petição inicial e contestação), fixam-se os limites da função decisória do juiz, podem, da mesa forma, circunscrevendo mais ou menos o objeto do julgamento, dispor sobre o escopo da atividade probatória e os meios de prova admitidos, sendo a ampliação, de um ou de outro, entendido como violação ao princípio da adstrição ou congruência (art. 492, CPC).

No saneamento compartilhado, a providência inicial, toda ela, fica nas mãos do juiz, pois, embora se empregue a expressão “deverá”, a designação da audiência é sua exclusiva incumbência, juízo de conveniência e oportunidade, desde que conclua acerca da complexidade da matéria de fato ou de direito e utilidade ou proveito no chamamento das partes para “integrar ou esclarecer suas alegações”.

Dois problemas, porém, descartado aquele da parte final que alude a “esclarecer suas alegações”, visto que não há, como afirmamos, consequência alguma na recusa ou renitência das partes em esclarecer alegações ou sanar dúvidas (art. 139, VIII, CPC).

Um deles, e principal, é que o juiz “convidará as partes”, nada acontecendo, mais uma vez, se uma das partes ou ambas não “aceitarem o convite”, simplesmente optando não comparecer à audiência designada. Dito de

²⁷⁶ Art. 35, II, LC 35/79 - Art. 35 - São deveres do magistrado: II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar.

outra forma, resolvem as partes não-colaborar, sequer emprestando a sua presença no ato, hipótese que somente reforça a absoluta falta de vínculos consistentes de reciprocidade, que são a marca do modelo de processo cooperativo.

E é evidente que, assim sendo, todo o sistema de saneamento compartilhado engendrado pelo legislador ordinário perde eficiência, catapultado pelo desinteresse do juiz na designação. Tudo isso, vale pontuar, sem falar da realidade do foro que demonstra a usual falta de preparo antecedente das partes e advogados à audiência preliminar para debater, na intensidade e profundidade devida, a matéria de fato e de direito posta em julgamento.

O segundo problema, segundo entendemos, é deixar apenas ao escrutínio do juiz a conveniência da audiência de saneamento compartilhado. Se o processo é cooperativo, as partes também devem ter condições de lograr a audiência, mecanismo que potencializa a melhor solução do litígio, caso exista consenso na designação. Ou, pelo menos, se é vontade de apenas uma das partes, que se lhe permita deduzir, na petição inicial ou contestação, as alegações que justifiquem a designação.

Como se vê, ambos os problemas repousam num excesso de permissão, seja às partes que simplesmente podem não “aceitar o convite”, seja ao juiz que pode concluir pela inconveniência da designação da audiência de saneamento compartilhado.

O equívoco do caráter permissivo das disposições normativas que dão concreção ao modelo cooperativo de processo foi objeto de comentário de Miguel Teixeira de Sousa, ao tratar do art. 590, n. 3 e 4 do Código de Processo Civil de Portugal:

Se há um dever de cooperação recíproco entre o tribunal e as partes, não pode ser interpretado como uma mera permissão algo que seja instrumental desse mesmo dever de cooperação. Os instrumentos através dos quais se exerce o dever de cooperação não podem deixar de ser tão obrigatórios como o próprio dever de cooperação, dado que, de outro modo, este dever permaneceria inoperante. O dever de cooperação existiria, mas seria totalmente ineficaz se, cada vez que o tribunal se confrontasse como uma das suas concretizações, esse mesmo órgão pudesse ponderar o exercício do respectivo poder e concluir pelo não exercício do mesmo.²⁷⁷

²⁷⁷ SOUSA, 2015.

Portanto, tanto o *convidará* as partes, quanto o juiz *deverá*, caso entendidos como simples permissão, prestigiando-se o caráter dispositivo do processo, tornará inoperante a cooperação, um mero adereço à argumentação em prol de um *standard* factualmente não realizável.

De qualquer modo, caso se omitam, juiz ou partes, na designação, presença ou participação da audiência de saneamento compartilhado, nada de relevante para o processo acontecerá, a não ser a perda ou ineficiência de uma estratégia concebida pelo legislador para melhorar a prestação jurisdicional.

No tocante à perícia consensual (art. 471, CPC), repisamos a posição anterior, no sentido de que é imprescindível também ao juiz aquiescer à indicação do perito, não sendo automática a convergência das partes, caso se entenda que, realmente, estamos diante de modelo de processo cooperativo, que exige interação entre todos os sujeitos do processo, especialmente porque o perito, quanto à matéria técnica, é a própria extensão do juiz na avaliação de fatos que, tal como avaliados, importam sensivelmente ao julgamento, ato que lhe é privativo.

A confiança que ambas as partes reúnem no perito deve existir também, e com mais razão, sob a perspectiva do juiz, porque o auxiliar é dele assistente (art. 156, CPC), sendo-lhe imposto, na mesma medida que o magistrado, deveres de imparcialidade e equidistância, cuja violação igualmente o conduz à situação de impedimento ou suspeição (art. 148, CPC).

Imaginar que a escolha consensual da parte sobre o perito seria suficiente à nomeação, pouco importando ou contrariamente à *opinião* do juiz, em análise que não se limitaria a questão puramente curricular, mas inclusive sobre o enfoque da convicção íntima, porque é de confiança que se está a falar, poderia levá-lo a não considerar o laudo, mal valorar a conclusão do perito, depreciar o aporte técnico trazido ou determinar outra perícia, sob o argumento dalguma omissão ou inexatidão.

Portanto, analisando a questão sob o ponto de vista da omissão ou consequência, entendemos que o juiz pode, sem que isso implique nomeação automática, recusar a indicação consensual de perito.

A escolha do perito, para vincular o juiz, deve contar com a sua aquiescência, homologando-a.

5 EXCESSO DE COOPERAÇÃO

Há pouco cuidamos, ainda que exemplificativamente, da omissão da cooperação e de suas consequências, mormente sob o prisma do juiz, para quem apontam, segundo doutrina majoritária, os deveres de auxílio, prevenção, esclarecimento e consulta.

Conduta negativa, a recusa ou negação de efetivação da cooperação, enquanto modelo de processo concebido pelo Código de Processo Civil.

Todavia, nos parece interessante mencionar a hipótese oposta, a do uso excessivo ou imoderado da cooperação, o abuso propriamente dito no cumprimento de tais deveres, o que denominamos excesso de cooperação, que pode ser lido tanto sob o enfoque do juiz, quanto das partes.

Começando pelas partes, a ideia realmente se afigura inverossímil, tamanha a resistência em se conceber deveres que lhes são próprios, a pretexto da realização do princípio dispositivo.

Afinal, se praticamente não existe nenhuma regra impondo a obrigação das partes de cooperar entre si ou com o juiz ou Tribunal, a ponto de se dizer que o compromisso delas não é com a realização da justiça²⁷⁸, curioso imaginar num cenário onde as partes e seus advogados possam exceder-se, ir além, no ato de colaborar, apoiar ou concorrer o juiz na direção do processo.

Certamente, dado o descrédito que muitos põem no processo cooperativo, o advogado que assim o fizer certamente será alvo de censura ou desaprovação por conduta que, longe de pôr em risco a sua honorabilidade e competitividade no meio profissional, põe em evidência a boa-fé e o compromisso, que não é só do juiz ou Tribunal, com a realização da justiça, porquanto são todos membros de comunidade de trabalho concebida à melhor aplicação do direito, segundo a verdade possível, em prazo razoável.

Portanto, a parte que, ao invés de omitir-se, atua, ainda que excessivamente, sob o plano da cooperação, dialogando, prestando esclarecimentos, compartilhando provas, coadjuvando o juiz na superação de dificuldades,

²⁷⁸ “[...] Por outro lado, o dever do advogado é a defesa do seu constituinte. A rigor, não tem ele compromisso com a realização da justiça. Ele deverá empregar toda a técnica para que as postulações do seu cliente sejam aceitas pelo julgador. Essa é a baliza que deve conduzir o seu agir cooperativo.” (DONIZETTI, 2016, p. 42-43)

expondo o fato de forma completa e de acordo com a verdade, estará agindo conforme a boa-fé e o melhor sentido do Direito, a par das críticas que eventualmente lhe possam ser dirigidas pelos que ainda creem no processo como um meio de obter-se a vitória dos mais fortes sobre os mais fracos ou dos mais *astutos* sobre os mais *tolos*.

Em relação ao juiz, a questão assume relevo especial, porque, ainda que se queira cada vez mais participativo, cooperando efetivamente com as partes, no plano horizontal, até a solução do litígio, instante em que finalmente revela a posição imperativa do julgamento, deve manter, durante todo o processo, conduta equidistante das partes, a de terceiro imparcial e desinteressado do litígio, valor fundamental do devido processo legal.

Assim, se de um lado há o estímulo, a obrigação à cooperação, o juiz ou Tribunal não deve transpor limites que revelem, no seu atuar, tratamento privilegiado de uma parte em detrimento da outra.

Evidente que razões existem para que o juiz dê tratamento diferenciado a uma das partes, (art. 139, I, CPC), tal como ocorre quando concede a gratuidade da justiça (art. 98, CPC) ou inverte o ônus da prova (art. 373, § 1º, CPC).

Porém, se o *especial* tratamento ocorre quando inexiste situação empírica ou jurídica que o justifique, evidenciando, no seu proceder, tendência ou antecipação do seu julgamento, pode-se estar diante do grave vício da suspeição, que o inabilite ao processo.

Mas não é esse, especificamente, o enfoque que imaginamos ao falar do excesso de cooperação sob o prisma do juiz, embora com ele possa ter alguma relação.

Com efeito, o atuar do juiz, quando age no sentido de cooperar, pode até ser excessivo, desmesurado ou potencializado, muito além do recomendável, seja ao amplificar o diálogo na causa, solicitar esclarecimentos ou solver dúvidas pertinentes ao julgamento, seja concorrendo ou auxiliando as partes na remoção de dificuldades e obstáculos que lhes impeça de realizar na plenitude suas faculdades processuais.

Este agir pode revelar mais cuidado, mais prudência, algum apego mais elevado à forma, modo especial de compreender a questão posta em julgamento, enfim, qualidades ou até mesmo defeitos, a depender de quem os avalia, que traduzem o modo de ser, a qualidade, habilidade ou característica do magistrado,

não propriamente infração, em razão do uso exacerbado do mecanismo da cooperação.

E não será, por este modo de agir mais intenso ou alongado no plano da cooperação, sujeito parcial, mesmo que a colaboração se traduza, na prática, em diminuição das chances ou oportunidades de ganho da demanda pela parte contrária.

Contudo, o juiz deverá fazê-lo, ainda que com excesso, sempre em atenção e benefício da comunidade de trabalho, aportando aos autos provas ou alegações que, de algum modo, servem e serão compartilhados tanto por ele quanto pelas partes no sentido da obtenção da solução justa e efetiva.

Caso o faça distante destes dois propósitos, diga-se, aportando provas e alegações que sabidamente beneficiem apenas uma das partes, não o processo como um todo, a ponto de intencionalmente descolar o julgamento da solução justa e efetiva, ter-se-ia, aí sim, a ocorrência de infração que, tal como a violação de tratamento substancialmente igualitário às partes, poderia conduzi-lo à situação de inabilitação por quebra a imparcialidade, já que não mais se comporta, ao manusear os deveres-poderes que impulsionam a cooperação, como sujeito desinteressado.

Veja-se que a situação é oposta ao tratamento privilegiado, em afronta à igualdade, porque a atuação viciada do juiz se dá a pretexto e sob justificativa de *maior cooperação*, não para suprir algum desnível substancial porventura existente entre as partes no processo.

Imaginemos o juiz que, abusando do poder de complementação ou correção, aponte inexistentes insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de fato alegada, sugerindo à parte determinada conduta processual, com a intenção dissimulada de julgar num determinado sentido, aquele que, a seu juízo e antecipadamente, constitui a solução justa e efetiva, mas que não prescinde, para a seu adequado encontro, do oferecimento de alegações e provas pela parte adversa.

Note-se que não havia incompletude, nem inconsistências, mas o juiz, mesmo assim, excedendo no uso dos deveres-poderes de cooperação, passa a orientar, sugerir ou exigir a exposição do fato e do direito, indicando pessoas ou meios de prova, para que, ao final, logre sucesso a situação realmente alinhada com aquilo que o juiz imagine tratar-se da solução justa e efetiva. Sua atuação

não é psicologicamente voltada ao êxito desta ou daquela parte, mas à solução que imagina ideal ao cenário posto.

O que se tem, caso isso ocorra, é um simulacro de processo, porquanto a cooperação foi empregada com o propósito de direcionar o sentido do julgamento a determinado resultado.

O juiz que alerta a parte como elaborar o pedido, quando elaborar o pedido e quais são os meios de prova úteis a serem produzidos não está cooperando, mas, em verdade, conduzindo o processo para o resultado que antevê se e quando as etapas alinhavadas forem atingidas. E ele pode fazer isso subjetivamente desvinculado das partes, com elas não tendo nenhum vínculo ou interesse, porque seu alvo é o resultado idealizado, ainda que a pretensão formulada coincida com ele nalgum ponto de julgamento.

Para dar mais concretude à ideia, pensamos na hipótese em que o juiz, ao receber ação popular para tutela do meio ambiente, passe a sugerir ao autor emenda da petição inicial para incluir, no pedido de invalidação, outros atos normativos infralegais que, mesmo não tendo conexão com a matéria de fato ou de direito, também seriam, a seu juízo, lesivos à fauna ou vegetação, mormente porque a floresta ou animais, que visa salvaguardar, situam-se próximo de sua residência, de alguém de sua família ou conhecido seu. Não bastasse, indica, ao Ministério Público, que atua na demanda, os meios de prova que corroboram a tese de invalidade dos atos normativos. Ou seja, o juiz, consciente e estrategicamente, a pretexto de cooperar com as partes, foi quem introduziu, nos autos, a pretensão de invalidação, inclusive tornando-a viável mediante eficaz atividade probatória, pois acreditava que, realmente, aquele fosse o julgamento que, desde o início imaginado, representaria a solução justa e efetiva, considerada a dimensão do bem ou interesse protegido. Não importava ao juiz o desempenho do autor popular, com o qual nunca manteve relação, mas, apenas, o resultado, que excessivamente cooperando, tornou-se o verdadeiro artífice.

Pensemos num juiz que tem pontuação elevada na carteira de CNH e que, na sua vara, é distribuída demanda coletiva questionando a validade dos critérios de aferição de velocidade em rodovias para fins de imposição de multa. Bem estudado, porque teve que elaborar diversos recursos administrativos, reúne especial conhecimento sobre a matéria, que aporta, integralmente, em favor da pretensão deduzida, trazendo, *ex officio*, dados, atos normativos, pareceres,

estatísticas, que balizam a fase probatória e, logicamente, corroboram a tese, que conscientemente ajudou a construir e já sabia vitoriosa. Aqui, novamente, não há interesse em favorecer o autor, mas em obter-se determinado resultado, que pode ou não coincidir com as expectativas das partes em torno delas.

Evidente que a cooperação deve ser prestigiada e estimulada. Portanto, todo movimento nesse sentido é louvável, digno de elogios, não podendo ser visto como nocivo ou contraproducente. O que se pretende, ao cuidar do *excesso de cooperação*, sob a perspectiva do juiz, é acentuar que, em hipóteses extremas (que os exemplos acima podem não ter tido a felicidade de bem retratar), por detrás dum uso excessivo dos deveres de prevenção, auxílio, consulta ou esclarecimento, pode se estar diante de sutil violação da imparcialidade, que não condiz, propriamente, com uma sintomática quebra do dever de tratamento isonômico (art. 145, IV, CPC), ambos a revelar, em igual intensidade, hipótese de suspeição, que exigem o afastamento do juiz, sem prejuízo da responsabilidade por danos causados²⁷⁹.

²⁷⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

6 COOPERAÇÃO SEGUNDO OS TRIBUNAIS

Avançamos, em pouco mais de meia década, no modelo de processo cooperativo.

Cedo ainda para avaliar quais os resultados obtidos sob a ótica dos Tribunais.

Porém, é possível intuir, desde logo, alguma tendência, se de êxito ou de fracasso, na consideração e aplicabilidade do princípio da cooperação pelas Cortes de Justiça.

Aqui reside a importância, como antessala à conclusão do trabalho, de um breve apanhado das decisões dos Tribunais.

A primeira observação, ao colher os julgados, é a de que o tema da cooperação entrou realmente na *agenda* dos Tribunais, sendo os juízes efetivamente chamados a tratar da questão. Quando não o fazem, são instados em embargos de declaração para que se pronunciem especificamente sobre a cooperação²⁸⁰.

Com efeito, numa brevíssima imersão, janela de um mês, em julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, colhemos a invocação da cooperação para sancionar a falta de indicação de bens à penhora²⁸¹, obrigar a parte adversa à entrega documentos para viabilizar elaboração de cálculos indispensáveis ao início da fase de cumprimento de sentença²⁸², considerar prematura a extinção de processo sem especificação pelo juiz do defeito cuja correção daria ensejo à

²⁸⁰ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Presença de omissão - Ocorrência Ausência de apreciação da questão relativa à aplicação do art. 6º, do CPC - Impossibilidade de aplicação da cooperação prevista, porquanto a parte deixou de cumprir ônus que era seu, mesmo após dilação do prazo. Embargos acolhidos, sem alteração do resultado” (TJSP – ED n. 1000533-92.2016.8.26.0288/50000, Rel. Des. João Batista Vilhena, j. 28.01.2021).

²⁸¹ “Execução de título extrajudicial - Decisão que determinou que a devedora indique bens à penhora, sob pena de imposição de multa por ato atentatório à justiça, com fundamento no art. 774, V, do CPC/2015 - Possibilidade de imposição de multa por descumprimento, tratando-se, no presente caso, de advertência prévia - Boa-fé objetiva e dever de cooperação do executado - Alegação de que a intimação deve ocorrer de forma pessoal - Advogado constituído nos autos, devidamente intimado - Ausência de prejuízo processual Desnecessidade de intimação na pessoa do devedor - Conhecimento inequívoco do decisum - Precedentes Doutrina Recurso desprovido” (TJSP - AI 2292918-10.2020.8.26.0000, Rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira, j. 28.05.2021).

²⁸² “AGRAVO DE INSTRUMENTO. Pedido de fornecimento das fichas financeiras para possibilitar a realização dos cálculos de liquidação, necessários para iniciar o cumprimento da obrigação de pagar. Possibilidade. Dever de cooperação das partes. Pedido administrativo não respondido pela exequente há mais de um ano. Decisão reformada. Recurso provido” (TJSP – AI 2206082-34.2020.8.26.0000, Rel. Des. Heloisa Martins Mimesi, j. 28.05.2021).

admissão e continuidade da demanda²⁸³, considerar descabida recusa imotivada da parte à realização de audiência virtual²⁸⁴, sancionar a parte por embargos de declaração protelatórios²⁸⁵, conceder gratuidade não examinada pelo juiz que ignorou pedido de dilação de prazo para juntada de documentos comprobatórios do *estado de necessidade*²⁸⁶, reputar indevido despacho de emenda para correção da defeito que poderia ser sido retificado de ofício pelo juiz²⁸⁷, afastar

²⁸³ “APELAÇÃO CÍVEL Impugnação ao cumprimento de sentença Processo extinto sem julgamento do mérito por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo Descabimento Requerente que juntou documentação suficiente para comprovar a existência de valor remanescente devido pela Fazenda Estadual - Juízo recorrido que não especificou os documentos que entendia necessários para o desenvolvimento da causa e nem oportunizou à Municipalidade de Piqueroi a possibilidade de correção do vício Violação à regra prevista no artigo 321 do Código de Processo Civil Necessidade de observância do princípio da primazia da solução de mérito e da cooperação entre os sujeitos do processo Recurso provido para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito em primeiro grau” (TJSP – AP nº 0031066-72.2019.8.26.0053, Rel. Des. Maria Laura Tavares, j. 28.05.2021).

²⁸⁴ “RECURSO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO TELEPRESENCIAL – OPOSIÇÃO POR UMA DAS PARTES – DESCABIMENTO – Nos termos da Resolução n. 354/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as audiências podem ser realizadas de forma telepresencial, em ambiente externo físico à unidade judiciária, sempre que houver indisponibilidade temporária do foro, calamidade pública ou força maior. A oposição à realização de audiência telepresencial pode ser afastada pelo Juízo, de forma fundamentada, quando não houver motivos que justifiquem o seu indeferimento com o aguardo de audiência presencial. No caso, o processo tramita há quase uma década, não se justificando a oposição imposta pela requerida quanto ao pedido de designação de audiência telepresencial (violação do princípio da cooperação). Decisão agravada reformada para determinar a realização das audiências telepresenciais, em homenagem ao princípio da celeridade processual. Recurso de agravo de instrumento provido para determinar a realização de audiências telepresenciais, obedecidos os ditames legais” (TJSP – AI 2025650-83.2021.8.26.0000, Rel. Des. Marcondes D’Angelo, j. 27.05.2021).

²⁸⁵ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa, prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC - Admissibilidade - Realmente, tanto nas razões de embargos declaratórios, quanto nas razões deste agravo de instrumento, o recorrente não teceu nenhuma argumentação acerca da motivação do decisum atacado, isto é, no tocante à prevalência da norma específica do art. 429, II, do CPC sobre os artigos 95 e 373 do mesmo diploma processual - Evidencia-se presente o intuito manifestamente protelatório dos embargos declaratórios, sem observância do dever de cooperação - Recurso desprovido” (TJSP - AI 2065795-84.2021.8.26.0000, Rel. Des. Mendes Ferreira, j. 25.01.2021).

²⁸⁶ “AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS - Cancelamento da distribuição da ação (CPC, art. 290) - Determinação de juntada de documentação comprobatória da hipossuficiência econômica, no prazo suplementar improrrogável de 5 (cinco) dias, que não foi cumprida pela autora - Hipótese, contudo, em que antes da publicação da referida decisão, a autora solicitou uma dilação mais extensa do prazo - Circunstâncias que, aliadas à cooperação que deve nortear a atuação dos sujeitos do processo, possibilitam o exame dos pressupostos para concessão da gratuidade de justiça (CPC, art. 6º) - Elementos coligidos aos autos que corroboram a hipossuficiência alegada pela autora, o que autoriza a concessão da benesse pretendida - Sentença anulada para que o feito prossiga em seus regulares termos - RECURSO PROVIDO” (TJSP – AP 1012412-72.2020.8.26.0477, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. 19.05.2021).

²⁸⁷ “RECURSO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – BEM MOVEL - VEÍCULO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL PARA ATRIBUIR À CAUSA O VALOR DO CONTRATO –

juízo antecipado porque imprescindível dilação probatória²⁸⁸, arguição tardia de nulidade processual²⁸⁹, expedição de ofícios a plataformas de pagamento para encontro de bens penhoráveis²⁹⁰, requisição de informações pelo

DESCABIMENTO - VALOR DA CAUSA QUE DEVE CORRESPONDER AO VALOR DO SALDO EM ABERTO. Insurgência contra decisão que determinou a emenda da petição inicial pela requerente (agravante), para atribuir à causa o valor do contrato, sob pena de indeferimento. Recurso recebido pela mitigação da regra de taxatividade das hipóteses previstas no artigo 1.015 do CPC, conforme entendimento firmado pelo C. STJ (Recurso Repetitivo – Resp. 1.704.520). Nas ações de busca e apreensão fundadas no Decreto-lei 911/69, o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico objetivado pelo credor fiduciário, ou seja, o valor da dívida pendente e não o valor integral do contrato. Valor atribuído à causa que pode ser alterado de ofício (art. 293, § 3º, do CPC). Determinação de emenda da inicial que se mostra desnecessária e colide com os princípios da cooperação e da celeridade processual. Decisão reformada. Recurso de agravo de instrumento provido para afastar a determinação de emenda da petição inicial e manter o valor atribuído à causa, que corresponde ao valor do débito pendente” (TJSP – AI 2103478-58.2021.8.26.0000, Rel. Des. Marcodes D’Angelo, j. 19.05.2021).

²⁸⁸ “APELAÇÃO CÍVEL. Usucapião especial urbana coletiva. Sentença de improcedência, sob fundamento de que os autores não comprovaram fato constitutivo de seu direito (Art. 373, I, CPC), pois a pretendida prova testemunhal é frágil e não se presta a atestar o ânimo de donos. Inconformismo. Cabimento. Cerceamento de defesa configurado. Pedido expresso de produção de prova testemunhal para comprovar a posse qualificada. Impossibilidade de julgamento antecipado da lide. Falta de subsunção do caso ao inciso I, do Art. 355, do CPC. Tempo de posse e natureza qualificada que é questão fática e enseja dilação probatória, em especial porque recorrentemente comprovada mediante prova testemunhal. Desnecessidade de indício de prova escrita. Malferição aos princípios de primazia da decisão de mérito justa e efetiva, inafastabilidade de jurisdição e de cooperação entre os sujeitos do processo. Exegese dos art. 3º, 4º e 6º do CPC. Anulação da sentença, com determinação de retorno dos autos para dilação probatória que se impõe. RECURSO PROVIDO” (TJSP - Apelação Cível nº 1003569-12.2015.8.26.0084, Rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 18.05.2021).

²⁸⁹ “No caso em julgamento, já era possível a arguição de nulidade em razão da não observância do requerimento expresso formulado nos autos da ação de execução extrajudicial no sentido de que houvesse a publicação conjunta dos patronos da embargante, o que só ocorreu neste recurso, ressaltando que, naquela demanda executiva, diversos atos processuais foram produzidos em desalinho aos termos do que foi requerido, mas a parte manteve-se silente até o presente momento, violando, assim, os princípios da boa-fé objetiva, cooperação, celeridade e economia processual” (TJSP – ED 2052845-43.2021.8.26.0000/50000, Rel. Des. Adilson de Araujo, j. 18.05.2021).

²⁹⁰ “AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS – EXEQUENTE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E ASSISTIDO POR ADVOGADO CONVENIADO COM A DEFENSORIA PÚBLICA – NÃO COMPROVAÇÃO DAS DESPESAS NECESSÁRIAS PARA O CUMPRIMENTO DO ATO – Princípio da cooperação – Possibilidade de encaminhamento dos ofícios sem custos pelo próprio advogado da parte – Art. 6º CPC – Decisão mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO” (TJSP – AI 2035353-38.2021.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Coelho, j. 14.05.2021)

sistema INFOJUD²⁹¹ e invalidação da sentença com estímulo ao exercício de poderes instrutórios pelo magistrado²⁹².

Disso decorre, apesar da brevidade do recorte, que o ceticismo em torno do princípio da cooperação, conforme apregoado por parte da doutrina, não se faz prevalente.

Pelo contrário, o princípio da cooperação, ao menos enquanto orientação ou sentido de interpretação, tem-se feito presente, cada vez mais habitualmente, como fundamento das decisões judiciais, o que demonstra, ao invés duma descrença na aptidão do modelo cooperativo para produzir resultados consistentes, na compreensão de que se trata de importante mecanismo que, recentemente incorporado ao Código de Processo Civil, pode contribuir à melhor aplicação do Direito.

É a confiança, de certo modo, na mudança da realidade do processo, que impulsiona as Cortes de Justiça a, cada vez mais, apoiar suas decisões na cooperação.

A crença - do contrário o tema passaria a largo dos juízes - de que a cooperação pode gerar bons resultados ao processo, embora não se tenha visto, neste breve apanhado de julgados, debate nos Tribunais em torno dos grandes temas, como o saneamento compartilhado, acordo processual, perícia consensual e calendarização.

²⁹¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL IPTU Exercícios de 2011 a 2013 - Insurgência da Municipalidade contra o indeferimento do pedido de pesquisa, via sistema INFOJUD, para localização do endereço e dos bens da executada - Acolhimento Pleito que deve ser atendido em prol dos princípios da economia processual, da celeridade, da efetividade do processo e da cooperação Diligência que só pode ser alcançada por meio de autorização judicial - Decisão reformada Recurso provido” (TJSP – AI 2080030-56.2021.8.26.0000, Rel. Des. Wanderley José Federighi, j. 14.05.2021).

²⁹² “SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PRESIDENTE PRUDENTE. MAJORAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. O mérito da causa gravita em torno do exercício de atividade insalubre. Matéria devolvida para reexame pelo tribunal 'ad quem' versa sobre a invalidação da sentença de procedência. Convencimento formado considera a prova emprestada. Cerceamento de defesa. Sentença de procedência proferida com base em prova emprestada. Configuração. Direito à prova. Indispensável melhor investigação da proposição de fato mediante realização de laudo pericial para formar convicção segura sobre a matéria, especialmente as condições específicas do local de trabalho e das atividades desempenhadas pela servidora. Papel relevante do julgador como protagonista da efetividade do processo para buscar o esclarecimento de fato relevante que se presume da prova realizada. Cabimento do exercício dos poderes instrutórios do juiz. Inteligência do art. 370 do Código de Processo Civil. Modelo constitucional do processo exige postura ativa do juiz na fase de instrução, sem comprometimento de sua imparcialidade. Prevalência dos princípios da cooperação, aproveitamento, efetividade da tutela e acesso à justiça. Anulação da sentença. Determinada abertura da fase de instrução para produção de laudo pericial” (TJSP – AP 1017383-90.2017.8.26.0482, Rel. Des. José Maria Câmara Junior, 10.05.2021).

Tal circunstância, somada ao exame dos julgados, revela, doutro lado, que o princípio da cooperação tem sido empregado com mais intensidade no plano interpretativo, espécie de orientação ao sentido do julgamento, muita vez com apoio noutros preceitos já consagrados (primazia do julgamento de mérito, efetividade, celeridade, ato atentatório à dignidade da justiça, poderes instrutórios, assistência judiciária gratuita, etc.), hipótese que reforça a assertiva, anteriormente deduzida, de que o *déficit* de regras, dando cabal execução ao modelo cooperativo de processo, estimula a mescla ou sobreposição de conceitos, embora com ele conectados ou unidos.

De fato, não se faz necessário, nem se fazia anteriormente, invocar a cooperação para invalidar sentença em demanda *não pronta* ao julgamento antecipado, tampouco com a finalidade de cominar à parte adversa a obrigação de exhibir documentos em seu poder sem os quais inviável elaboração dos cálculos da execução (art. 524, §§ 3º e 4º, CPC).

Mas, mesmo assim, os Tribunais, firmes na tese, invocam a cooperação, porque se entende, em última análise, que a participação recíproca colaborativa dos sujeitos do processo, além de valor essencial ao processo, é indispensável ao atingimento da solução justa e efetiva.

No Superior Tribunal de Justiça não é diferente.

Neste, encontramos menção à cooperação para justificar multa por embargos de declaração protelatórios^{293;294}, enfatizar que os embargos de declaração servem ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional²⁹⁵, recusar

²⁹³ “A reiteração de argumentos, nos terceiros embargos de declaração, já repelidos nos acórdãos anteriormente proferidos, por meio de fundamentos claros e coerentes, destoa dos deveres de lealdade e cooperação que norteiam o processo, a ensejar a imposição da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do NCPC” (STJ - EDcl – Conflito de Competência 139068/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 12.02.2021).

²⁹⁴ “Essa praxe, em nada louvável, para além de sobrecarregar a já aturdida pauta de julgamentos do Poder Judiciário, atenta contra os princípios esculpidos no art. 6º do CPC (cooperação, razoável duração do processo, primazia do mérito e solução justa e efetiva da causa), sendo, por isso, passível de multa, consoante dispõe o art. 1.026, § 2º, do diploma processual civil, eis que indisfarçável o caráter manifestamente protelatório dos embargos assim manejados pela União” (STJ - EDcl no Mandado de Segurança 19.764/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 25.02.2016).

²⁹⁵ “Nos termos do art. 535 do CPC/1973, os Embargos de Declaração constituem modalidade recursal destinada a suprir eventual omissão, obscuridade e/ou contradição que se faça presente na decisão contra a qual se insurge, de maneira que seu cabimento revela a finalidade voltada para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional que se quer seja cumprida com a efetiva cooperação das partes” (STJ - EDcl nos EREsp 1393102/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.11.2020).

declaração de nulidade não arguida oportunamente pela parte²⁹⁶, impedir o reexame de questões pretéritas acobertadas pela preclusão²⁹⁷, inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes²⁹⁸, justificar a aplicação da sanção de litigância de má-fé²⁹⁹, anular julgamento que, adiado a pedido do relator, tornou a julgamento no mesmo dia à sessão, com prejuízo à sustentação oral de advogado³⁰⁰, necessidade de apreciação pelo juiz de todas as questões relevantes e pertinentes na decisão³⁰¹, afastamento de sucumbência no caso de

²⁹⁶ “Mesmo se tratando de vício que pode ser conhecido de ofício - nulidade de citação, a parte não pode mantê-lo oculto, para sacá-lo mais de três anos depois do ato praticado, com o propósito de anular o processo e repetir os atos processuais. Essa postura, por óbvio, não atende aos princípios da cooperação, da boa-fé e do contraditório. Inadmissibilidade da chamada ‘nulidade de algibeira’. Precedente” (STJ - AgRg na PET no AREsp 204.145/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 23.06.2015, p. 29.06.2015),

²⁹⁷ “A teor do princípio contido no art. 507 do CPC, não é lícito à parte discutir, quando já bem adiantado o desenvolvimento do processo, questões pretéritas - ainda que, em tese, não tratadas - a cujo respeito tenha se operado a preclusão. Admitir tal possibilidade seria violar, a um só tempo, os princípios da solução integral do mérito (art. 4.º do CPC) e da mútua cooperação para a justa decisão em tempo razoável (art. 6.º do CPC)” (STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no MS 19824/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 11.04.2018).

²⁹⁸ “Tal medida concretiza o princípio da efetividade do processo, possuindo respaldo basilar nas Normas Fundamentais do Processo Civil, considerando que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º do CPC/2015) e o dever de cooperação processual, direcionado igualmente ao Poder Judiciário, “para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do CPC/2015)” (STJ - REsp 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 14.05.2019).

²⁹⁹ “Por fim, não merece acolhida a tese acerca da necessidade de afastamento da multa por litigância de má-fé. Efetivamente, dentro da sistemática do processo civil moderno as partes são livres para escolher os meios mais idôneos à consecução de seus objetivos, porém há clara diretriz no sentido de que tais procedimentos sejam eficazes e probos, na medida em que o próprio legislador ordinário, ao prever penas por litigância de má-fé tem o objetivo de impedir que as partes abusem do seu direito de petição. Apesar de ser garantia constitucional o pleno acesso ao Judiciário (art. 5º, incisos XXXIV a XXXV e LV da Constituição Federal) não se afigura correta a banalização do princípio e da conduta das partes, porquanto devem agir com prudência, lealdade e boa fé, sempre no espírito de cooperação, que inclusive fora expressamente encartado no novel diploma processual (art. 6º do NCPC)” (STJ - REsp 1.197.824/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 18.10.2016).

³⁰⁰ “O novo diploma legal trouxe várias inovações, entre elas um sistema cooperativo processual – norteador pelo princípio da boa fé objetiva –, no qual todos os sujeitos (juízes, partes e seus advogados) possuem responsabilidades na construção do resultado final do litígio. Isso leva à obrigatoriedade de que praticamente todos os processos sejam pautados, inclusive aqueles com pedido de vista que não forem levados na sessão subsequente (como é o caso dos autos), nos termos do art. 940, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 [...]. Feito tal registro, penso que estamos diante de uma situação de nulidade. Entendo que tudo que se proclama hoje com relação ao princípio da cooperação, ao princípio da boa-fé objetiva, à confiança, à lealdade que as partes e os advogados devem observar, por óbvio também se aplica aos julgadores. Assim, acredito que é dever do Órgão colegiado, a partir do momento em que decide adiar o julgamento de um processo, respeitar o ato de postergação, submetendo o feito aos regramentos previstos no CPC/2015” (STJ - EDcl no AgRg no REsp 1.394.902/MA, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 04.10.2016)

³⁰¹ “Conquanto o julgador não esteja obrigado descer à minúcias, o CPC, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever (grifo nosso), dentre outros, de enfrentar todas as questões pertinentes e relevantes, capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua

prescrição intercorrente pela falta de encontro de bens penhoráveis³⁰², advertência de que incidentes futuros manifestamente infundados podem caracterizar litigância de má-fé³⁰³, etc.

Ou seja, também no Superior Tribunal de Justiça, encarregado da uniformização no plano da legislação federal, o tema tem sido abordado com bastante frequência, podendo-se dizer, a partir desta breve pesquisa, que se tem dado especial destaque, quando da aplicação do princípio da cooperação, aos deveres de lealdade e boa-fé, tanto que, invariavelmente, serviu de fundamento jurídico à aplicação de sanções pecuniárias.

Isto sinaliza que, mais do que a simples imputação de consequências desfavoráveis ou dedução do comportamento não-cooperativo *como argumento de prova*, posturas que tradicionalmente prestigiam a autonomia da parte e o princípio dispositivo, caminha-se, ainda que sutilmente, por orientação do Superior Tribunal de Justiça, à adoção de medidas outras, mais duras, sancionatórias mesmo, no sentido da prevenção e repressão de condutas processuais que não primam pelos melhores desígnios de coparticipação mútua e recíproca para atingimento dos fins do processo.

É o que se vê, com mais nitidez, no recente julgamento dos recursos especiais 1.777.553/SP e 1.763.462/MG³⁰⁴, ambos afetados à sistemática dos repetitivos (art. 1036, CPC), onde formulada a seguinte tese:

Desde que prováveis a existência da relação jurídica entre as partes e do documento ou coisa que se pretenda seja exibido, apurado mediante contraditório prévio (art. 398, caput), poderá o juiz, após tentativa e

conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida” (STJ - REsp 1622386/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., j. 20.10.2016, p. 25.10.2016).

³⁰² “Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível afixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação” (STJ - 4ª T., REsp 1.769.201/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.03.2019, p. 20.03.2019).

³⁰³ “Nesses termos, considerando o teor das razões recursais, e em prestígio às normas fundamentais positivadas pelo novo regramento processual civil da boa-fé objetiva, da cooperação entre as partes e da efetividade do processo (arts. 4º, 5º e 6º do CPC), fica a reclamante advertida, desde logo, de que a apresentação de futuros incidentes manifestamente infundados poderá caracterizar litigância de má-fé (art. 80, VI, do CPC), dando azo à aplicação de multa calculada, inclusive, em salários-mínimos” (STJ - PET no AREsp 1639431, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.05.2021).

³⁰⁴ STJ - 2ª Seção - REsp 1.777.553-SP e 1.763.462/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.05.2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1000).

busca e apreensão ou outra medida coercitiva, determinar sua exibição sob pena de multa, com base no art. 400, parágrafo único, do CPC/2015.

A tese de julgamento rompe, por completo, o enunciado da súmula 372/STJ, que prescreve “na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”³⁰⁵.

A reversão do entendimento se deu justamente em razão da aplicação do princípio da cooperação, não mais se *contentando* o Superior Tribunal de Justiça com a mera aplicação do efeito da presunção de veracidade dos fatos que se pretendia provar por meio do documento ou coisa (art. 359, CPC/1973³⁰⁶).

Mais ainda, considerando que a verdade (jurídica ou possível) é objetivo primário do processo, que deve ser perseguida pelo juiz ou Tribunal e não prescinde da contribuição e participação das partes, lícito avançar, estimular e orientar a adoção do comportamento devido e esperado, que é a exibição do documento ou coisa, se não (ainda) pela imposição de sanção pecuniária *stricto sensu* (caráter punitivo) diante de recusa ou renitência das partes, pela imputação de multa cominatória, como forma de dissuadir psicologicamente o modo de agir antiooperativo censurável/reprovável.

Importante ressaltar que, segundo a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, deve ser afastada a incidência do art. 379 do CPC, que prevê apenas o direito de não produzir prova contra si em *matéria penal*; vale dizer, a não autoincriminação-penal (*nemo tenetur se detegere*), não a admissão de fatos ou exibição de provas que, sem resvalar em imputação penal, lhes seriam em tese (não se sabe ainda em verdade, porque julgamento não houve) desfavoráveis, contrários a “seus interesses”, segundo estratégia pensada ou imaginada pelo advogado na postulação da causa.

Confira-se:

[...] 22) Ainda na vigência do CPC/73, havia uma regra francamente negligenciada, mas que é de grande utilidade para a compreensão da controvérsia. Dizia o art. 339, situado no âmbito da teoria geral da prova, que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário

³⁰⁵ STJ - 2ª Seção - Súmula 372, p. 30.3.2009.

³⁰⁶ Art. 359 CPC/1973 - Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; II - se a recusa for havida por ilegítima.

para o descobrimento da verdade”. 23) Embora essa regra tenha sido mantida sem alterações no art. 378 do CPC/15, deve haver, respeitosamente, uma significativa modificação de sua compreensão e de seu conteúdo, antes meramente decorativo, para que se reconheça o seu papel norteador da atividade instrutória das partes. Dito de outro modo, embora o texto legal se mantenha, a norma jurídica não pode ser mantida. 24) O primeiro motivo que justifica a ressignificação da atividade das partes perante a prova e, por que não, perante a verdade, enquanto escopo social do processo, está nos arts. 5º e 6º do CPC/15, alçados pelo legislador ao patamar de normas fundamentais do processo civil, e que preveem, respectivamente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” e que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. 25) Embora a boa-fé tenha sido contemplada pelo ordenamento jurídico, de forma ampla, apenas com o art. 5º do CPC/15, fato é que a necessidade de eticização das relações processuais não é um fenômeno exatamente novo. É o momento, todavia, de potencializar ao máximo a aplicação da boa-fé processual, especialmente mediante o apropriado uso dos instrumentos de coerção disponibilizados pela nova legislação processual. 26) A boa-fé retratada no CPC/15 é, indiscutivelmente, a objetiva. Exige-se, pois, que a parte se amolde ao padrão de conduta previamente estabelecido na prática de todo e qualquer ato processual. Não é possível admitir que os participantes do processo possam, em alguma medida, pautar alguma de suas condutas sem observar a boa-fé. 27) É nesse contexto que se insere o dever de cooperação previsto no art. 6º do CPC/15. Conquanto o processo seja um ambiente litigioso, há espaço para a efetiva implementação da cooperação a partir da noção de boa-fé, sobretudo se se considerar, como diz Humberto Theodoro Jr., que o “processo é um jogo em que a habilidade é permitida, mas a trapaça é vedada”. (THEODORO JR., Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz in Revista Juris Plenum, v. 5, nº 27, maio/2009, p. 39) [...]. 30) É interessante observar que, no direito português, em que se inspirou o modelo cooperativo de processo brasileiro pós CPC/15, o dever de colaboração para a descoberta da verdade também é objeto de detalhada disciplina, contemplando, inclusive, o dever de disponibilizar o que for requisitado, sob pena de multa e de outras medidas coercitivas (art. 417, 1 e 2, da Lei nº 41/2013). 31) Diante desse cenário, a interpretação mais adequada do art. 379, caput, do CPC/15, é de que será à parte preservado o direito de não produzir prova contra si própria quando houver repercussão penal, o que não autoriza, respeitosamente, a interpretação de que essa regra autorizaria a parte a adotar postura omissa e inerte na fase instrutória [...]. 33) Estabelecidas essas premissas, conclui-se que o modelo processual previsto a partir do CPC/15 confere, claramente, uma maior importância à ampla e exauriente elucidação dos fatos e à busca pela verdade, objetivo que deve ser atingido mediante a cooperação e a colaboração de todas as partes, o que, conseqüentemente, torna francamente inadmissível, à luz da boa-fé objetiva, a ocultação ou a não apresentação injustificada de documento ou coisa e, de modo geral, a própria inércia e a omissão em matéria instrutória.³⁰⁷

Sob a ótica da ampla defesa e o dever de cooperação, a cominação de astreintes seria cabível na exibição de documentos. Deveras, sem as astreintes, a parte contra quem fosse determinada a exibição poderia chegar à conclusão de que lhe seria mais vantajoso sonegar a prova,

³⁰⁷ STJ - REsp 1.777.553/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, voto-vista, j. 26.05.2021.

apostando na dificuldade que o juízo terá para proferir uma decisão próxima à realidade dos fatos, se basear-se apenas em presunções [...]. A meu juízo, contudo, a referência ao "direito de não produzir prova contra si mesmo", no art. 379, remete ao direito enunciado no art. 5º, inciso LXIII, da CF, nos exatos termos em que proclamado, ou seja, o direito não autoincriminação em matéria penal.³⁰⁸

Afastando o privilégio da não autoincriminação-penal (*nemo tenetur se detegere*) em procedimentos eminentemente cíveis, porquanto cabe à parte o dever de revelar (verdade/completude), como consectário da cooperação, mesmo que eventualmente contrário a seus interesses, porque assim agindo favorece a obtenção da decisão justa e efetiva, confirmam-se Vitor de Paula Ramos e Hernando Devis Echandía:

Nem mesmo na *common law*, portanto, o direito a não autoincriminação se aplica, por extensão, em procedimentos que não sejam penais, ou que a regulamentação legal seja exclusivamente civil. Ou seja, o réu em um processo civil não pode ser compelido a depor sobre fatos incriminatórios, mas não tem o direito de não apresentar provas contra si mesmo em relação a fatos eminentemente civis. No ordenamento jurídico brasileiro, aliás, a evidente clareza com que o texto constitucional foi redigido não pode realmente deixar dúvidas sobre o alcance da aplicação do direito ao silêncio: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII).³⁰⁹

Com o mesmo critério, Couture observa que quando uma das partes é obrigada a apresentar provas a pedido da outra, não é solicitada a ajuda do adversário, mas sim a 'ilustrar e esclarecer as informações do juiz', o que 'não é um benefício do adversário ou prejuízo a si mesmo, mas uma ajuda indispensável à missão pessoal e superior de justiça'. Posteriormente, acrescenta que, no caso analisado, a parte 'não presta serviço ao adversário, mas à justiça', cuja manutenção é de interesse da comunidade, porque quem nega a prova 'a recusa contra o bem comum'.³¹⁰

No Supremo Tribunal Federal, por seu turno, encontramos menção à cooperação ao aludir que constitui ônus da parte a impugnação específica dos fundamentos da decisão³¹¹, admissão de recurso não subscrito por prefeito em

³⁰⁸ STJ - REsp 1763462/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.06.2021.

³⁰⁹ PAULA RAMOS, Vitor de. Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC brasileño. In.: CAVANI, Renzo (coord.) e PAULA RAMOS, Vitor de (coord.). *Prueba y proceso judicial*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 376-377.

³¹⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. 5. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002, p. 112-113.

³¹¹ "O recurso não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada, nem tampouco supera o ônus argumentativo de buscar ultrapassá-los mediante adequada distinção, visto que lastreados em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Como é sabido, o art. 1.021, § 1º,

contraposição à *jurisprudência defensiva*³¹², aplicação de multa por litigância de má-fé³¹³, repartição do ônus probatório³¹⁴, ilegalidade da submissão coercitiva a exame de DNA para fins de investigação de paternidade³¹⁵, dever de comunicar fatos relevantes no curso da demanda³¹⁶, etc.

CPC, estabelece o ônus de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada. Constitui, assim, importante densificação normativa do Princípio da Cooperação consagrado no art. 6º do CPC, a informar o exercício da jurisdição civil a partir da ideia de que ‘todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva’. Ressalte-se, de outro lado, que tal necessidade não é nova. Muito pelo contrário, há bastante tempo ela se faz presente neste Supremo Tribunal Federal. É o que se vê da leitura do art. 317, §1º, RISTF, bem como na jurisprudência da Corte, da qual se colhe, exemplificativamente, a decisão proferida no MS 28943 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, p. 02.10.2014” (STF - MS 34063 AGR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 05.10.2016).

³¹² “Não se afigura legítimo sacrificar o acesso à justiça do Município quando patrocinado pelo seu órgão de representação judicial, sendo certo que a ciência e implícita anuência do Prefeito decorrem da sua intimação, nos termos de fls. 127 e 185 dos autos [...]. Consigne-se, ainda, que o novo Código de Processo Civil, inspirado pelo paradigma da instrumentalidade processual, exorta as partes e o Estado-Juiz à observância dos preceitos de cooperação e boa-fé (artigos 5º e 6º), impondo a eliminação de formalidades estereis para privilegiar a solução integral do mérito (art. 4º). O novel diploma, assim, é refratário à chamada jurisprudência defensiva, consistente na criação de requisitos formais não previstos em lei ou no sobredimensionamento de exigências meramente superficiais para obstar o conhecimento de ações e recursos. Por essas razões, o art. 10 do CPC/2015 consagra o princípio da não-surpresa, este densificado pela regra constante do art. 932, parágrafo único, do mesmo diploma, que assim dispõe: “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível” (STF - RE 839.950/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24.10.2018).

³¹³ “Não se pode descuidar que as regras previstas nos arts. 1.021, § 4º, CPC, e art. 1.026, §§ 2º e 3º, CPC, nada mais são do que densificação dos princípios da boa-fé (art. 5º, CPC) e cooperação processuais (art. 6º, CPC). Dessa forma, ressoam mais especificadamente, na ambiência recursal, a algumas das hipóteses previstas nos incisos do art. 80, CPC. Nessa toada, diante de causas que possuem valor da causa irrisório ou inestimável, como no presente, aplicável o regramento disposto no art. 81, § 2º, CPC, que dispõe: “[...]a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo” (STF - RMS 29916 A GR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09.12.2016).

³¹⁴ “Reforça, por fim, a compreensão quanto ao dever probatório da Administração Pública, em situações como a debatida, a técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual, fundamentada nos princípios da igualdade, aptidão para a prova e cooperação, surge em contraposição ao ônus estático da prova (art. 818 da CLT e art. 333 do já revogado CPC de 1973) e tem por diretriz a efetiva capacidade probatória de cada parte, antídoto para a chamada “prova diabólica”. Decorre, tal técnica, do caráter publicista da jurisdição e da necessidade de equilíbrio na relação processual, entre outros [...]. Ante o exposto, tendo sido afastada, ao julgamento da ADC 16, a responsabilidade objetiva do Estado, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, e abraçada a tese da responsabilidade subjetiva – seja pela tese da culpa presumida, alicerçada na doutrina de BANDEIRA DE MELLO, seja pelos princípios da aptidão para a prova e da cooperação na atividade probatória ou seja pela distribuição dinâmica da prova –, imperativo concluir que o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres de fiscalização, decorrentes da Lei de Licitações¹¹³, é da Administração Pública que, cumpre lembrar, se beneficiou dos serviços prestados” (STF - RE 760931/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30.03.2017).

³¹⁵ “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu

Ou seja, também se caminha, na Corte Suprema, à consagração do princípio da cooperação, nos mais variados assuntos em que se desdobram o julgamento, desde a referência como forma de prospectar o comportamento das partes e advogados na formulação dos pedidos, até no exame da repartição do ônus probatório.

Um ponto comum, que se também ganha fôlego no Supremo Tribunal Federal, é a aplicação de sanção às partes que se comportam de modo não-cooperativo, notadamente a interposição de recursos com propósito procrastinatório.

Com efeito, o princípio da cooperação está tão presente nas Cortes de Justiça, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 350, de 27 de outubro de 2020³¹⁷, a qual estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições³¹⁸.

Além de minudenciar as modalidades de cooperação, dimensão, atos pedidos e modalidades (ativa, interinstitucional e concertação), a Resolução cria “a rede nacional de cooperação judiciária”, composta por juízes de cooperação judiciária, núcleos de cooperação judiciária de cada um dos Tribunais brasileiros e comitê executivo da rede nacional de cooperação judiciária.

ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos” (STF - HC 71373, Rel. Min. Francisco Rezek, v.m., j. 10.11.1994).

³¹⁶ “Em nosso ordenamento jurídico, especificamente no artigo 6º do vigente Código de Processo Civil, consagra-se o princípio da cooperação, passando-se a exigir que todos os sujeitos processuais cooperem e colaborem entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável, ou seja, pela nova ordem de processo civil, as partes deixam de agir de forma individualizada e passam a fazer parte, junto com o juiz, de uma relação comum no processo. Quando se fala em princípio da colaboração, destaca-se a necessidade de responsabilização dos vários sujeitos do processo. Trata-se de deveres comuns. Na verdade, o espírito do novo CPC é alçar a ética, a honestidade, a lealdade e o dever de informação das partes como regedores de conduta, facilitando a gestão do processo pelo julgador e permitindo que se alcance a solução mais justa e efetiva. Assim sendo, quando ocorre algum fato novo (ou superveniente) no curso de uma demanda judicial capaz de produzir efeitos imediatos para a composição do litígio, a parte interessada deve comunicar sua ocorrência ao julgador na primeira oportunidade que tiver” (STF - PET 5088 / RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.10.2016).

³¹⁷ “[...] CONSIDERANDO os arts. 6º e 8º da Lei no 13.105/2015 – Código de Processo Civil –, que consagram os princípios da cooperação e da eficiência no processo civil, bem como os arts. 67 a 69, que preveem os mecanismos de cooperação entre órgãos do Poder Judiciário para a realização de atividades administrativas e para o exercício das funções jurisdicionais”.

³¹⁸ Registre-se que há, no CPC, disciplina específica sobre a cooperação internacional (art. 26) e nacional (art. 67).

Dando primazia ao pedido de cooperação, que prescinde de forma específica e pode ser executado por auxílio direto ou concertados, obriga os Tribunais a designar um ou mais magistrados, inclusive em segundo grau, para atuarem com juízes de cooperação, “também denominados de ponto de contato”.

São atribuições dos “pontos de contato”, os juízes de cooperação: I – identificar soluções para os problemas que possam surgir no processamento de pedido de cooperação judiciária; II – facilitar a coordenação do tratamento dos pedidos de cooperação judiciária no âmbito do respectivo tribunal; III – fornecer todas as informações necessárias a permitir a elaboração eficaz de pedido de cooperação judiciária, bem como estabelecer contatos diretos entre os diversos órgãos e juízes; IV – intermediar o concerto de atos entre juízes cooperantes e ajudar na solução para problemas dele decorrentes; V – comunicar ao Núcleo de Cooperação Judiciária a prática de atos de cooperação, quando os juízes cooperantes não o tiverem feito; VI – participar das comissões de planejamento estratégico dos tribunais; VII – participar das reuniões convocadas pela Corregedoria de Justiça, pelo Conselho Nacional de Justiça ou pelos juízes cooperantes; e VIII – promover a integração de outros sujeitos do processo à rede de cooperação (art. 14).

Inegável, como se viu dos julgados elencados e das atuais diretrizes de organização administrativa dos Tribunais, a importância do princípio da cooperação, a merecer esforço e acuidade do intérprete na sua compreensão e determinação do real sentido, cuja tendência, até então verificada, é amplamente exitosa, sem nenhum sinal de retrocesso ou de desaceleração da marcha quanto à ampliação do espectro de aplicabilidade.

7 CONCLUSÃO

Finda a análise da jurisprudência, que desde logo afirmamos reveladora de avançar exitoso o sentido de prestígio ao princípio da cooperação, cabe-nos formular as conclusões que, da pesquisa empreendida, resultaram identificadas, pugnano também, a título propositivo, algumas mudanças legislativas que, caso levadas a cabo, tornariam o modelo cooperativo de processo mais vigoroso e dinâmico no sentido da descoberta da verdade, sem que isso resvale na ideia, muita vez divulgada com o intento de desacreditar o instituto, de que estar-se-ia diante de processo autoritário ou moralista.

A primeira observação, a título de conclusão, é a de que, diversamente do alardeado por parte da doutrina, não estamos diante de modelo de processo inédito, desconhecido da ciência processual, porque o tema é tratado desde o século passado, além de presente em diversos diplomas legais, havendo estudos muito densos e completos, dentre os quais destacamos o de Eduardo Grasso, professor da Universidade de Catania, quem expôs, a nosso ver com bastante acuidade, a existência de uma *comunidade de trabalho* entre os sujeitos do processo (autor, réu, juiz ou Tribunal), a partir de um *olhar* sobre a estrutura interna do processo, muito além da sequência coordenada de atos que lhe dão corpo e dos mecanismos de ônus e preclusões.

Tanto o pensamento doutrinário em torno da cooperação já existia e era bastante sólido bem antes do advento do CPC/2015, que textos locais foram produzidos, traçando paralelo entre as normas do CPC/73 com os deveres de cooperação, todos bem próximos daqueles reverberados no direito português, a partir de lições de Miguel Teixeira de Sousa.

A “novidade” mesmo, se é que existente, é a de que, a partir de 2015, por expressa disposição legal, o modelo de processo cooperativo foi efetivamente implementado entre nós, cumprindo ao intérprete dar-lhe adequada e eficiente aplicação, pois é através dele que, segundo idealizado pelo legislador, obtém-se, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva.

Porém, para realizar tal desiderato, indispensável pôr fim ao ceticismo que impera em grande parte da doutrina, a ponto dalguns lançarem mão de figurações um tanto jocosas na descrição do modelo cooperativo (“juiz, autor e réu andando

de mãos dadas pelas ruas”; “a cooperação não busca o processo civil dos ursinhos carinhosos”; “processo civil do arco-íris”), não obstante os Tribunais, como visto amplamente acima, têm avançado com vigor na sua aplicação, inclusive no plano do dever de verdade e completude, *coração* do princípio da cooperação (boa-fé e lealdade), tão ainda negligenciado, a pretexto duma equivocada maximização dos princípios da autonomia da vontade e dispositivo.

É por isso que, em grande parte, o modelo de processo cooperativo ainda não avançou suficientemente, no sentido de promover efetivas transformações e revolução no modo de pensar, agir e atuar dos sujeitos do processo. A outra razão, que concorre para a baixa *adesão* da cooperação no cotidiano forense, é a falta de prescrição de normas em quantidade e intensidade suficientes dando efetiva concreção e execução ao atual modelo de processo, absolutamente diverso do adversarial e inquisitivo, tanto que, mais à frente, formularemos pequenas sugestões de proposições normativas, à guisa de encerramento do trabalho, com o escopo de *colaborar* para a efetiva realização do princípio da cooperação, conforme prescrito pelo legislador.

Importante ressaltar, numa perspectiva de primazia de modelos de processo, que os adversarial e inquisitivo, antes mesmo do advento do cooperativo, foram alvo, e ainda o são, de inúmeras críticas que, no balanço, sinalizam a total precariedade deles, enquanto sistemas de solução de litígios, podendo-se destacar, no primeiro, a inconveniência da gestão do processo confiada integralmente à iniciativa das partes (*party control*), resumindo a atividade do juiz à garantia da regularidade formal do mecanismo, hipótese que prestigia o *scontro puro* e constitui fator de multiplicação das desigualdades, enquanto no segundo, o inquisitivo, no qual prepondera a atividade oficiosa do juiz, independentemente da vontade das partes, sobreleva o risco de comprometimento da imparcialidade, valor indispensável no devido processo legal, especialmente num cenário em que, como o nosso, não há adequada e correlata previsão de medidas de correção disciplinares além do próprio processo.

As sugestões legislativas que nos propomos fazer, forte na autonomia da cooperação enquanto modelo de processo, não poderiam ser articuladas sem antes identificar a natureza jurídica da norma, para estabelecer, mormente no campo da boa-fé e lealdade, as consequências decorrentes do descumprimento pelos sujeitos do processo; vale dizer, se a *não-cooperação*, recusa ou omissão

de atividade colaborativa, autorizaria a imposição de sanções, além da admissão dos fatos como prova indiciária da conduta, ou se apenas orientam o intérprete a uma finalidade, não impondo propriamente a tarefa de atuá-la.

E assim o fizemos, apontando a cooperação verdadeiramente como um princípio jurídico, servindo-se, para tanto, das lições de Humberto Ávila, dado que a norma que o consagra (art. 6º, CPC/2015) impõe a realização de um fim juridicamente relevante, carrega significado essencial e geral, não concludente ou definitivo, carece de determinação, porquanto *aberta*, tem dimensão de peso, em caso de colisão, sendo dotada de alcance argumentativo e de justificação com a finalidade proposta, no sentido de orientar o sistema como um todo, podendo-se destacar também (i) a preponderância na hierarquia do ordenamento jurídico, (ii) a atuação como fonte de direito e garantia individual, (iii) o critério de interpretação e aplicação do Direito, (iv) diretrizes e orientações aos entes públicos, impondo limites à sua atuação.

Com efeito, determinada a natureza jurídica, ingressamos no exame dos deveres ordinariamente apontados como correlatos à cooperação, os de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, identificando, na descrição deles, um *excessivo amalgamento* de princípios já consagrados no sistema, como os do contraditório, eficiência e boa-fé, circunstância que, se de um lado não favorece a autonomia do princípio estudado, embora com eles evidentemente imbricado, não permite avançar, com mais intensidade, naquilo que é essencial à cooperação, isto é, o caminhar conjunto dos sujeitos do processo no sentido do descobrimento da verdade (possível), em tempo razoável, mediante o emprego da técnica mais efetiva na solução da controvérsia, sempre com maior prestígio à oralidade e imediação.

É o que se viu no dever de esclarecimento, onde acentuamos, em linhas gerais, que se está diante, na verdade, do dever de fundamentação das decisões judiciais, ao invés de propriamente um agir colaborativo do juiz ou Tribunal com as partes, embora resulte evidente que, ao bem fundamentar as decisões, exigência antiga, que decorre desde a CF/88, o magistrado *favorece* o modelo de processo cooperativo, porquanto *ajuda* ou *colabora*, concomitantemente ao atendimento da norma constitucional, à compreensão e à tomada de posições pelas partes e advogados. Mas não é isso, o fundamentar as decisões judiciais, que determina e dá real significação ao princípio da cooperação.

No dever de consulta, que impõe ao juiz ou Tribunal submeter as questões de fato ou de direito à prévia manifestação das partes, ainda que conhecidas *ex officio*, a situação fica mais flagrante, porque se está a falar, em realidade, do princípio do contraditório, na sua vertente mais moderna, a de *influir* no convencimento do magistrado, tanto que se proscreeu, alguns artigos mais adiante, as chamadas *decisões-surpresa* (arts. 9º e 10, CPC/2015).

Isto é, além das características que usualmente eram empregadas para definir o contraditório, notadamente a *informação* e *reação*, foi acrescida a *influência*, espécie de ponderação, com apoio em alegações e provas fornecidas previamente pelas partes, para a fundamentação do provimento, a ponto de alguns afirmarem que, doravante, estes três vetores constituem a visão policêntrica ou tridimensional do contraditório, que procuramos dar alguns ligeiros limites, segundo a perspectiva da vedação da decisão-surpresa, além das expressas exceções legais (art. 9º, CPC), por entender que, tal como outros princípios, o contraditório não constitui valor absoluto no processo.

Em relação ao dever de prevenção, que se faria presente sempre que o êxito da ação ou defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo, a ponto de se exigir do juiz ou Tribunal que empreenda atividade no sentido de depurar irregularidades, também concluímos, exatamente como nos deveres antecedentes, que não estamos propriamente defronte ao princípio da cooperação, já que, ao expurgar do processo defeitos sanáveis, o juiz o faz como garante primeiro, órgão do Estado, responsável pela incolumidade do devido processo legal, conquanto sob o aspecto formal e objetivo possa a conduta transparecer agir colaborativo em favor da parte.

Este agir, que modernamente tem sido alcunhado por dever de prevenção, mas que foca no aproveitamento dos atos processuais e na instrumentalidade das formas, é o mesmo que prestigia a decisão de mérito, porquanto se entende, há muito, que a atipicidade do molde concebido pelo legislador para a prática do ato somente será sancionada com o decreto de invalidade se o objetivo do ato ou processo não for alcançado.

No que tange ao dever de auxílio, segundo o qual o juiz ou Tribunal teria a incumbência de coadjuvar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou deveres processuais, pontuamos, sendo essa também uma das conclusões, que

a tarefa deve ser imputada exclusivamente às partes e seus representantes legais. O juiz ou Tribunal não tem o dever atípico de auxiliar as partes, intrometendo-se na relação, que é de confiança, travada entre a parte e seu advogado, o qual deve conduzir a causa, porque eleito foi pelo constituinte, segundo a melhor técnica concebida ao caso concreto, sob pena de comprometimento da sua fundamental imparcialidade.

Não se pode, a pretexto duma exigência de cooperação, que é desejada, mas que se volta maciçamente em face do juiz ou Tribunal, impor atuar em favor dos interesses das partes, alertando-as sobre os rumos da causa, aconselhando-as sobre a formulação das suas alegações e provas, sem que se aumente, e definitivamente isso não é recomendável, o risco de decisões contaminadas pelo vício da parcialidade.

A cooperação, muito mais do que os deveres acima mencionados, todos fielmente replicados do direito europeu, tem realmente importância quando se avança, contra o que diz a doutrina majoritária, na admissão de deveres também em relação às partes, marcadamente aqueles decorrentes da boa-fé e lealdade, bem como no melhor tratamento de institutos (calendarização, acordo processual, o saneamento compartilhado, perícia consensual, v.g.) que veiculam técnicas voltadas à obtenção da decisão mais efetiva, mas que, embora recentemente concebidas pelo legislador, não foram ainda concreta e habitualmente aproveitadas, impondo-se, no plano legislativo, o robustecimento dos vínculos recíprocos de solidariedade entre os sujeitos do processo.

No caso da perícia consensual (art. 471, CPC), mas sem repetir os fundamentos anteriormente empregados, entendemos que o juiz também precisa aderir à escolha do perito pelas partes, convencendo-se de suas credenciais técnicas. A atividade não é meramente homologatória, porquanto o modelo é cooperativo e não prescinde da adesão da vontade do juiz em torno da consecução da prova.

Em relação à estipulação de calendário para a prática de atos processuais (art. 191, CPC), enfatizamos, de relevante para concreção do modelo de processo cooperativo, que a frustração de audiências ou o desatendimento de prazos, sem a correlata prática do ato para o qual se obrigou, poderá ensejar, caso não exista justo motivo, na imposição de sanção disciplinar ao juiz ou Tribunal (art. 35, II, LC 38/79).

Outrossim, se se entende, como nós entendemos, que a audiência, onde há contato imediato do juiz com as partes, é característica do modelo de processo cooperativo, porquanto essencial à interação dos sujeitos do processo, em ambiência favorável, para obtenção de conciliação, esclarecimentos ou solução de dúvidas, necessário que se dê incremento à sua realização, exatamente como ocorre no Juizado Especial Cível, onde compulsória a presença das partes, sob pena de revelia no caso de ausência do réu ou de extinção no caso de ausência do autor.

Audiência de conciliação ou saneamento, que seria obrigatória caso ambas as partes formulassem requerimento ou quando o juiz, entendendo-a necessária, dada as peculiaridades do litígio, a designasse, não podendo as partes dela ausentar-se, tampouco recusar comparecimento, salvo motivo justo, já que a presença delas, não por interposta pessoa, é indispensável ao correto entendimento da pretensão e dos limites em que formulada.

Realmente difícil compreender o motivo pelo qual o comparecimento pessoal à audiência, solenidade designada pelo Estado-juiz em demanda instaurada para resolver sobre os direitos das partes, possa ser simplesmente ignorada, sem que consequência alguma, mais incisiva, além duma simples multa por ausência à conciliação (art. 334, §8º, CPC)³¹⁹, possa ser implementada, providência que certamente, caso inserida no Código de Processo Civil, daria mais solidez aos vínculos que unem os sujeitos do processo no modelo de processo cooperativo.

Portanto, pugnamos a adoção no Código de Processo Civil de regra semelhante aos art. 20 e 51, I, da Lei 9.099/95 (“qualquer das audiências do processo”, inclusive instrução e julgamento), tornando-se compulsória a designação da audiência de conciliação e mediação, caso ambas as partes manifestem interesse, sob pena de nulidade (que seria presumida), porque é dever do juiz promover a autocomposição (art. 139, V, CPC). Também seria compulsória a designação da audiência de saneamento compartilhado, quando,

³¹⁹ Art. 334, § 8º, CPC - O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

não sendo caso de julgamento antecipado, ambas as partes a entendam necessária, pressuposto à inauguração da fase probatória.

Para enfatizar o caráter obrigatório do comparecimento das partes à audiência de saneamento compartilhado, além da presença de seus advogados, propõe-se a exclusão da expressão “convidará” contida no art. 357, § 3º, dada a nítida conotação de facultatividade na expressão, podendo a redação ser *encurtada*, nos seguintes termos: “§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes”.

Desse modo, retirando do juiz a exclusividade da avaliação sobre a conveniência da designação da audiência de saneamento compartilhado, ao mesmo tempo em que, caso designada, as partes devem se fazer presentes, não apenas por intermédio de advogado, tornar-se-ia mais robusta e frequente o uso da referida técnica, mediante a disposição de regras mais consistentes, fortalecendo a aplicabilidade do princípio da cooperação.

Outra providência, que sinaliza dar mais eficiência ao modelo de processo cooperativo, não obstante a distinção que a doutrina se esmera em fazer o sentido de que estar-se-ia diante de instituto com finalidade diversa da do depoimento pessoal, é retirar a *parte final* do inciso VIII do art. 139 do CPC, a que diz “*hipótese em que não incidirá a pena de confesso*”.

Afinal, se o comparecimento pessoal não é obrigatório, se a parte pode validamente ausentar-se, ou simplesmente *calar* caso resolva atender o chamado do juízo, que objetiva esclarecimento sobre os fatos ou solução de dúvidas, com o escopo de proferir decisão justa, mais próxima da verdade possível, de que adianta municiar o juiz ou Tribunal com tal “poder”, que nada mais é do que importante ferramenta à realização, na essência, do princípio da cooperação?

Mantido o dispositivo, exatamente tal como formulado, nem se podendo da recusa ou do silêncio da parte extrair sequer prova indiciária relativamente ao fato que se almejava esclarecer ou sanar dúvida, a cooperação, como pontuamos na tese, resultará irremediavelmente frustrada, a ponto de o juiz, dada a fraqueza ou inocuidade das normas que regulam os vínculos de reciprocidade, simplesmente abdicar do uso deste dever-poder que, insistimos, traduz aspecto dos mais relevantes no funcionamento do modelo de processo cooperativo.

É preciso avançar, malgrado a cultura do embate, na superação de visão mais egoística, a que entende o êxito ou triunfo como única meta a ser alcançada pelas partes, a pretexto dum superdimensionamento da autonomia das partes, estimulando, em sentido oposto, com a prescrição de regras mais vigorosas, a adoção de comportamento efetivamente consentâneo com os fins políticos, sociais e jurídicos do processo.

Essa vertente, de *quase imunidade* às escolhas e ações das partes ao longo do processo, desponta logo evidente ao se notar a inadmissão, por muitos, de que as partes não teriam deveres entre si, tampouco perante o juiz ou tribunal, a ponto de se propugnar interpretação conforme ao art. 6º do CPC, expurgando-se qualquer referência semântica que induza conclusão sobre a existência de vínculos de reciprocidade, firmes na premissa de que constitui missão do advogado a “*postulação de decisão favorável ao seu constituinte*” (art. 2º, § 2º, Lei 8.906/94).

Mas é evidente que, apesar da resistência, deveres entre as partes e perante o juiz ou Tribunal não só são inexoráveis da interpretação da norma, como especialmente essenciais à compreensão do modelo de processo cooperativo.

Dentre eles, o mais caro ao princípio da cooperação, ao lado do maior prestígio à oralidade e imediação, cujo alvo primeiro aponta à obtenção da decisão justa, é o dever de verdade e completude, não se tolerando a mentira, afirmação consciente de fatos contrários à verdade ou recusa de fatos sabidamente verdadeiros, compreendidos aqueles de que tomou parte ou tinha condições saber, muito menos a *meia-mentira*, omissão maliciosa de fatos ou provas relevantes à entendimento da controvérsia, em toda a sua dimensão, com o propósito de enganar e obter situação de vantagem, ressalvado, porque do sistema isso decorre³²⁰, o privilégio contra a autoincriminação *penal*, eventos

³²⁰ Art. 388, CPC - A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhes forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família. Art. 404, CPC - A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa se: I - concernente a negócios da própria vida da família; II - sua apresentação puder violar dever de honra; III - sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação

cobertos pelo sigilo profissional ou que exponham a parte ou a família à desonra ou grave perigo.

É por isso que, revertendo entendimento que não só tolera a mentira, como a protege, ao invés de sancioná-la (*perjury*), algo muito além do direito ao silêncio que a norma constitucional assegura, propomos que se enverede, tal como nos demais sistemas europeus, dentre eles o português (art. 417, CPC de Portugal), fonte de inspiração à doutrina processual moderna, pela adoção do dever de completude, ao lado do de dizer a verdade, impondo-se sanção pecuniária a quem deles dolosamente se distancia: *“Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade, de forma completa e integral”*.

Exigir maior acuidade no agir inspirado pela boa-fé e lealdade não significa autoritarismo judiciário, muito menos característica de códigos processuais fascistas, retórica usualmente empregada para evitar a incidência de norma que claramente impõe recíproca relação de colaboração de todos os sujeitos do processo, sem exceção, porquanto providência afinada com o devido processo legal e o regime democrático.

Ademais, diminui-se, estimulando a tão almejada mudança de mentalidade dos sujeitos do processo, o risco de decisão injusta, aquela manipulada ou distorcida, o julgamento de fachada (*Scheinprozess*), pela omissão dolosa de fatos e circunstâncias relevantes ao julgamento da causa, dando maior credibilidade ao sistema de justiça.

Especificamente em relação às provas, para onde a cooperação também projeta claros efeitos, não há ainda, apesar do notório avanço no procedimento da produção antecipada de provas, agora prescindindo do requisito da urgência, um conjunto de normas regulando o compartilhamento, a troca entre as partes de subsídios probatórios que servem à demonstração e compreensão do fato controvertido, característica mais marcante do sistema norte-americano, pelo que

penal; IV - sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; V - subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição; VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição. Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os incisos I a VI do caput disserem respeito a apenas uma parcela do documento, a parte ou o terceiro exhibirá a outra em cartório, para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado.

não vemos óbice ou amarras num caminhar mais vigoroso em direção à cooperação integral (*duty of disclose*), inclusive mediante a prescrição de sanções *stricto sensu* por conduta que, embora subordinada a “imperativo do próprio interesse”, também repercute negativamente no interesse público que subjaz o processo (*contempt of court*).

Contentamo-nos, malgrado a prescrição idealizada pelo legislador dum atuar cooperativo entre as partes no campo das provas, com a simples dedução dos argumentos que a produção da prova do fato se pretendia, caso a parte, não colaborando, recuse o compartilhamento, com a ressalva de que a ocultação consciente de fatos e provas com a intenção de enganar ou iludir, comportamento francamente antijurídico, passaria a ser também sancionada, na esteira da sugestão acima formulada, pequena modificação no conjunto de regras que reduziria o *déficit* normativo do princípio da cooperação.

Uma última sugestão, para dar mais corpo ao princípio da cooperação, colocando o modelo concebido pelo legislado realmente no trilho correto para atingimento dos altos fins alvitados, seria a prescrição, como ato atentatório à dignidade da justiça, sistema que todos os sujeitos do processo integram e devem preservar, da conduta daquele que, sem justo motivo, recusa ou omite cooperação, quando lhe era possível fazê-lo.

Agride o sistema de justiça, colocando-lhe óbices no avançar e bem realizar a missão que a Constituição Federal reserva ao Poder Judiciário, no sentido da busca pela decisão de mérito justa e efetiva, em prazo razoável, aquele que, embora devendo colaborar, não o faz, porque entende que, inviolável na autonomia que lhe é assegurada, imagina-se apartado de vínculos de solidariedade que a sua só existência em sociedade impõe (art. 3º, CF).

A prescrição desta conduta, como ato atentatório à dignidade da justiça, daria atendimento a duas normas constitucionais (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), ao mesmo tempo em que, na qualidade de preceito secundário, confere efetividade à norma que dispõe “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 378, CPC).

É a eficiência do princípio da cooperação, tomando-se o devido cuidado sobre o excesso de cooperação do juiz ou Tribunal, o qual pode resvalar em

reprovável parcialidade, que deve o intérprete buscar, dando o melhor sentido e aproveitamento a valores que lhe são essenciais, como a boa-fé e lealdade, mergulhando o processo numa total e integral interação do juiz com as partes e das partes entre si, ao invés de limitar o seu entendimento à replicação de deveres que, direcionados exclusivamente à figura do juiz e anunciados a partir de doutrina comparada, têm mais relação com outros princípios, todos já consagrados, além de evitar colocar freios na sua aplicabilidade, mediante o emprego equivocado de epítetos atordoantes como *processo moralista* ou *autoritário* para designar o modelo cooperativo; pensamento que, felizmente, não tem sido encampado pelas Cortes de Justiça.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, José Manoel de Arruda. Deveres Éticos das partes no Processo Civil Contemporâneo. In. BENETI, Sidnei; ROSAS, Roberto (coords.). *Entre a magistratura e a advocacia*. Rio de Janeiro: GZ, 2022.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005, p. 123/134. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/273/R165-11.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 18.10.2021.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Law's ideal dimension*. Nova Iorque: Oxford, 2021.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, v. 111, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEREDO, Amanda Helena Guedes. A inconstitucionalidade do ius postulandi na Justiça do Trabalho em face do princípio do contraditório. *Juris Plenum - Trabalhista e Previdenciária*. Caxias do Sul/RS, ano 4, n. 28, p. 22-25, fev. 2010.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. *O "contempt of court" no direito brasileiro e norte-americano*. 2010. Dissertação de mestrado - Universidade Federal do Espírito Santo, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufes.br/handle/10/2708>. Acesso em: 18.10.2021.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por danos processual no direito brasileiro. *Temas de direito processual civil*. 1. serie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Revolução Processual Inglesa. *Revista de processo*, v. 29, n. 118, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Temas de direito processual. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil*. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.4, n.16, p. 11-22, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_11.pdf. Acesso em: 18.10.2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Saraiva, 1999.

BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. Conferências – Processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 27, ano VII, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. 2. ed. Salvador: Juspodivim, 2018.

BENETI, Sidnei. A reforma processual alemã de 1976 e a interpretação da reforma do CPC brasileiro. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 1996.

BETTERMANN, Karl August. *Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses*. Juristischer Blätter, 94. Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, Feb. 1972.

BÖTTCHER, Hans-Ernst. The Role of the Judiciary. In. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 05, n. 10, p. 1317-1330, out. 2004. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/208302E1A4B955C5F6695418477F4B73/S2071832200013237a.pdf/the-role-of-the-judiciary-in-germany.pdf>. Acesso em: 18.10.2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal de 1988*, 05.08.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18.10.2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*, 16.03.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18.10.2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*, 17.01.1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 18.10.2021.

BRASIL. *Código Penal (Decreto-Lei 2.88/1940)*, 31.12.1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 18.10.2021.

BRASIL. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994)*, 04.07.1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 18.10.2021.

BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942)*, 09.09.1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 18.10.2021.

BRASIL. STJ - REsp 1.676.027/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.09.2017.

BRASIL. STJ - EDcl no REsp 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Galloti. j. 27.06.2018.

BRASIL. STJ – HC 603445/PB, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 29.04.2021.

BRASIL. STJ - REsp 1.362.524/MG, Rel. Min. Sebastião Reis, j. 23.10.2013.

BRASIL. STJ - RHC 66.126/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 10.12.2015.

BRASIL. STJ - RHC 72.065/RS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, j. 07.03.2017, p. 17.03.2017.

BRASIL. STJ - RHC 96.585/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28.06.2018, p. 01.08.2018.

BRASIL. STJ - EDcl - Conflito de Competência 139068/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 12.02.2021.

BRASIL. STJ - EDcl no MS 19.764/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 25.02.2016.

BRASIL. STJ - AgRg na PET no AREsp 204.145/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 23.06.2015, p. 29.06.2015.

BRASIL. STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no MS 19824/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 11.04.2018.

BRASIL. STJ - REsp 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 14.05.2019.

BRASIL. STJ - EDcl no AgRg no REsp 1.394.902/MA, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 04.10.2016.

BRASIL. STJ – REsp 1622386/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., j.12.20.10.2016, p. 25.10.2016.

BRASIL. STJ - 4ª T., REsp 1.769.201/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.03.2019, p. 20.03.2019.

BRASIL. STJ – PET no AREsp 1639431, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.05.2021.

BRASIL. STJ - 2ª Seção - REsp 1.777.553-SP e 1.763.462/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.05.2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1000).

BRASIL. STJ - REsp 1.777.553/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, voto-vista, j. 26.05.2021.

BRASIL. STJ - REsp 1.763.462/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.06.2021.

BRASIL. Stj – REsp 1.817.045/MS, Rel. Acd. Min. Nancy Andrighi, j. em 10.10.2019.

BRASIL. STJ - 2ª Seção - Súmula 372, p. 30.3.2009.

BRASIL. STF - HC 101.132-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24.04.12, p. 22.05.12.

BRASIL. STF - HC 187.035, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.04.2021.

BRASIL. STF - HC 68.929/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.10.1991.

BRASIL. STF - HC 201.901 MC/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14.05.2021.

BRASIL. STF - HC 204443/MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.07.2021.

BRASIL. STF – RE 640.139 RG/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 22.9.2011.

BRASIL. STF - ADPF 496, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22.06.2020.

BRASIL. STF - Inquérito 4.831/DF, j. 05.05.2021.

BRASIL. STF - HC 106.566/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.12.2014, p. 19.03.2015.

BRASIL. STF - HC 137.828/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.12.2016, p. 16.12.2016.

BRASIL. STF – MS 34063 AGR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 05.10.2016.

BRASIL. STF - RE 839.950/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24.10.2018.

BRASIL. STF - RMS 29916 A GR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09.12.2016.

BRASIL. STF - RE 760931/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30.03.2017.

BRASIL. STF - HC 71373, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.11.1994.

BRASIL. STF - PET 5088 / RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.10.2016.

BRASIL. TFR – 6. T. - Ag 42671, Rel. Min. Jerônimo Ferrante, j. 19.9.1982, p. 29.10.1982, p. 11002.

BRASIL. TJSP - HC 0073.182-68.2013.8.26.0000, voto convergente do Des. Amado de Faria, j. 16.07.2013.

BRASIL. TJSP - AI 2292918-10.2020.8.26.0000, Rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira, j. 28.05.2021.

BRASIL. TJSP - AI 2206082-34.2020.8.26.0000, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, j. 28.05.2021.

BRASIL. TJSP - AP nº 0031066-72.2019.8.26.0053, Rel. Des. Maura Laura Tavares, j. 28.05.2021.

BRASIL. TJSP - AI 2025650-83.2021.8.26.0000, Rel. Des. Marcondes D'Angelo, j. 27.05.2021.

BRASIL. TJSP - AI 2065795-84.2021.8.26.0000, Rel. Des. Mendes Ferreira, j. 25.01.2021.

BRASIL. TJSP - AI 2103478-58.2021.8.26.0000, Rel. Des. Marcodes D'Angelo, j. 19.05.2021.

BRASIL. TJSP - Apelação Cível nº 1003569-12.2015.8.26.0084, Rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 18.05.2021.

BRASIL. TJSP – AI 2080030-56.2021.8.26.0000, Rel. Des. Wanderley José Federighi, j. 14.05.2021.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n.126.

CAHALI, Claudia Elizabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista Del Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1950.

CALAMANDREI, Piero. *Osservazioni e proposte sul progetto di Codice di procedura civile*. Roma, 1938.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de processo*, São Paulo, v. 245, p. 425/444, jul. 2015.

CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano, A. Giuffrè, 1962, v. 1.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58-87.

CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile. Prima e seconda parte. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno LXVIII, fasc. 1 e 2, 2014.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-supresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, p. 65-68, abr. 2013.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità). *Rivista de Diritto Processuale*, v. 22, n. 3, Milano: CEDAM, p. 989-1004, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, p. 95-148, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LII, n. 3, 1998.

CONGRESSO DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE O NOVO CPC. *Carta de Tiradentes*, 10.03.2016. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/data/files/FA/B5/AD/F5/5781C510495681C5480808A8/carta_T.pdf. Acesso em: 18.10.2021.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. *Provimento n. 188/2018*, 11.12.2018. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 18.10.2021.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa "in Agendo"*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013*. Coimbra: Almedina, 2013.

CRISTOFARO, Marco de. Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di diritto processuale*. Padova, v. 65, n. 2, p. 282-305, 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 147–159, jul./set. 2012.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual no novo CPC pode incrementar ativismo judicial. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, [S/I], 02.05.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial>. Acesso em: 18.10.2021.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – tráfegando na contramão da doutrina. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/2016418121339.pdf>. Acesso em: 18.10.2021.

DEUTSCHLAND (GERMANY). *Gerichtsverfassungsgesetz*, 12.09.1950. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/index.html. Acesso em: 18.10.2021.

DEUTSCHLAND (GERMANY). *Zivilprozessordnung*, 30.01.1877. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/. Acesso em: 18.10.2021.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

DIDIER JR., Fredie. In. CABRAL, Antonio de Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 18-21.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a, v1.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

DODSON, Scott. New pleading, new discovery. *Michigan Law Review*, 109, n. 1, p. 53-89, 2010.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. “*Iura novit cúria*” e *causa de pedir*: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury, 2013.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. 5. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. *Enunciados*. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 18.10.2021.

ESPAÑA. *Ley de Enunciamento Civil*, 08.01.2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 18.10.2021.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução (para espanhol): Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh; 1961.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. 1 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*: os artigos da reforma. Coimbra: Almedina, 2013, v. 1.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1983.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do processo social e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 3 (2014), nº 4, p. 2717-2752. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02717_02752.pdf. Acesso em: 18.10.2021.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 143-150, dez. 2010. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/193-745-5-pb.pdf>. Acesso em: 18.10.2021.

FRANCE. *Code de Procédure Civile*, 05.12.1975. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070716/>. Acesso em: 18.10.2021.

FRANZETTI, Erica Vanessa Pavan. U.S. judicial discovery in private international arbitration: outlook remains uncertain. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, n. 26, p. 168-177, jul./set. 2010.

FREIRE E SILVA, Bruno. MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do advogado. *Revista Processo*, v. 264, p. 51-81, fev. 2017.

GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma no processo civil*. Almedina: Ed. Coimbra, 2006, v. 1.

GERLIS, Stephen M; LOUGHLIN, Paula. *Civil Procedure*. London: Cavendish Publishing Limited, 2001.

GILLES, Peter. *Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträglich Parteidispositionen über das Rechtsmittel*. Archiv für die civilistische Praxis. Band 177, Heft 2/3, p. 189-244, 1977.

GIORGIANTONIO, Cristina. Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management. *Quaderni di Ricerca Giuridica*. Banca d'Italia, Roma, n. 66, settembre 2009. Disponível em: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni_giuridici/2009_0066/quaderno_66.pdf. Acesso em: 18.10.2021.

GOLDSTEIN, Alan K. A short History of Discovery. *Anglo-American Law Review*, v. 10, p. 257-270, 1981.

GORIELY, Tamara; MOORHEAD, Richard; ABRAMS, Pamela. More Civil Justice: The impact of the Woolf Reforms on Pre-Action Behavior. *Research Study 43*. Londres: The Law Society and the Civil Justice Council, 2002.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 123-136, jul./set. 2015.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação do juiz e Tribunais com as partes. Uma análise sobre a ótica do direto comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *Revista da Esmape*, Pernambuco, v. 5, n. 11, p. 247-273, jan./jun. 2011.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 04., p. 826-848. Padova: CEDAM, jul./ago. 2010.

GRADI, Marco. Sincerità dei litigante ed ética della narrazione nel processo civile. *Rivista di Filosofia*, Lo Squardo, n. 08, p. 96-117, 2012.

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

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

GREGGER, Reinhard. Ronaldo Kochem. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 123-134, abr. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência a ordens judiciais: o “contempt of court”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 219-227, 2001.

GRUNSKY, Wolfgang. Il cosiddetto ‘Modello di Stoccarda’ e l’accelerazione del processo civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, CEDAM, n. 3, p. 354-369, 1971.

GUASTINI, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme*. Torino: Giappichelli, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneihler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

HAHN, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?* Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1983.

HANBURY, Harold Greville; YARDLEY, David Charles Miller. *English Courts of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

HASS, Ulrich. Il rapporto tra il giudice e le parti nel diritto tedesco. Tradução: Daniele Boccucci. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. v. 197, p. 211-243, 2011.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure*. An introduction. New Haven: Yale University Press, 1995.

HUXLEY-BINNS, Rebecca; MARTIN, Jacqueline. *Unlocking the English legal System*. 4. ed. Abingdon: Routledge, 2014.

ITALIA. *Codice di Procedura Civile*, 28.10.1940. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>. Acesso em: 18.10.2021.

ITALIA. *Legge Costituzionale (1999)*, 23.11.1999. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1999/12/23/300/sg/pdf>. Acesso em: 18.10.2021.

JACOB, Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. London: Stevens & Sons, 1987.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure*. 6. ed. St. Paul: Thomson West, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. *Civil litigation*. 4. ed. Nova Iorque: Thomson & Delmar Learning, 2005.

KLEIN, Franz. *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*. Wien: Manz, 1897.

KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1958.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (“kooperatinsmaxime”). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 75-111, jan. 2016.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamento de ética jurídica*. Tradução (para espanhol): Luis Diez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de veracidade das partes no processo civil brasileiro. *Revista dialética de direito processual*, n. 97, p. 117-135, abril 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no Novo Código de Processo Civil: Vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, jan/jun 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23113/19632>. Acesso em: 18.10.2021.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e a sua repercussão no dever de fundamentação das decisões no processo democrático. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 69-84, dez. 2014.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris*. [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/12125465/Novo_CPC_princ%C3%ADpio_da_coopera%C3%A7%C3%A3o_e_processo_civil_do_arco_%C3%ADris?source=swp_share. Acesso em 18.10.2021.

MALLET, Estevão. *Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”*. *Revista dos Tribunais*: RT, n. 233, p. 43-63, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/100864097/v8/page/l>. Acesso em: 18.02.2022.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. ¿Abuso de Derecho en el Proceso? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso de direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*. *Revista do Advogado*, ano XXXV, n. 126, p. 47-52, maio/2015. Disponível em: https://www.academia.edu/13019214/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_como_Norma_Fundamental_do_Novo_Processo_Civil_Brasileiro?source=swp_share. Acesso em: 18.10.2021.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual no marco teórico do formalismo valorativo*. 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/13221>. Acesso em: 18.10.2021.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como “prêt-à-porter”*: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, p. 62, 2011.

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

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan/mar 2012, Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003_mitidiero.pdf?sequence=4. Acesso em: 18.10.2021.

MORTARA, Lodovico. *Manuale della Procedura Civile*. Torino, 1910, v. 1.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NETO, Abílio. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Lisboa: Ediforum, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

NUNES, Dierle José Coelho. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Dierle. Novo CPC promove equilíbrio entre magistrados e advogados. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, [S/l], 17.12.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-17/dierle-nunes-cpc-promove-equilibrio-entre-juizes-advogados>. Acesso em: 18.10.2021.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. Por um processo civil efetivamente constitucionalizado. In: RÚA, Mónica Bustamante. *Reformas procesales em Colombia y en el mundo*. Medellín: Universidad de Medellín, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*, São Paulo, v. 71/1993, p. 31-38, jul./set. 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, v. 44, p. 179-212, 2003.

ÖSTERREICH (AUSTRIA). *Zivilprozessordnung*, 01.08.1895. Disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_2006_1_7. Acesso em: 18.10.2021.

PAULA RAMOS, Vitor de. Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC brasileiro. In: CAVANI, Renzo; PAULA RAMOS, Vitor de (coords.). *Prueba y proceso judicial*. Lima: Instituto Pacífico, 2015. p. 363-382.

PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil*. Do ônus ao dever de provar. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018.

PECZENIK, Aleksander; HAGE, Jaap. Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 305-325, set. 2000.

PEIXOTO, Ravi. O princípio da cooperação e a construção de um sistema comunicativo das nulidades sob a ótica da teoria do fato jurídico processual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 15, v. 60, p. 99-124, out./dez. 2014.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 219, p. 89-115, maio/2013.

PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 343 do CPC. In. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil* (1961), 28.12.1961. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/437383/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%2%A044129+de+28-12-1961>. Acesso em: 18.10.2021.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil* (2013), 26.06.2013. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>. Acesso em: 18.10.2021.

PORTUGAL. *Decreto-Lei 329-A/1995*, 12.12.1995. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/226051/details/maximized>. Acesso em: 18.10.2021.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REDENTI, Enrico. L'umanità nel nuovo processo civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 18, n. 1, p. 25-34, 1941.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil*. Os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano mora indenizável*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SANTOS, Igor Raatz dos. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47-80, fev. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SCHIMIDT, Richard. Die Lüge im Prozess ("A mentira no processo"). *Deutsche Juristen-Zeitung*, Jg. XIV, p. 39-44, 1909.

SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*. 10. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 174–184, abr./jun., 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* [S. l.: s. n.]: 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A2ncias_01_2015. Acesso em: 18.10.2021.

SOUZA, André Pagani. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual: Aspectos Doutrinários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. São Paulo: Lumen Iuris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 13-34, 2012.

STRECK, Lenio Luiz *et al.* Aposta na bondade. Cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico, [S/l]*, 23.12.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 18.10.2021.

STRECK, Lenio Luiz *et al.* O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 62-92, 2009.

TARUFFO, Michele. La verità nel processo. *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial / Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) UPB*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, p. 31-48, 2014. Disponível em: <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2217/Dilemas%20sobre%20Derecho%20Procesal-EWB-.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18.10.2021.

TARUFFO, Michele; HAZARD JÚNIOR, Geoffrey. Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions. *Notre Dame Law Review*, n. 73, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo

Horizonte, v. 27, n. 21, p. 96-133, maio 1979. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116003>. Acesso em: 18.10.2021.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Resolução n. 203/2016*, 15.03.2016. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 18.10.2021.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LV, n. 2, p. 381-410, jun. 2001.

UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Rules of Civil Procedure*, december 1, 2020. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>. Acesso em: 18.10.2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *US Code Title 18 – Crimes and Criminal Procedure*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18>. Acesso em: 18.10.2021.

VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAHRMUND, Ludwig. *Excerpta legum edita a Bulgarino causídico. Quellen Zur Geschichte Des Römisch-kanonischen Processes Im Mittelalter*. Innsbruck: Wagner, 1925, v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Herrmann Luchterhand, 1978.

WLADECK, Felipe. Abuso quanto ao exercício do direito de demandar o Direito Processual Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 96, p. 38/39, março 2011.

WATCH, Adolf. *Vortrage uber die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Fruhjahr 1879*, 2. Aufl., Bonn, 1896.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts – Discovery. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (coords.). *Civil litigation in comparative perspective*. St. Paul: Thomson/West, 2007.

ZUFELATO, Camilo. Análise comparativa da cooperação e colaboração entre sujeitos processuais do novo CPC. *In. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 99-121.