

MARCO ANTONIO BATISTA DE MOURA ZIEBARTH

**Os poderes do juiz no processo civil brasileiro
contemporâneo**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018**

MARCO ANTONIO BATISTA DE MOURA ZIEBARTH

**Os poderes do juiz no processo civil brasileiro
contemporâneo**

Dissertação de Mestrado 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 do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018**

Ziebarth, Marco Antonio Batista de Moura

Os poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo / Marco Antonio Batista de Moura Ziebarth: orientador José Carlos Baptista Puoli -- São Paulo, 2018.

227 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018).

1. Poderes do juiz. 2. Função. 3. Discricionariedade. 4. Proporcionalidade. 5. Criatividade judicial. I. Puoli, José Carlos Baptista, orientador. II. Título.

Para meus pais.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor José Carlos Baptista Puoli, por me abrir as portas da Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e assumir a orientação desta dissertação, transmitindo profundos ensinamentos que contribuíram para a minha formação acadêmica e para a elaboração do presente trabalho.

Aos membros da banca de qualificação, Professores Ricardo de Barros Leonel e Marcelo José Magalhães Bonizzi, cujas sugestões e diretrizes muito contribuíram para a elaboração e desenvolvimento deste estudo.

Aos meus pais, que apesar da distância sempre me deram todo apoio e estiveram ao meu lado nessa trajetória acadêmica e em todos os momentos que precisei.

Ao meu irmão, pelos conselhos e pela disposição de me auxiliar na reta final deste trabalho.

RESUMO

ZIEBARTH, Marco Antonio Batista de Moura. *Os poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo*. 2017. 227 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O presente trabalho tem por objetivo investigar os poderes do juiz no contexto contemporâneo em que é exercida a função jurisdicional. Para tanto, traça-se inicialmente um panorama sobre a posição do Poder Judiciário frente aos demais Poderes estatais para então abordar a função jurisdicional, esboçando suas características na atualidade com enfoque para os fatores que promovem o aumento dos poderes do juiz. Dentre esses fatores, destaca-se a opção do legislador de, muitas vezes, utilizar enunciados normativos que contém termos imprecisos, o que exige tarefa hermenêutica mais intensa e diversa daquele modelo proposto inicialmente pelo positivismo. Com base nesse contexto, analisa-se o papel do juiz no processo civil, de modo que se mostram relevantes os debates muitas vezes levantados pelos defensores de uma postura mais ativa desse agente estatal, visão que confronta com os que pregam por um modo de agir mais neutro. Considerando que os textos legais não raras vezes possuem termos imprecisos e concedem, por consequência, maior liberdade ao juiz, aborda-se o tema da discricionariedade judicial e a importância da proporcionalidade como meio de controlar essa abertura outorgada pelo legislador. Com o advento do recente Código de Processo Civil brasileiro, que procura adotar uma ótica mais cooperativista de processo, discute-se a relevância de se falar hoje em sistemas *adversarial* e *inquisitorial* para designar o papel do juiz e das partes no processo, haja vista ainda que legislações processuais de outros países, como Portugal e Inglaterra, também procuram dar destaque à colaboração no processo. Dentro de todo esse contexto, são analisados separadamente cada um dos poderes do juiz, adotando-se uma dentre várias classificações possíveis a respeito. O estudo desses poderes com base no Código de Processo Civil brasileiro permite verificar que o magistrado possui ampla liberdade em diversos aspectos para cumprir os fins inerentes ao exercício de sua função, o que também dá margem a subjetivismos. Diante disso, estabelecer os limites de atuação legítima torna-se essencial para conformar os *poderes-deveres*, com a finalidade de não permitir que noções subjetivas de “justiça” atentem contra a legalidade.

Palavras-chave: Poderes do juiz. Função. Discricionariedade. Proporcionalidade. Criatividade judicial.

ABSTRACT

ZIEBARTH, Marco Antonio Batista de Moura. *The powers of the judge in the brazilian contemporary civil procedure law*. 2017. 227 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This dissertation aims to explore the powers of the judge in the contemporary representative democratic landscape. First, this work provides an overview about the position of the Judiciary before the other branches of the State. Following this introduction, the paper addresses the jurisdictional function, drafting its features and focusing on the factors that increase the powers of the judge. Among these factors, I particularly discuss the option of the legislator to adopt normative statements and language containing vague and imprecise terms. The embracement of this language requires more intensive and distinct hermeneutical task than the model initially proposed by the Positivism. Based on this background, I analyse the role of the judge in the civil process, pointing out claims made by those who argued for a more active role of the judge vis-a-vis the claims for a more neutral judicial decision-making. Whereas the legal language often has imprecise terms and provide therefore more freedom to the judge, this work approach subjects as judicial discretion and the role of proportionality as tools to control this opening granted by the legislator. As the Brazilian Civil Procedure Code seeks to embrace a cooperative view of process, this paper examines the relevance of the *adversarial* and *inquisitorial* systems to deal with the role of judge and parties in the process. In addition to Brazil, other countries, including but not limited to England and Portugal, have been implementing an approach towards collaboration. Furthermore, this dissertation delves into each power of the judge, adopting one among several possible classifications about this topic. The study over these powers allows to verify that the judge has wide freedom concerning various aspects to fulfil the inherent purposes of her/his role, which also gives room to subjectivism. Therefore, the establishment of the limits of the legitimate action is essential to determine the “*powers-duties*,” with the purpose to not allow that subjective notions of “justice” undermine the rule of law.

Keywords: Powers of the judge. Role of the judge. Discretion. Proportionality. Judicial creativity. Judicial Power. Decision-making. Courts. Justice. Rule of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
Capítulo 1: O Poder Judiciário e a função jurisdicional no processo civil contemporâneo	14
1.1 Breves considerações acerca da função jurisdicional e sua feição contemporânea	18
1.2 A crise do positivismo e a jurisdição.....	25
1.3 Relativização do binômio direito e processo.....	30
1.4 Instrumentalidade do processo	32
1.4.1 Escopos da jurisdição	36
1.5 A interpretação e a produção da norma.....	38
1.5.1 Eficácia das normas constitucionais.....	46
1.5.2 As normas com enunciados abertos.....	49
1.6 A jurisdição e as famílias jurídicas ocidentais.....	51
1.6.1 A <i>common law</i> e o modelo de precedentes.....	52
1.6.2 A <i>civil law</i> e a necessidade de estudo do modelo de precedentes da <i>common law</i>	57
Capítulo 2: Os poderes do juiz	60
2.1 O papel do juiz: entre o garantismo e o ativismo judicial	60
2.2 Discrecionabilidade judicial?	63
2.3 A atividade do juiz e o princípio da proporcionalidade.....	76
2.4 Os modelos adversarial, inquisitorial e cooperativista	82
2.4.1 Atenuação do modelo adversarial inglês e o modelo brasileiro pelo CPC/2015.....	84
2.5 Faculdade, ônus, dever e poder	94
2.5.1 O aumento dos poderes do juiz: fatores e problemas dele decorrentes	102
2.6 Os poderes do juiz: classificações	106
2.7 Poderes ordinatórios	108
2.7.1 Flexibilização procedimental.....	124
2.7.2 O negócio jurídico processual	129
2.8 Poderes instrutórios	137
2.8.1 Iniciativas instrutórias pelo juiz e o princípio dispositivo.....	140
2.8.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova	148
2.9 Poderes decisórios	154
2.9.1 Valorização dos precedentes	161
2.10 Poderes éticos	168

2.11 Poderes executivos	174
2.12 Poder geral de cautela.....	185
2.12.1 Os requisitos para a concessão das tutelas de urgência	188
2.12.1.1 A <i>probabilidade do direito</i> e o <i>perigo de dano</i> ou o <i>risco ao resultado útil do processo</i>	189
2.12.1.2 Os requisitos da tutela de urgência e o princípio da proporcionalidade.....	192
Capítulo 3: Os limites aos poderes do juiz	196
3.1 Os princípios dispositivo e da demanda	199
3.2 Separação dos poderes, princípio da legalidade, dever de motivação e valorização dos precedentes	203
3.3 Preclusão <i>pro judicato</i>	212
CONCLUSÃO.....	217
REFERÊNCIAS	221

INTRODUÇÃO

Não é recente a preocupação dos estudiosos das mais variadas áreas do conhecimento acerca da atuação dos juízes e seus poderes. Na Antiguidade Clássica já se realizava esse debate e no texto *A República*, de Platão, a educação do juiz e a formação de seu caráter são temas tratados por Sócrates no diálogo. Nessa obra, Sócrates já discutia sua preocupação para que o julgador não exercesse seu ofício com base em experiências pessoais que o levem à noção (ou a uma noção) de justiça, devendo adotar distanciamento das relações sociais que podem viciar o verdadeiro conhecimento da natureza da justiça.¹

Essa breve alusão ao texto clássico de Platão ajuda a apontar algumas questões muito latentes que se encontram até hoje na ciência jurídica, como a noção de justiça e sua aplicação no caso concreto, bem como o papel do juiz na sua efetivação e a postura que deve adotar ao longo do processo para tanto. A formação do magistrado e sua condição de cidadão no exercício da atividade estatal que lhe cabe também constituem matérias de extrema relevância para se pensar o atual estágio da função jurisdicional, principalmente quando se joga a luz sobre os poderes inerentes a essa atividade e seus respectivos limites.

E esse debate faz-se ainda mais premente tendo em vista a posição cada vez mais relevante que o Poder Judiciário tem assumido, o que se deve em boa parte à ampliação dos direitos previstos na Constituição Federal e à construção doutrinária e jurisprudencial que reconhece a eficácia plena e a aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais.²

A própria Constituição elegeu o Supremo Tribunal Federal como o seu guardião (art. 102), e a possibilidade de se proceder ao controle difuso de constitucionalidade permitiu aos juízes que afastem a aplicação de norma contrária ao Texto Magno ao dizer/produzir o direito no caso concreto. Esses traços do sistema jurídico brasileiro revelam a confiança depositada na figura do juiz, confiança essa que, ao mesmo tempo, faz recair sobre os ombros desse agente estatal enormes exigências para a concretização da justiça, além de

¹ O filósofo menciona a necessidade de o juiz ser conhecedor da natureza da justiça, mas explica que esse

² José Afonso da Silva explica que a Constituição até apresenta a tendência de deixar a cargo do legislador ordinário a integração e complementação de suas normas, mas, ainda assim, “uma simples análise mostra que a maioria de seus dispositivos acolhe normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 88-89).

criar, o que parece um paradoxo, receios a respeito da possibilidade de adoção de critérios de índole subjetiva no julgamento de uma causa.

Esse poder concedido ao julgador não é dado sem uma contrapartida. Não apenas a desconfiança pesa sobre essa figura, como também (e antes de mais nada) a exigência para que cumpra um *dever* na medida em que está investido em uma função. Vale dizer, sobre esse aspecto, um *poder* pressupõe um *dever*. O poder dado ao juiz no exercício de sua atividade só é concedido para que possa cumprir os deveres inerentes à sua função. Haja vista então que o *dever* vem antes do *poder* é que existem aqueles que preferem a expressão *dever-poder* do agente estatal em vez de *poder-dever*.³

O presente estudo, dessa feita, terá como objeto de investigação a atividade do julgador no exercício da função jurisdicional. E essa análise se debruçará sobre os fatores que incrementam os poderes do juiz e possibilitam uma atuação criativa; os elementos que limitam esse poder e que constituem uma contrapartida necessária àqueles submetidos à atividade jurisdicional; e a identificação desses poderes no âmbito do processo judicial, de modo a trazer uma possibilidade de classificação.

Nessa perspectiva, o trabalho aqui desenvolvido visa a averiguar os elementos que conduzem ao equilíbrio do poder aqui discutido, de modo que possa este ser efetivo na concretização do direito e que ao mesmo tempo não extrapole a ponto de configurar-se arbitrariedade. Cabe destacar que a ideia de *equilíbrio* permeia a discussão aqui desenvolvida, tendo como referência os fatores determinantes a uma decisão judicial legítima, que não pende nem para o extremo do excesso do poder, e nem para o outro extremo consistente na atuação tímida e estéril do magistrado, presa pelo rigor do formalismo.⁴

³ Acerca dessa noção de dever-poder relacionada à ideia de função, vale trazer os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no *interesse alheio*.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 68, grifos no original).

⁴ Marcelo José Magalhães Bonizzi, ao discorrer sobre proporcionalidade no processo civil, destaca bem a necessidade de se estabelecer uma linha de equilíbrio na esfera processual, devendo-se verificar até que ponto é legítimo ir na hipótese de a norma não fornecer uma solução satisfatória ao caso concreto. Coerente com essa preocupação, Bonizzi explica que no princípio da proporcionalidade “está apoiada a linha de equilíbrio fundamental do sistema processual, sem o qual não haverá legitimação (formal ou material) das decisões judiciais, a qual somente poderá ocorrer mediante a observância de critérios que proíbam o excesso de poder, o desequilíbrio ou a desnecessidade de certas medidas, nas relações entre o Estado e as pessoas que necessitam de

Para tanto, o primeiro capítulo trata das premissas deste trabalho e discorre acerca da função jurisdicional na atual fase do direito processual civil. Tal abordagem pressupõe avaliar como se apresenta o Poder Judiciário na modelagem contemporânea da separação dos poderes, haja vista que passou a exercer uma postura de maior destaque quando comparada a épocas mais remotas, hoje inclusive com ampla participação política.

Com o intuito de traçar as primeiras diretrizes gerais que serão mais bem discutidas ao longo do estudo, aborda-se de início a atividade jurisdicional diante da crise do positivismo e da constitucionalização do direito.

Esse capítulo inicial ainda traz outros elementos essenciais para compreender, mais especificamente, a fase contemporânea do estudo científico do direito processual civil, como a relação direito material e direito processual, bem como a ótica pautada na instrumentalidade do processo, que passa a exigir que se alcance a ordem jurídica justa e, por consequência, influencia a atividade criativa do juiz. Ao lado disso, outra premissa fundamental e que tem relação direta com a postura do julgador diz respeito à aplicação dos valores constitucionais ao caso concreto, não se limitando a dizer o direito tão somente no plano da legalidade. Ao lado dessa análise, faz-se também fundamental entender a interpretação e criação da norma jurídica pela jurisdição.

Ainda, é relevante traçar um paralelo, mesmo que breve, a respeito das famílias jurídicas ocidentais, quais sejam, *common law* e *civil law*, e apontar algumas trocas de experiências entre ambas e que certamente guardam relação com os poderes do juiz, bem como ajudam a compreender melhor a fase contemporânea do processo civil brasileiro.

Após essas breves considerações referentes ao atual estágio da ciência processual, o capítulo segundo será dedicado a situar o papel do juiz no processo civil contemporâneo, abrangendo sua margem de liberdade, muitas vezes outorgada pela própria lei, e seu poder de criação. Então, serão tratadas as correntes garantistas e ativistas com o intuito de levantar seus pontos críticos e encontrar um equilíbrio nos poderes do juiz.

tutela jurisdicional.” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo – a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23).

Além disso, dois temas mostram-se de extrema relevância para analisar o exercício da função jurisdicional na atualidade, quais sejam: princípio da proporcionalidade e discricionariedade judicial. O primeiro tem relação com a própria ideia de equilíbrio que se busca no presente estudo e o segundo debate a liberdade do juiz na aplicação/criação do direito, discutindo se de fato existe uma “discricionariedade” no âmbito judicial. Esses dois temas são fundamentais para entender a margem de liberdade muitas vezes outorgada pela própria legislação ao magistrado.

Então, passa-se a abordar a postura do julgador nos chamados modelos *adversarial* e *inquisitorial*, e como se verifica a atenuação desses modelos para a ótica cooperativista, desejada pelo CPC/2015 e que prima pelo diálogo entre as partes e o juiz.

A partir desse ponto, abordadas algumas premissas necessárias, o trabalho passa a dar enfoque específico aos poderes do juiz, tratando inicialmente da noção de poder e sua distinção de outros conceitos como faculdade, ônus, dever. Em seguida, será abordado o aumento dos poderes do juiz, elencando fatores e problemas dele decorrentes.

E então, ainda, o segundo capítulo passará a analisar os poderes em si, adotando-se uma das muitas classificações possíveis, quando também será feito com mais intensidade o estudo com a legislação brasileira, com pontuais considerações atinentes também ao direito estrangeiro. Essa abordagem permeará ainda as questões atinentes ao debate entre ativistas e garantistas, os eventuais traços do almejado modelo cooperativista, a existência ou não de discricionariedade judicial e a pertinência da incidência da proporcionalidade.

Por fim, no terceiro capítulo se debruçará sobre os fatores que limitam os poderes do juiz e correspondem ao seu efetivo controle, de modo a verificar um equilíbrio na atividade jurisdicional. Como todo poder, ao menos em uma sociedade que preza por liberdades fundamentais, encontra fronteiras e passa por controles, essa parte final do trabalho trata de questões essenciais até para o regime democrático, com ponderações pertinentes acerca da necessidade desse agente estatal prestar contas.

Por meio dessas etapas, procura-se, sem a pretensão de trazer conclusões definitivas, contribuir para o debate em torno dos poderes do juiz, traçando elementos que

trazem equilíbrio à atuação do julgador, eliminando, ou ao menos mitigando, a possibilidade de arbitrariedades e afastando uma postura omissa e não condizente com o processo civil contemporâneo.

Como se pode observar, o tema objeto deste estudo, como tantos outros atinentes à ciência processual, é terreno fértil para intensos debates. O Poder Judiciário, no atual estágio da maioria das democracias ocidentais, conheceu uma ampliação de suas atribuições, passando a resolver questões de âmbito público cujo foro de decisão competia, tradicionalmente, mais ao Executivo e ao Legislativo. Muito tem-se falado nos últimos anos de protagonismo do Judiciário e ativismo judicial com o intuito de descrever essa nova postura no exercício da função jurisdicional.

Não há como não reconhecer que, nesse contexto, o papel do juiz ganha novos contornos. Coerente com a visão publicista do processo, o magistrado passou a ser reconhecido como um agente estatal no desempenho de uma função pública pautada não apenas na mera satisfação das partes envolvidas no litígio, mas principalmente na aplicação da ordem jurídica justa.

Essa postura ativa e participativa do juiz, no entanto, merece resguardos e não pode ser encarada, obviamente, de forma absoluta. Diante do poder que o magistrado passou a deter em razão da ótica pautada na instrumentalidade do processo e da necessidade de muitas vezes definir, no caso concreto, interesses que ultrapassam a esfera de direitos das partes litigantes, intensificou-se o receio de que o poder criativo do magistrado pudesse desembocar em arbitrariedades e subjetivismos.

Nesse sentido, o tema desenvolvido reside também na tentativa de identificação, delimitação e controle dos poderes do juiz no processo civil. A própria amplitude do papel que o Judiciário tem assumido já revela a pertinência do estudo, dado que muitas das decisões proferidas atingem uma coletividade de pessoas, tornando-se imprescindível a compreensão dos institutos envolvidos.

A recente entrada em vigor de um novo código processual intensifica a necessidade desse debate, já que trouxe da experiência estrangeira institutos processuais antes aqui inexistentes.

Dessa forma, além da análise do ordenamento jurídico nacional e da contextualização do atual estágio do direito processual civil, revisitando institutos clássicos da ciência processual e compreendendo-os à luz da dinâmica contemporânea, é importante também abordar experiências do direito estrangeiro, que também acabam por influenciar o direito pátrio, e verificar ainda que brevemente como se posiciona a figura do juiz em sistemas tradicionalmente distintos do brasileiro.

Assim, o debate acerca dos limites e mecanismos de controle do exercício da função jurisdicional é de extrema relevância para se chegar a uma linha de equilíbrio dos poderes do juiz condizente com o Estado Democrático.

CAPÍTULO 1: O PODER JUDICIÁRIO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

A separação dos poderes do Estado incorporou-se ao constitucionalismo como um dogma que caminha junto com a ideia de democracia. A teoria formulada por Montesquieu em sua obra “Do espírito das leis”, no século XVIII, passou a ser desenvolvida e adaptada desde então e é largamente refletida em constituições de Estados democráticos.

Montesquieu concebeu sua teoria em um período histórico em que se pretendia assegurar a liberdade dos indivíduos e limitar o poder do Estado, reduzindo ao mínimo sua esfera de atuação. Ocorre que, como ensina Dalmo de Abreu Dallari, “a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado”, e este, por sua vez, passou a ser cada vez mais chamado a agir e abandonou sua postura passiva, “ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais”.⁵

Essa intensificação quanto ao agir do Estado pode ser vista de forma bem atual na atuação do Poder Judiciário. Não é nenhuma novidade que o Poder Legislativo não possui capacidade de criar leis sempre acompanhando as transformações sociais na medida em que estas ocorrem, pois esse processo de elaboração de leis não consegue alcançar o dinamismo da sociedade, a despeito de um fenômeno característico do século XX que muitos chamaram de “orgia legiferante” ou também de “poluição legislativa”, em que se verificou uma proliferação de leis sem precedente na história.⁶ Diante disso, coube ao Judiciário, em redefinição de suas funções, tentar suprir essa deficiência do poder estatal.

Boaventura de Sousa Santos trata dessas novas atribuições e faz referência ao fenômeno da expansão global do Poder Judiciário, consistente no “crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito”.⁷ Ao tratar especificamente dos Estados latino-americanos, o professor português explica que sua construção dedicou-se mais ao crescimento do Executivo e da sua burocracia, de modo a converter o Judiciário em um

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 222.

⁶ Mauro Cappelletti aborda esse fenômeno que, segundo o jurista, constituiu uma resposta ao progressivo agravamento das condições sociais e econômicas, de modo que é possível afirmar que, “no conjunto, tratou-se ou trata-se de inevitável fenômeno em qualquer complexa sociedade industrial ou pós-industrial”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2008, p. 7).

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 17.

aparato burocrático, “uma instituição sem poderes para controlar o Estado e seus mecanismos reguladores”.⁸

No entanto, continua o autor, a partir da década de 1980 muitos países passaram a experimentar uma forte proeminência do sistema judicial e um protagonismo dos tribunais. Esse fenômeno está assentado em um “entendimento mais amplo do controle da legalidade e apostando, por vezes, na constitucionalização do direito ordinário como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos”.⁹

Nessa perspectiva, o Judiciário passa a assumir sua condição de poder político, inclusive confrontando-se com outros poderes estatais, o que pode ser constatado sobretudo em três campos: na garantia de direitos, no controle de legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política.¹⁰

Esse protagonismo dos tribunais, complementa Boaventura de Sousa Santos em seguida, encontra relação com o desmantelamento do Estado intervencionista, haja vista que o sistema judicial tem-se mostrado também como um substituto da administração pública na efetivação das prestações sociais. Assim, “a litigação tem a ver, não só com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação”.¹¹

Celso Fernandes Campilongo, ao tratar da posição do Poder Judiciário na atualidade, explica que a relação entre decisão judicial e sistema político sempre foi mediada pelas características do Estado e dos elementos centrais de seu conceito, como territorialidade e soberania. Nesse sentido, indica traços da atual conjuntura política que apontam para a perda de centralidade dos Estados Nacionais como polos do poder político. A globalização tem um forte impacto nessa ordem, vez que, analisando do prisma econômico, representa ao menos um esvaziamento da territorialidade; do ponto de vista político, verifica-se a formação de grandes blocos e organismos supranacionais que relativizam a soberania; e, ainda, do

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 19.

⁹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹¹ *Ibidem*, p. 21-22.

prisma jurídico, o direito do mercado globalizado flexibiliza o direito positivo estatal em todos os planos.¹²

Com isso, o Judiciário acaba experimentando uma enorme mudança, vez que, em sua origem, foi concebido a atuar num contexto de centralidade da atuação estatal, enquanto na conjuntura atual é obrigado a atuar em planos bem diversos e com outras características. Essa mitigação da centralidade do Estado, observada também pela “crise” do Estado social, faz com que, como afirma Campilongo, a decisão judicial mude seu perfil e a jurisdição (e não a legislação) passe a ocupar papel central no sistema jurídico.¹³

Como se observa por essas considerações, a omissão do Estado no cumprimento das promessas da Constituição do Estado social, mais precisamente por parte do Legislativo e, em destaque, do Executivo, somada à constitucionalização do direito, conduz a uma atuação mais destacada por parte do Judiciário, que acaba sendo um depositário das frustrações dos cidadãos quando estes têm seus direitos constitucionais violados.

Não se quer dizer, todavia, que Legislativo e Executivo adotaram postura completamente passiva de modo a impingir o Judiciário a assumir conduta ativa. Pelo contrário, verificou-se inicialmente uma expansão do direito legislativo acompanhada também da dilatação e burocratização da Administração Pública e foi justamente nesse cenário que se intensificou o papel dos tribunais, que não poderiam ficar sufocados ante o protagonismo dos demais Poderes.

De acordo com Mauro Cappelletti,¹⁴ podem ser elencadas três razões para a existência desse aparente paradoxo: (i) natureza da moderna legislação social ou de *welfare*, que não apenas se vale em traçar em linhas gerais os fins e princípios pretendidos, deixando aos juízes um âmbito de *discrecionarietà*, como também exige uma conduta ativa (promocional) do Estado; (ii) necessidade de controle do *Big Government* (decorrente do ativismo legislativo e administrativo), de modo que o Judiciário emerge como “terceiro

¹² Campilongo complementa que “essa transformação paradigmática na função do Estado submete o Judiciário a uma pressão terrível e que, em última análise, põe em discussão não apenas a utilidade, mas até a necessidade e a razão de ser de um Judiciário modelado nos termos concebidos pelo liberalismo e, depois, ajustado ao Estado social.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20).

¹³ *Ibidem*, p. 30.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2008, p. 8-13.

gigante” com a missão de controlar Parlamentos e Administrações Públicas; e, (iii) desenvolvimento, verificado em especial no último pós-guerra, das declarações dos Direitos do Homem, o que também revela o aspecto de desconfiança nos “ramos políticos” (expressão utilizada pelo autor) e do crescimento não apenas quantitativo do Judiciário e de suas funções.

Assim, o próprio fenômeno da ampliação do direito legislativo (e da administração pública) que se verificou no século XX foi uma das causas para outro fenômeno consistente na expansão do direito judiciário, proporcionando, no mesmo passo, o crescimento da função criativa dos juízes. Sustenta ainda Cappelletti que esse crescimento do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso “num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”.¹⁵

Esse papel do Poder Judiciário já encontrava vozes na obra “O Federalista”, compilação de artigos de políticos que defendiam a ainda recente Constituição dos Estados Unidos da América. No Capítulo LXXVIII, Alexander Hamilton propugna a concessão de meios possíveis para que o Judiciário possa defender-se dos outros dois poderes, como a independência e a inamovibilidade dos juízes. De acordo com Hamilton, o Judiciário seria o mais fraco dos três, já que não possui a força pública do Executivo e não decide, como o Legislativo, acerca dos direitos e deveres dos cidadãos.¹⁶

Sustenta Hamilton que, ao dar esses meios de defesa ao Judiciário, permite-se que este exerça seu papel de controlar os demais poderes e proteger a Constituição, que deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental. Nessa medida, os tribunais colocam-se entre o povo e a legislatura, “principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições”, mas isso não quer dizer que o Judiciário encontra-se em posição superior ao Legislativo, e sim “que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer”.¹⁷

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 18-19.

¹⁶ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 162.

¹⁷ *Ibidem*, p. 163. Essa preocupação em proteger o Poder Judiciário também possui razão histórica e decorre em boa parte da aversão que os cidadãos das então colônias americanas tinham em relação ao Parlamento britânico, como será mais bem tratado no capítulo seguinte, quando for analisado sucintamente o sistema da *common law*.

Muito embora o autor não mencione expressamente a ideia de freios e contrapesos, a necessidade de atribuir prerrogativas ao Judiciário é justificada pelo sentido democrático de controle entre os Poderes estatais.

Nessa perspectiva, em momentos de fragilidade democrática e violações a preceitos constitucionais, o Judiciário, e mais destacadamente as Cortes Superiores, assume dever de extrema relevância na proteção dos valores expressos na Lei Fundamental, atuando como seu verdadeiro guardião. A despeito de esse papel ser potencializado em períodos de enfraquecimento das instituições democráticas, não se descarta de que também é exercido regularmente em tempos de estabilidade política. É do próprio Estado de Direito, em sua feição contemporânea, contar com esse contrapeso, confiando no Judiciário a proteção da Constituição contra eventuais violações perpetradas até mesmo pelos demais Poderes estatais.

Essa noção de democracia, que reconhece a postura ativa dos tribunais, autoriza (e exige), como não poderia deixar de ser, a aplicação de valores constitucionais pelos juízes, o que sem dúvida acarreta na ressignificação da função jurisdicional. Como visto pelo excerto de Hamilton abordado acima, essa nova forma de pensar o exercício da jurisdição vem de uma construção ao longo da história e está intrinsecamente relacionada com a discussão da distribuição de papéis entre os Poderes do Estado. E essa distribuição vem sendo repensada até os dias atuais, como se verifica pelas lições de Cappelletti, Campilongo, Dallari e Boaventura de Sousa Santos expostas acima.

Nesse passo, com a nova organização dos Poderes, é inegável que há também uma redefinição das funções estatais, em que a jurisdição acaba por trazer também para si esferas de atuação que tradicionalmente diziam respeito a outras funções.

1.1 Breves considerações acerca da função jurisdicional e sua feição contemporânea

Feitas as considerações acerca do Judiciário como Poder, cabe agora trazer algumas reflexões sobre a função que lhe é típica, a jurisdição, entendida, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, como “o poder que o juiz exerce para a pacificação de pessoas ou grupos e eliminação de conflitos”.¹⁸

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 439, vol. 1.

Ainda a respeito do tema, Dinamarco explica a tríplice conceituação atribuída à jurisdição, que muitas vezes é entendida ao mesmo tempo como um *poder*, uma *função* e uma *atividade*. Assim, ela é o próprio *poder* estatal, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual, “assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar”. Na sua acepção como *função*, caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – escopos esses mencionados na definição acima, como a pacificação e a eliminação de conflitos. Já como *atividade*, a jurisdição caracteriza-se pelos atos que o juiz realiza no processo, de acordo com as regras do procedimento.¹⁹

Nesse sentido, no quadro das funções estatais, Dinamarco conceitua a jurisdição como “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.²⁰ Por esse conceito, verificam-se dois elementos importantes, a *imperatividade*, manifestada por meio de decisões que não necessitam da anuência dos sujeitos envolvidos, traduzindo que a função encontra-se investida do poder estatal, e a atuação da *vontade do direito*, cujo conteúdo não se resume à mera aplicação da lei, o que será melhor abordado nos próximos tópicos deste trabalho.

Torna-se fundamental dedicar aqui algumas palavras para que se possa compreender o fenômeno no atual momento, já que ao longo do presente estudo será realizado o debate acerca da feição contemporânea da função jurisdicional haja vista os elementos que serão abordados. Assim, em linhas gerais, cabe trazer brevemente as teorias clássicas de Chiovenda e Carnelutti, comumente mencionadas quando abordado o tema da jurisdição.

Segundo o conceito clássico de Chiovenda, a jurisdição consiste na função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de outrem, seja em afirmar a existência de uma vontade da lei, seja em mandá-la ulteriormente a efeito.²¹ Duas ideias expressas nessa definição merecem destaque, quais sejam, a *substituição* e a *vontade concreta da lei*.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 440, vol. 1.

²⁰ *Ibidem*, p. 454.

²¹ Tradução livre do original: “la giurisdizione consiste nell’attuazione della legge mediante la sostituzione dell’attività di organi pubblici all’attività altrui, sia nell’affermare l’esistenza di una volontà di legge sia nel mandarla ulteriormente ad effetto.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni. Il processo di cognizione*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 301).

No que diz respeito ao caráter substitutivo, de acordo com a teoria de Chiovenda, a atividade intelectual operada pelo juiz substitui a atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, descobrindo e declarando o direito criado pelo Parlamento por meio da subsunção da norma geral preexistente ao caso concreto.

Nesse sentido, pela doutrina chiovendiana, a função do juiz consiste em aplicar a *vontade da lei* ao caso concreto em uma operação de cunho meramente declaratório, de modo que a ele cabe revelar a vontade do legislador, sendo este detentor do poder estatal de criar a lei, e se limitaria a declará-la na hipótese levada à sua apreciação. Ao juiz, então, é vedado criar o direito, já que essa atribuição é exclusiva do legislador, existindo nítida separação entre as atividades exercidas pelo legislador e pelo juiz.

Como se observa, essa escola permaneceu fiel ao positivismo clássico, reduzindo a atividade jurisdicional à declaração de um direito preexistente.

Já a doutrina de Carnelutti concebe a jurisdição como a atividade estatal condicionada à presença de uma *lide*, e sua finalidade residiria na solução de conflito de interesses. Em outras palavras, a função atribuída à jurisdição consistiria na *justa composição da lide*.²²

Nessa esteira, ao “compor a lide”, o juiz cria a norma individual que regula a hipótese levada a juízo, de forma que a sentença transforma a norma geral e abstrata em uma lei para os litigantes.

Comparando essa concepção de jurisdição com a de Chiovenda, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero explicam que a de Carnelutti é adepta da teoria unitária (constitutiva) do ordenamento jurídico, pois para esta “a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico”; já a linha de pensamento de Chiovenda segue a teoria dualista

²² Carnelutti refere-se a processo como a “série de atos que se realizam para a composição do litígio”. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 98).

(declaratória), vez que “a sentença é externa (está fora) à ordem normativa, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico”.²³

Ao tratar das duas definições, Enrico Tullio Liebman sustenta que é possível considerá-las complementares, pois a de Chiovenda representa uma visão puramente jurídica do conteúdo da jurisdição, na medida em que estabelece essa relação entre lei e jurisdição. Já a linha de Carnelutti considera a atuação do direito como meio, de modo a alcançar um escopo ulterior, qual seja, a composição do conflito de interesses, buscando assim, em chave sociológica, o conteúdo efetivo da matéria a qual a lei será aplicada e o resultado prático a que conduz essa operação.²⁴

Muito embora essas teorias não tenham conseguido alcançar a integralidade da noção de jurisdição (especialmente a atual), tanto que são passíveis de críticas pela doutrina mais recente,²⁵ é inegável a contribuição fundamental para a evolução da ciência processual.

A esse respeito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao destacarem a importância da teoria de Chiovenda na reafirmação da natureza publicista do processo civil, tecem também críticas à afirmação de que o juiz atua a vontade concreta da lei. Os autores afastam a ideia de que o juiz se limitaria à declaração da norma legal, não sendo precisa a suposição de que o direito poderia ser aplicado pela jurisdição com a simples declaração de normas preexistentes. A isso, soma-se que a necessidade de interpretar a lei de acordo com a Constituição, operação essa bem característica da jurisdição contemporânea, não é compatível com a assertiva de que ao juiz bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador.²⁶

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41, vol. 1.

²⁴ No original: “*Le due definizioni, sebbene siano state in passato oggetto di vive discussioni (I), possono oggi considerarsi complementari: la prima rappresenta una visione puramente giuridica del contenuto della giurisdizione, in quanto stabilisce il rapporto tra la legge e la giurisdizione, mentre la seconda considera l’attuazione del diritto come il mezzo per raggiungere uno scopo ulteriore (la composizione del conflitto d’interessi), cercando così di cogliere il contenuto effettivo della materia a cui la legge viene applicata e il risultato pratico, in chiave sociologica, a cui conduce l’operazione.*” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale de Diritto Processuale Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 6, vol. 1).

²⁵ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit.; NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016; ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos. “Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 257, ano 41, jul/2016.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100, vol. 1.

Paulo Issamu Nagao também segue essa linha crítica ao discordar do método da pura subsunção. Explica que o juiz exerce função criadora do direito na medida em que interpreta e aplica o preceito abstrato ao caso concreto, “sem que com isso se desconsidere que a prévia atividade legislativa também ‘se destina à *produção jurídica*’”.²⁷

Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira, em artigo que aborda o modelo de precedentes no CPC/2015, apontam para a necessidade de rever a posição de que a lei seria fonte única do direito, posto que não vige mais no sistema brasileiro o princípio da mera legalidade, e sim da legalidade ampla constitucional. Nessa perspectiva, com o desenvolvimento da teoria da interpretação, verifica-se a distinção entre texto e norma, sendo esta resultado e não pressuposto da interpretação, de modo que os juízes “acrescentam ao ordenamento jurídico o conteúdo reconstruído dos textos normativos”, o que é de “extrema relevância para combater a *equivocada* assertiva de que o Poder Judiciário estaria ‘legislando’ com a incorporação de um modelo de precedentes pelo CPC/2015”.^{28 29}

Em relação ao conceito elaborado por Carnelutti, a doutrina contemporânea também faz suas críticas. Marinoni, Arenhart e Mitidiero expressam a premente necessidade de o juiz “compreender” e atribuir “sentido” e “valor” aos casos concretos, enquanto que pelas duas teorias clássicas aqui tratadas não se tem a dimensão desse esforço interpretativo. Ao juiz não basta apenas preencher as particularidades do caso concreto, que era visto como algo quase que pré-definido. Os autores não negam que a norma individual produzida para regular o caso concreto, na esteira de Carnelutti, leva em conta as características do caso analisado, mas não se pode ignorar que na atualidade “é necessário muito mais que isso, uma

²⁷ NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 60.

²⁸ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos. “Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 257, ano 41, p. 381, jul/2016.

²⁹ A esse respeito, abre-se apenas um parêntese para adiantar a linha adotada neste trabalho. Não se nega aqui que de fato há a distinção ente texto legal e norma, constituindo esta a reprodução feita pelo intérprete a partir daquela. Mas é essencial destacar, e isso será repisado diversas vezes adiante, que, ao reproduzir a norma, o juiz (intérprete autêntico) está adstrito ao texto que lhe serviu como base. A constatação da diferença entre texto e norma é relevante para anotar o papel da interpretação na aplicação da lei, o que de modo algum indica afastamento ao princípio da legalidade, ao mesmo tempo que não se entende aqui que essa constatação sirva de argumento para afirmar que o Judiciário não estaria legislando pelo modelo de precedentes inaugurado pelo CPC/2016. A questão envolvendo o direito jurisprudencial está mais ligada ao fato de que, mesmo vinculando o entendimento sobre a questão para casos futuros, o precedente ainda tem ter respaldo na própria lei.

vez que a interpretação da lei, ou a norma formulada pelo juiz, depende do ‘sentido’ do caso concreto”. Assim, essas teorias não respondem aos valores do Estado constitucional.³⁰

Já a crítica de Nagao à teoria de Carnelutti reside mais na vinculação que esta última faz entre a jurisdição e a “lide”. Nessa linha, explica que há situações em que esta não se faz necessariamente presente, “em que a existência de um conflito de interesses se torna juridicamente irrelevante: havendo ou não ‘lide’, o juiz decidirá segundo o direito e não de acordo com a vontade das partes”. Portanto, há situações em que o Estado “decide comparecer para tutelar ou fiscalizar determinados interesses diante da relevância da matéria que reputou conveniente preservar”.³¹

Até com base nessas teorias e nas críticas a elas feitas, é possível verificar alguns traços da noção contemporânea de jurisdição, que também serão abordados nos tópicos abaixo e têm forte influência no que diz respeito ao tema dos poderes do juiz. De todo modo, destaca-se desde já como a interpretação foi repensada no exercício da jurisdição, vez que, de um cenário em que se imaginava ser suficiente a mera aplicação da lei ao caso concreto, passou para um panorama muito mais amplo, em que se mostra fundamental não apenas observar a lei, mas absorver valores constitucionais e dar-lhes sentido de acordo com o caso a ser julgado, já que nem sempre o texto legal dará de forma precisa a resposta para a hipótese em discussão.

Comparando com as teorias clássicas de Chiovenda e Carnelutti, Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que no atual estágio o juiz “reconstrói a *norma jurídica* a partir da interpretação da Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção de postulado normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto”.³²

Cassio Scarpinella Bueno salienta no mesmo sentido essa feição da função jurisdicional consistente na necessidade de interpretar a Lei Fundamental e os fins nela dispostos. Assim, explica o autor que essa função estatal possui dupla finalidade: atuar nos

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102, vol. 1.

³¹ NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 62-63.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110, vol. 1.

direitos controvertidos e realizar os fins sociais, políticos e jurídicos do próprio Estado (art. 3º da Constituição). E o alcance dos devidos fins pelos devidos meios dá-se pelo processo.³³

Continuando o raciocínio de Cassio Scarpinella Bueno, o *processo*, na acepção de técnica utilizada pelo Estado-juiz para praticar e exteriorizar sua *vontade*, constitui forma de garantir o equilíbrio entre os *meios* e *fins* extraídos da Constituição. Os elementos do direito processual civil derivam diretamente do modelo de Estado vigente, e as finalidades a serem atingidas devem ser retiradas da lei fundamental. Dessa forma, “tanto os seus *fins* como também a forma de atingi-los, isto é, seus *meios* têm que ser extraídos, em primeiro plano, daquele corpo normativo”, garantindo o equilíbrio entre *autoridade* e *liberdade*.³⁴

Seguindo linha semelhante, Ricardo de Barros Leonel faz referência ao fenômeno da constitucionalização do direito processual, que possui repercussões em distintos sentidos. Em primeiro lugar, explica o doutrinador, tem como significado imediato “que o legislador infraconstitucional, ao editar leis que regulam essa seara do direito, deverá observar aquele conteúdo mínimo em torno do qual se delinea o (...) ‘modelo constitucional’”.³⁵ Em segundo lugar (e o que interessa bastante a este trabalho), significa que os juízes, na direção dos “processos em tramitação perante o Poder Judiciário, devem interpretar e aplicar as leis processuais tomando como pano de fundo o quadro constitucionalmente delineado relativamente ao tema”. Ainda, nessa atividade interpretativa das normas de direito processual caberá ao Judiciário “velar para que seja observado aquele programa constitucional mínimo, pois só através dele se legitima a intervenção estatal através do aludido método estatal de solução de conflitos”.³⁶

³³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244, vol. I.

³⁴ *Ibidem*, p. 48.

³⁵ Acerca desse “modelo constitucional”, Leonel esclarece: “Fala-se, com frequência, dentro desse contexto, na existência de um ‘modelo constitucional’, que significaria o delineamento, por força dos princípios e garantias constitucionais, de um modelo mínimo a ser observado pelo legislador infraconstitucional na conformação das regras concretas direcionadas à regulação do processo e do procedimento nas diversas esferas em que se dê a sua aplicação, ou seja, no processo civil, criminal, administrativo, etc. A possibilidade de identificação deste ‘modelo’ apresenta-se como ponto de inflexão fundamental, pois é natural que a partir dele seja assegurada, na letra da lei e na realidade da dinâmica diária do foro, a observância de um conteúdo ou programa mínimo a partir do qual se torna possível qualificar o processo legislado e praticado, como índice de existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.” (LEONEL, Ricardo de Barros. Considerações introdutórias sobre o direito processual constitucional. In PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coords). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 198).

³⁶ *Ibidem*, p. 199.

Essas considerações não fogem da ideia de *função* que é tratada aqui, uma vez que o *poder só* é legítimo quando conformado com o ordenamento jurídico e exercido para o cumprimento de determinado dever. Esses poderes constituem instrumentos (meios) conferidos pela ordem jurídica para alcançar uma finalidade.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado constitucional, uma nova gama de atribuições foi depositada na função jurisdicional. A esta cumpre também atingir as finalidades do Estado previstas na Constituição, o que lhe permite, ou melhor, exige-lhe, a interpretação e aplicação de valores constitucionais de forma a criar a melhor solução para o caso concreto.

Dessa feita, é inegável que o exercício da função jurisdicional passou a ser mais complexo, cabendo ao julgador, quando a lei não conceder a resposta objetivamente, dar “sentido” aos valores e finalidades do Estado (o que será mais bem abordado em tópico abaixo). A aplicação de normas constitucionais e normas com enunciados abertos certamente corresponde ao aumento dos poderes do juiz e, como visto no tópico acima, faz-se necessária diante de omissões dos poderes estatais e também da incapacidade natural de o processo legislativo acompanhar as transformações sociais.

A seguir, serão abordados elementos que permitem compreender este atual estágio da ciência processual civil.

1.2 A crise do positivismo e a jurisdição

Na mesma linha do que foi tratado acima, não se pode mais afirmar que hoje o direito corresponderia necessariamente à letra da lei, e que nos mais variados diplomas normativos estariam previstas todas as relações jurídicas encontradas na sociedade, de modo que caberia ao juiz apenas aplicar, por meio de uma atividade mecânica, o direito ao caso concreto.

Cassio Scarpinella Bueno, inclusive, explica que o elemento “não jurídico” deve ser levado em conta pelo estudioso e pelo aplicador do direito, não sendo prescindíveis outros valores que não apenas aqueles exclusivamente jurídicos. Nas palavras do autor, “o atual estágio do pensamento jurídico é *conscientemente valorativo*; é, *conscientemente, aberto*

à captação e à compreensão dos valores dispersos da sociedade; é, conscientemente, *problemático*”.³⁷

A lei não é capaz de prever todas as situações juridicamente relevantes e regulá-las. O legislador também não consegue acompanhar a dinâmica da sociedade e sua evolução, de sorte que relações novas e não antes imaginadas podem surgir sem a devida regulação pelo direito.

José Roberto dos Santos Bedaque faz referência ao fenômeno da *crise do direito*, que consiste no conflito entre os fatos e as normas, isto é, “a não correspondência entre as categorias jurídicas e a realidade social”.³⁸ Há um déficit por parte da legislação em comparação com o dinamismo dos acontecimentos sociais.

Esse déficit decorre também da criação do *welfare state*, conforme explica Cappelletti, já que sua formação deu-se principalmente através da atividade do legislador. Ocorre que para conceber essa política é demandado o aumento dos encargos da intervenção legislativa, o que acarretou o fenômeno de obstrução (“*overload*”) da função legislativa, de modo que os parlamentos mostraram-se incapazes de “responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação”.³⁹

Liebman ensina que um dos momentos preponderantes da função jurisdicional consiste no fato de que a lei deve realmente ser *interpretada*, posto que a norma jurídica é abstrata e estática, já a vida social está em contínuo movimento e submete ao juiz casos concretos sempre distintos e sempre novos. Nessa operação, não cabe a ele apenas entender a norma em todo o seu significado e conhecer todo o ordenamento, mas conhecer a norma no contexto de uma realidade social.⁴⁰

³⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65, vol. I.

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 12. O autor traz ainda a definição feita por Antônio César Peluso, para quem a crise do direito constitui o “conflito entre os fatos e as normas, no sentido de que, quando as categorias e os conceitos jurídicos não acompanham a evolução da consciência social há, na feliz expressão de Lopes de Oñate, uma revolta dos fatos contra os códigos” (p. 12).

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 43.

⁴⁰ Nas próprias palavras de Liebman: “*Ma la legge deve appunto essere interpretata ed è questo uno dei momenti salienti della funzione giurisdizionale. La norma giuridica è astratta ed è statica, mentre la vita sociale è in continuo movimento e sottopone al giudice casi concreti sempre diversi e sempre nuovi. Il giudice deve cercare di intendere la norma in tutto il suo significato, non solo in connessione con l'intero ordinamento e*

Não são raras as situações da vida que não se encontram reguladas por disposições legais. Um dos fatores preocupantes a respeito desse fenômeno é que ele pode abrir margem a uma atuação ilegítima da atividade jurisdicional, vez que há casos em que o juiz acaba por se valer de convicções pessoais, fundadas em crenças políticas, filosóficas ou religiosas, para aplicar seu entendimento de justiça.

Bedaque demonstra preocupação com situações como essas, mas também não elimina por completo que valores não “exclusivamente” jurídicos sejam levados em consideração pelo aplicador do direito: “Justiça em sentido estrito não se confunde com justiça em sentido social, muito embora nada obste, ao contrário, seja aconselhável, procure o julgador, mediante interpretação da lei, adequá-la à realidade social”.⁴¹

O que se pode afirmar é que, de fato, a função jurisdicional não consiste na mera aplicação mecânica da lei ao caso concreto, como visto no tópico acima, pois isso se mostra inviável, além de em muitos casos gerar injustiças pela vinculação ao rigor formalístico.

Até para entender essa crise do positivismo, no mundo da *civil law*, é preciso remontar à Revolução Francesa. Como se verá melhor adiante, a tradição romano-germânica encontra sua origem em um contexto histórico social de ruptura, em que os revolucionários tentaram impor um sistema que estaria blindado das interferências dos membros do Antigo Regime.⁴²

A Revolução Francesa, então, procurou imprimir uma legislação clara e completa, de modo que seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, sem precisar “interpretá-la” (mais adiante ficará claro por que o uso das “aspas”). Nesse sentido, os litígios seriam solucionados por mera subsunção da lei ao caso concreto, sem estender ou limitar o alcance da norma escrita. Seria o juiz, então, a mera “boca da lei”.

colmando le eventuali lacune della legge, ma anche ripensando la norma stessa nel contesto di una realtà sociale in continua evoluzione e perciò carica di esigenze e di valori nuovi.” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale de Diritto Processuale Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 4, vol. 1).

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 12.

⁴² Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista Forense*, vol. 401, p. 269, jan./fev., 2009.

Essa tentativa de subordinar o poder do juiz à lei tinha como objetivo a manutenção dos propósitos revolucionários, uma vez que os magistrados pertenciam à aristocracia, classe social que então experimentou a abolição de seus privilégios de nascimento.

Nessa perspectiva, para a Revolução Francesa, a certeza jurídica era fundamental para garantir as conquistas do ideal revolucionário, de modo que seria imprescindível manter o juiz preso à lei para alcançar a segurança jurídica. Tratava-se de uma forma de obstar qualquer atividade criativa e inovadora por parte do julgador para que este não se valesse de suas convicções políticas no exercício da função jurisdicional, e assim não contrariasse os propósitos da revolução.

Em resumo, para os revolucionários, acorrentar o juiz ao ditame literal da lei seria sinônimo de segurança jurídica. Ao magistrado caberia tão somente seguir a vontade disposta no texto normativo escrito, completamente desprovido de qualquer poder criativo, e, dessa forma, atingir a certeza jurídica e a previsibilidade no trato das relações sociais. Havia a aparência de uma distinção bem demarcada entre legislação e jurisdição, cabendo tão somente àquela a criação do direito, o que justificaria uma posição neutra por parte do Judiciário.

No entanto, como é sabido, essa ideia do juiz “boca da lei” logo no início já demonstrou ser uma ilusão, vez que a aplicação da norma escrita ao caso concreto necessariamente exige do aplicador a sua interpretação, mostrando-se insuficiente e inviável a mera subsunção do dispositivo legal ao caso concreto.

A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni explica que

(...)a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do legislativo, ancorada na ideologia da revolução francesa e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países da *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo.⁴³

A respeito do constitucionalismo citado por Marinoni, vale ressaltar que as Constituições modernas passaram a prever princípios e direitos fundamentais expressos por

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista Forense*, vol. 401, p. 269, jan./fev., 2009.

meio de conceitos jurídicos indeterminados.⁴⁴ Dessa forma, os valores ali previstos acabam tendo seus conceitos delimitados pela maneira como a sociedade os lê em determinado período da história.

As Constituições escritas, alocadas no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, revelam o propósito do ser humano em prestigiar valores considerados fundamentais e preservá-los ante as vicissitudes do tempo, de forma que a superioridade hierárquica do texto magno não permitiria que referidos valores fossem abalados por leis inferiores. Essa concepção encontra eco nas palavras de Hamilton citadas acima, muito embora o político estadunidense as tenha proferido no contexto da *common law*. Mauro Cappelletti ensina que essa busca é um aspecto da eterna tentativa do ser humano de encontrar algo imutável na contínua mudança de seu destino.⁴⁵

O doutrinador da Universidade de Florença explica que essa procura pela incorporação de ideais imutáveis deu-se por meio de sua positivação, e descreve os três estágios pelos quais passou esse processo. O primeiro consistiu na Constituição escrita, composta por termos vagos que fazem referência a esses valores positivados, de modo a contemplá-los com maior significado legal e sentido positivo. Já o segundo estágio tratou de dar caráter rígido às Constituições modernas, conferindo relativa imutabilidade às normas de hierarquia superior. Por fim, a terceira etapa tratou de garantir a obediência do governo à Constituição, afirmando o trabalho ativo do Judiciário em dar maior concretude e aplicação prática aos termos vagos das previsões constitucionais.⁴⁶

Nessa perspectiva, a constitucionalização de valores fundamentais e a supremacia de uma Constituição escrita, e ao menos relativamente rígida, configuram uma tentativa de resposta à crise do positivismo.

⁴⁴ No que diz respeito aos “conceitos indeterminados”, cumpre trazer a crítica feita por Eros Roberto Grau a essa expressão: “todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito”. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 196). A despeito dessa justa crítica, será adotada a expressão “conceitos indeterminados” no presente trabalho apenas em razão do seu contínuo uso pela doutrina e jurisprudência, bem como pelo próprio CPC/2015 (art. 489, § 1º, inciso II).

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective (tradução livre). *California Law Review*, vol. 58, n. 5, p. 1018, 1970.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 1018-1019.

Essa resposta demonstra um desprendimento da ideia original da *civil law* de ver o juiz como a “boca da lei”, de modo que o que se vê atualmente é um Judiciário que exerce poder criativo, aplicando normas constitucionais e inclusive afastando a incidência de leis que se mostram contrárias à Constituição, seguindo a lição de Hamilton exposta anteriormente.

Diante dessa nova realidade, não há como negar a atividade criativa inerente à função jurisdicional, em contraposição com aquela meramente subsuntiva, idealizada pelos revolucionários franceses para justamente limitar os poderes do magistrado. Scarpinella Bueno afirma que essa função passa a ser “*concretizadora*, no sentido de *criadora* do próprio direito a ser aplicado, justamente em função da complexidade do ordenamento jurídico atual”.⁴⁷

Portanto, uma das dificuldades que esse novo modelo processual civil impõe consiste em reconhecer em todo o ordenamento jurídico os valores e disposições normativas a serem aplicados no caso concreto, sem, todavia, ignorar a lei, principalmente quando esta já dá a solução ao caso concreto. Essa tarefa, além de constituir evidente desafio, acarreta em um aumento dos poderes do juiz e sem dúvida uma abertura interpretativa.

1.3 Relativização do binômio direito e processo

O presente estudo pressupõe a necessária aproximação entre direito material e processo. Na linha do que já foi apontado no início deste trabalho, o papel do juiz no atual cenário em que se vislumbra a função jurisdicional exige que se leve em conta os fins do Estado expressos na Constituição e, para tanto, a mera aplicação por meio da subsunção das regras jurídicas, inclusive as que regulam o processo, não são suficientes para atingir esses escopos, principalmente porque não raramente elas valem-se de expressões que deixam margem de liberdade ao julgador.

Nesse sentido, faz-se necessário também avaliar, a partir do plano constitucional, as normas processuais tendo em vista o direito material envolvido.

⁴⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65-66, vol. I. Complementa, ainda, o doutrinador que: “De uma atividade de mero conhecimento (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade criadora-valorativa (um comportamento ativo), conscientemente criadora e valorativa do juiz.” (p. 66). (grifos no original)

O direito processual civil contemporâneo pressupõe essa aproximação entre direito material e direito processual, de modo que se procura prever formas de tutela ou de técnicas processuais que condizem com as especificidades da relação jurídica de direito substancial. Na verdade, isso constitui uma tendência atual pautada na efetividade do processo.

Revelando seu caráter de instrumento, o direito processual civil realiza o direito material, o que torna inevitável que acabe sendo influenciado por ele. E essa influência tem como meta a efetividade do processo, de modo a produzir resultados úteis almejados pelo ordenamento jurídico, ou, nas palavras de Bedaque, proporcionar “maior proximidade possível entre aquilo que deveria ocorrer no plano substancial e a eficácia da tutela jurisdicional”.⁴⁸

Assim, cabe ao processualista preocupar-se com os resultados de sua atividade, não se prendendo a formalismos exagerados e desvinculados do direito substancial que visa garantir.

Considerando a premissa de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial, garantindo sua efetividade, é uma consequência lógica que se permita, quando verificada a necessidade, a adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto.⁴⁹ Vale dizer, não constitui tão somente papel do legislador construir um procedimento adequado em relação ao direito material discutido, mas cabe também ao juiz desprender-se das amarras do rigor formalístico e flexibilizar o procedimento para promover a melhor tutela no caso concreto.

Esse entendimento não viola o princípio do devido processo legal (ou constitucional), o que será tratado mais adiante quando se falar especificamente em flexibilização procedimental, desde que sejam observados certos requisitos, como o

⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24.

⁴⁹ Cumpre apenas registrar, desde já, a distinção necessária entre adequação e adaptabilidade. De acordo com Fernando da Fonseca Gajardoni, “Fala-se em princípio da adequação para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material; e princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual) para designar a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 134-135).

contraditório útil e a motivação, sem olvidar-se da proporcionalidade da medida adotada, princípio esse que, como ainda será melhor abordado neste estudo, mostra-se essencial na conformação da técnica processual.

Aliás, vale salientar que essa postura que destaca a efetividade do processo é condizente com os fins do Estado previstos na Constituição, privilegia a otimização dos meios empregados para tanto e os torna devidamente adequados.

A ciência processual civil deve pautar-se, nessa medida, pela análise das especificidades da relação de direito material, identificando os seus problemas. Com isso, cabe procurar desenvolver instrumentos adequados para atingir a efetividade do processo. E, conforme explica Bedaque, “ignorar a realidade jurídico-material impede a correta compreensão dos institutos processuais, muitos dos quais concebidos a partir de situações verificadas fora do processo”. E complementa o jurista: “Constrói-se a técnica processual a partir de características da crise de direito material a ser solucionada pelo juiz”.⁵⁰

1.4 Instrumentalidade do processo

Seguindo a linha de pensamento exposta nos tópicos anteriores, a própria evolução do direito processual, que ganha o *status* de ciência e tem reconhecido seu caráter instrumental (como descrito nas próximas linhas), sugere a construção de uma ótica pautada na postura mais ativa do juiz para se atingir os escopos do processo.

Essa evolução da ciência processual acabou por influenciar a mudança de paradigma da função jurisdicional, dando a abertura para a aplicação ao caso concreto de normas constitucionais e de enunciados abertos, de modo que se torna importante para a compreensão do fenômeno aqui descrito traçar brevemente as fases dessa linha evolutiva.

Em um primeiro momento, pautado por uma condução pouco participativa do juiz no processo, havia verdadeira confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento jurídico, e a ação era tida como instituto de direito material. José Carlos Baptista Puoli explica que essa fase sincretista surgiu com o conceito romano de *actio*, que se confundia integralmente com o próprio direito material alegado, “sendo certo que, para os

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 25.

romanos, só era titular da *actio* quem efetivamente detivesse o direito material afirmado”.⁵¹ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo esclarecem que a autonomia do processo não se denotava no direito romano, principalmente diante da concepção que tinham os juristas romanos “da relação entre direito subjetivo material e ação judiciária (*actio*), porquanto, a rigor, as normas de caráter processual figuravam na experiência jurídica romana fundidas com aquelas de cunho substancial”.⁵²

Nesse sincretismo jurídico, o processo era nada mais que uma sucessão de atos, em que a ação constituía o resultado da lesão ao direito subjetivo alegado. Nas palavras de Dinamarco, “era campo mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais – que são diretos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigorante”.⁵³ Caracterizando a mínima intervenção do Estado nas relações de interesse privado, a *actio* era endereçada contra o réu e não constituía um direito contra o magistrado.

No entanto, essa ausência de distinção entre os dois planos do ordenamento estatal começou a ruir no século XIX. Com a polêmica entre Windsheid e Muther em relação ao conceito de *actio* romana, teve início a ideia de que a ação não se dirige ao adversário, mas sim contra o juiz, detentor do poder estatal, que passou a ser devedor da prestação jurisdicional. Nessa linha, principalmente devido à obra de Von Bülow, houve a tomada de consciência acerca da autonomia da relação jurídica processual, distinguindo-se da de direito substancial. Vale dizer, afirmou-se a existência autônoma do direito processual independente do direito material, lançando-se, assim, as bases da chamada fase autonomista.⁵⁴

No entanto, conforme observa Puoli, “os estudos desta fase não se preocupavam com a eficácia dos provimentos no mundo externo ao processo ou com a qualidade da tutela jurisdicional”.⁵⁵ Dessa forma, enquanto a doutrina se debruçava sobre os

⁵¹ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 8.

⁵² CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 45.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18.

⁵⁴ A esse respeito, Dinamarco explica que com o surgimento da autonomia da ação e do processo, “pôde ser proposta, desde logo, a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método.” (Ibidem, p. 19).

⁵⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 10.

aspectos formais do direito processual, relegava ao mesmo tempo para segundo plano a eficácia das respostas que o processo dava aos conflitos colocados em discussão.

Além disso, com os novos conflitos decorrentes de uma sociedade cada vez mais massificada, a fase autonomista mostrou sua fragilidade ao não conseguir proporcionar soluções ágeis a essas demandas que exigem atuação célere do Poder Judiciário. Com a ausência do provimento jurisdicional no tempo adequado, configurando o dano irremediável, acaba-se por conceder uma tutela sancionatória que, no entanto, não substitui plenamente o direito pleiteado de início pelo litigante, ocorrendo déficit de efetividade.⁵⁶

Consciente com a preocupação do advento de soluções mais adequadas ao processo, buscando-se os resultados práticos desejados e não a mera tutela sancionatória, a terceira fase evolutiva do direito processual, denominada *instrumentalista*, volta sua atenção às questões da sociedade contemporânea. Traz-se a ideia de que o processualista deve ter conhecimento dos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos que abalam a sociedade em que vive. Nesse sentido, já estabelecida a autonomia do processo em relação ao direito material, e conquistadas as bases científicas do direito processual, parte-se para essa fase metodológica verdadeiramente crítica, que visa a ordem jurídica justa.⁵⁷

Cabe ressaltar apenas que a instrumentalidade do processo não pode ser entendida como seu privatismo. Isto é, essa relação de instrumentalidade que o liga também ao direito privado não indica, de forma alguma, que o processo civil possuiria base privatista. Afirmar Dinamarco que “o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais”.⁵⁸

⁵⁶ Esclarece Puoli que os processualistas, cientes da necessidade de se conceder a tutela no tempo adequado, “passaram a dar importância ao valor da efetividade e à necessidade da ponderação desta com o valor da certeza (segurança) como condição para outorga da tutela jurisdicional.” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 12-13).

⁵⁷ Ada Pellegrini Grinover esclarece que o “processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva e visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se os seus resultados, na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 6).

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

Nesse sentido, prevalece atualmente a visão publicista do processo, que reconhece a figura do juiz como agente do Estado no desempenho de uma função pública. E o objetivo do exercício dessa função pública ultrapassa a mera satisfação das partes do processo, residindo no dever do Estado de aplicar o direito e pacificar os conflitos da sociedade que lhe são apresentados.⁵⁹

Marcelo Bonizzi, ao tratar da fase instrumentalista do direito processual, assevera que se passou a preferir “a relativização dos conceitos técnicos em prol da *justiça das decisões*, pondo em destaque a questão da efetividade do processo como premissa básica para atingir esta efetividade, com justiça”.⁶⁰

Em sintonia ao que já foi tratado em tópicos anteriores, vale repisar que a transição do Estado liberal para o Estado social, que culminou na passagem de um dever de abstenção do Estado para um dever de atuação de modo a proporcionar justiça social, trouxe um aumento dos poderes do juiz, afastando-se a concepção individualista de reduzida participação do magistrado no processo. O objetivo central do processo reside na pacificação social e no alcance da justiça, de forma que o juiz é constantemente convidado a aplicar os valores constitucionais ao caso concreto, observando os *fins* e os *meios* estabelecidos na Constituição.

No que diz respeito a esses meios, Dinamarco trata da *tutela constitucional do processo*, que “tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”.⁶¹ Já em relação aos fins previstos na Constituição a serem atingidos, o processualista faz referência à *jurisdição constitucional*, voltada ao controle de constitucionalidade e à preservação de garantias, bem como a “toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive”.⁶²

⁵⁹ Puoli explica que a visão preponderantemente liberal e individualista do processo, já ultrapassada, pregava a reduzida participação do juiz que, provido de poucos poderes, deixava “o processo (e principalmente os seus resultados) totalmente entregues à sorte decorrente da iniciativa (ou falta de iniciativa) das partes”. (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 22).

⁶⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo – a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 165.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

⁶² Idem p. 27.

Portanto, a ótica pautada na instrumentalidade pressupõe a aproximação entre direito material e direito processual com vistas a cumprir os escopos do processo, não se olvidando que esses direitos devem ser captados no ordenamento jurídico como um todo, partindo da Constituição, e objetivando o alcance dos fins nela previstos. Volta-se, mais uma vez, à ideia de que o juiz deve compreender os valores expressos na Lei Fundamental e, quando necessário, aplicá-los na decisão do caso concreto, o que será melhor abordado em tópico mais abaixo.

1.4.1 Escopos da jurisdição

Dando continuidade à ideia de que o processo deve ser concebido e entendido como instrumento do direito material, cumpre, agora, para ter melhor compreensão a seu respeito, identificar quais são seus escopos, isto é, quais são os fins que o processo deve atingir e que justificam a atuação imperativa do poder estatal (manifestação do poder-dever).

E, nesse sentido, o pensamento positivista demonstra ter visão limitada acerca dos resultados perseguidos pelo processo, vez que, como aponta Dinamarco, apenas investiga as soluções do exercício da jurisdição sobre o sistema do direito e não joga luz sobre a função do próprio direito perante a sociedade. Vale dizer, além do objetivo puramente jurídico, há que se encarar as tarefas que cabem à jurisdição perante a sociedade,⁶³ o que vem sendo dito no presente estudo.

Essa contraposição ao pensamento positivista exige que o processo seja visto para fora de si mesmo, devendo o juiz ter consciência de que desempenha, na qualidade de agente estatal, uma função, um papel a desempenhar em prol da sociedade e do Estado que lhe investiu desse poder-dever.

Como abordado anteriormente, a jurisdição deve acompanhar os objetivos do próprio Estado, e este, nas palavras de Dinamarco, tem a missão de buscar permanentemente o bem comum e, “como dever inalienável a ser cumprido através do exercício do poder, a prática da justiça”.⁶⁴

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 185.

Falar em *justiça* e em *bem comum*, no entanto, parece um tanto vago, uma vez que consistem em conceitos que comportam variações no espaço e no tempo. Apesar disso, e talvez justamente por isso, é que devem integrar os fins do Estado e também o escopo-síntese da jurisdição no plano social. Na formulação desses conceitos, então, entra o elemento cultural, de modo a incorporar as necessidades e aspirações do povo em determinado local e em certo momento.⁶⁵ Isso não quer dizer, todavia, que cabe ao juiz ignorar a lei e buscar diretamente esses valores na Constituição e aplicá-los ao caso concreto. Deve haver antes o respeito ao princípio da legalidade, como será tratado mais adiante, mesmo porque também é tarefa do legislador tais fins.

Assim, verifica-se a tendência do abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas, já que, em não raras ocasiões, a própria lei vale-se de termos vagos e cláusulas gerais. Nessa medida, Dinamarco explica que os escopos do processo são de natureza *social, política e jurídica*.

Pelo escopo social, verifica-se um fim fundamental que une a função jurisdicional e a legislação: a *paz social*. Há, como tratado anteriormente, necessária aproximação entre direito e processo, que “compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos”.⁶⁶ Dessa forma, procura-se eliminar, mediante critérios justos, as insatisfações que a vida em sociedade gera, decorrentes de condutas contrárias aos interesses das pessoas. Isso não quer dizer, é claro, que haverá consenso com as decisões estatais, mas a participação do indivíduo no processo e a possibilidade de influir na decisão, que observará o procedimento adequado,⁶⁷ acabam por relevar sua insatisfação até mesmo no caso de uma decisão que lhe é contrária, tornando possível que a aceite.⁶⁸

Outro escopo social do processo diz respeito à *educação* das pessoas para o respeito à ordem jurídica. Uma das missões do Estado no exercício da jurisdição consiste em conscientizar os membros da sociedade acerca de seus direitos e obrigações.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 189.

⁶⁷ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao explicar a teoria exposta por Niklas Luhmann em *Legitimação pelo procedimento*, assevera que “as normas não podem evitar as desilusões (por exemplo, que os tijolos não sejam entregues), mas garantem a expectativa, permitindo que, apesar dos fatos contrários ao que se esperava, a parte prejudicada mantenha, sob protesto, o seu ponto de vista.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 2).

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 190-191.

Já os escopos políticos do processo são verificados, fundamentalmente, sob três aspectos. O primeiro deles compreende afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), que constitui a razão de ser para o seu ordenamento jurídico e o meio de cumprir os fins que o legitimam (*poder-dever*). O segundo aspecto reside na concretização do culto ao valor *liberdade*, no sentido de proteger o indivíduo contra os desmandos do Estado, limitando e fazendo observar os contornos do seu poder. E, finalmente, outro aspecto do escopo político diz respeito à *participação* dos cidadãos nos destinos da sociedade, realçando os valores da cidadania.⁶⁹

Por derradeiro, na visão de Dinamarco o escopo jurídico do processo é a *atuação da vontade concreta do direito*, assunto sobre o qual já foi referido acima. Vale apenas mencionar que o autor assevera que a vontade concreta *do direito* não se resume necessariamente à vontade da lei para a resolução do conflito, mas devem ser levadas em conta as exigências sócio jurídicas do tempo, com base nos demais escopos do processo. Assim, “o sentido atual da fórmula precisa ser descoberto através dessa observação do social agindo sobre o jurídico, gerando a inexorabilidade da agilização e universalização da Justiça”.⁷⁰

Portanto, a amplitude desses escopos, que exigem do juiz a verificação da justiça na sua atuação, revelam um necessário esforço interpretativo na aplicação do direito ao caso concreto. Isso não significa, e é importante destacar desde já, que o juiz possui ampla liberdade na utilização desses valores constitucionais para julgar o caso concreto, mas devem respeitar a legislação e conformá-la de acordo com a Constituição.

1.5 A interpretação e a produção da norma

Pelo que se debateu até agora a respeito da fase contemporânea do direito processual civil, observa-se com nitidez uma reação contra o pensamento positivista, ao menos aquele partidário da concepção baseada na subsunção. A necessária aproximação entre direito e processo, entendendo *direito* de forma abrangente a abarcar todo o ordenamento, o caráter instrumental do processo e seus escopos que não se resumem aos jurídicos e visam atingir os fins do Estado, constituem fenômenos que encontram relação com a crise do

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 257.

positivismo e exigem uma atuação mais ampla do poder estatal no exercício da função jurisdicional.

Antes de adentrar especificamente nessa questão relacionada ao positivismo e a aplicação das normas no atual estágio da jurisdição, é válido abrir um breve parêntese acerca da *interpretação*.

Não raramente, quando se trata do estudo da ciência jurídica, depara-se com a noção de *interpretação* em uma relação de oposição com a de *subsunção*, esta comumente entendida como a operação automática de enquadramento do caso concreto à norma legal abstrata.⁷¹ Nesse sentido, a interpretação exigiria do julgador uma compreensão mais ampla do ordenamento, dando também à norma o sentido de acordo com os valores constitucionais; enquanto a subsunção consistiria em uma operação mecânica, nos moldes desejados pelos positivistas pós Revolução Francesa.

No entanto, quando se fala em *interpretação* para além do sentido jurídico, leva-se em conta também operações muito mais básicas do que o esforço de proferir uma decisão atentando a todo um espectro de normas e valores. Norberto Bobbio explica que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”.⁷²

Trata-se do que a linguística chama, na teoria dos signos, de associação entre o significante e o significado. Para utilizar o exemplo trazido pelo próprio Bobbio, quando se pronuncia a palavra “cavalo”, emitindo-se o som (significante), indica-se também o conceito (significado) que determinada pessoa tem dessa imagem acústica.⁷³ A combinação de

⁷¹ Eros Grau refuta a concepção de *interpretação* como mera *subsunção*. Contrapondo essas duas ideias, afirma que “a interpretação do direito não se reduz a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um *dever-ser*). Nesse mero exercício não há absolutamente nenhuma *criação* de direito”. Valendo-se ainda dos ensinamentos de Canosa Usera, esclarece que a “subsunção implica apreciar-se como da generalidade de um *dever-ser*, de suas *implicações gerais*, são obtidas as proposições concretas desse *dever-ser*. Ultimar essa operação é aplicar o direito; sua mecânica está fundada em um silogismo: a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor são os pressupostos de fato e a consequência jurídica.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 28).

⁷² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006, p. 212.

⁷³ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Tradução Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 79-81.

significante e significado denomina-se signo, e essa associação, conforme explicado pelo filósofo italiano, exige a interpretação.

Nessa perspectiva, o significado de interpretação é bem amplo, abarcando diversas operações. Dentre muitas classificações, Bobbio faz referência à interpretação *estática* e à interpretação *dinâmica*, em que a primeira consiste na atividade do intérprete em reconstruir fielmente o que pretendia significar o autor dos signos, enquanto na segunda há a tendência de enriquecer o significado dos signos interpretados, adequando-os às variadas circunstâncias histórico-sociais.⁷⁴

De acordo com o autor, o positivismo jurídico é acusado de privilegiar a interpretação estática, já que entende que a tarefa da jurisprudência “consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos”. Já a corrente antipositivista preocupa-se também com as condições e exigências histórico-sociais variadas, atividade essa típica da interpretação dinâmica.⁷⁵

Feito esse parêntese, cumpre apenas observar, até por questões terminológicas, que a mera aplicação da lei também pressupõe a interpretação, mas de uma forma menos abrangente, sem considerar os elementos que vão além do que a regra expressamente traz. Na verdade, um dos grandes problemas dessa concepção é que nem sempre a regra oferece de forma límpida a resposta ao caso concreto. Como se vê, esse tipo de interpretação não condiz com a noção contemporânea da função jurisdicional, que exige do juiz uma operação mais ampla e complexa, preocupando-se com os valores expressos na Constituição, mesmo porque, muitas vezes, o texto legal deixa aberturas ao intérprete.

A propósito desse debate, Dalmo de Abreu Dallari menciona que uma das heranças do positivismo jurídico desenvolvido no século XIX consiste no apego exagerado às formalidades legais por parte dos julgadores, o que, por sua vez, tende a acarretar verdadeiras injustiças.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006, p. 213.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 213-214.

Dessa forma, propugna o jurista que a primeira grande reforma necessária ao Judiciário é a mudança de mentalidade. Não se pode tolerar uma preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça. De acordo com Dallari, o positivismo jurídico eliminou a procura do justo, de modo que sobrou apenas um apanhado de normas técnico-formais, que reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. E conclui o autor: “Aí está a primeira grande reforma que se faz necessária, pois, de fato, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele”.⁷⁶

Verifica-se, por essa passagem, uma evidente preocupação com a realização da justiça, obstada muitas vezes pelo apego ao formalismo exagerado fruto da mentalidade positivista.

Essa necessidade de buscar o valor justiça por vias judiciais, no entanto, não é compartilhada por todos. Eros Roberto Grau, adotando expressamente uma postura em defesa da legalidade e do positivismo, afirma sua preocupação com a postura dos juízes em aplicar a justiça por meio de suas decisões, já que dessa maneira atuam de forma subjetiva, de acordo com seu senso de justiça.⁷⁷

Já se mencionou acima acerca das dificuldades em se aplicar valores vagos como *justiça* e *bem comum*, que constituem o escopo síntese da jurisdição. Na oportunidade, valendo-se dos ensinamentos de Dinamarco, afirmou-se que a imprecisão desses termos, apesar de revelar certa insegurança, permite que sejam adaptados de acordo com a realidade de uma sociedade em determinado espaço e em certo momento.

Eros Grau, por outro lado, não está equivocado ao sair em defesa da segurança jurídica diante de decisões fundamentadas no valor justiça,⁷⁸ de forma que a atividade criativa do juiz deve ser controlada e seus limites esclarecidos, prezando sempre pela participação das partes no processo.

⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84-87.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 19-20.

⁷⁸ Nas palavras de Eros Grau: “Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de ‘princípios’ e praticam – fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22).

Em suma, a despeito dessa preocupação, não há como fugir dessas novas possibilidades hermenêuticas envolvendo a atuação do juiz. O que se deve evitar é a imposição de um senso de “justiça” em detrimento de uma regra expressa prevista pelo legislador. O afastamento dessa regra, caso entendida sua inconstitucionalidade, deve dar-se com inúmeros resguardos e amplo contraditório.

Nesse contexto em que se fala da crise do positivismo, cabe questionar se o julgador é mero aplicador do direito (*jus dicere*) ou também é criador de conteúdo normativo, revelando evidente amplitude no exercício da função jurisdicional. Na verdade, esse questionamento traz aquela *contraddizione fondamentale* mencionada por Mauro Barberis, em que de um lado militam muitos juristas que, amparados na separação dos Poderes, sustentam que cabe ao juiz aplicar o direito criado pelo legislador; e de outro, esses mesmos juristas, ou boa parte deles, compartilham a tese de que por mais fiel à lei que seja o juiz não pode ele não criar o direito. Em síntese, o juiz não deve criar o direito, mas também não pode deixar de criá-lo.⁷⁹

Essa questão gira em torno do debate existente entre as teorias *dualista* e *unitária* do direito. De acordo com esta última, processo e direito material fundem-se em uma só unidade e a criação de direito seria efetivada por obra da decisão judicial. Isto é, o texto da lei é complementado pela sentença, e dessa complementação cria-se o direito. Por outro lado, a corrente dualista sustenta que a ordem jurídica divide-se em dois planos bem definidos, de modo que, nas palavras de Dinamarco, “a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação”.⁸⁰

Para Vicente Miranda, a resposta a essa indagação sobre o juiz ser ou não criador de conteúdo normativo deve levar em conta em qual sistema jurídico ocidental se está a falar. Na *common law* há o axioma fundamental segundo o qual *judge made law*. Assim, a função jurisdicional é uma função criadora, incumbindo ao magistrado criar a norma jurídica

⁷⁹ BARBERIS, Mauro. *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*. Disponível em <<http://www1.unipa.it/gpino/Barberis,%20Separazione%20dei%20poteri%20e%20giusrealismo.pdf>>. Acesso em 11.06.2017.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246. Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirmam, ainda, que o juiz não cria direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas, “limita-se a revelar a norma concretamente destinada a reger os casos em julgamento, sem criá-la, porque ela já preexistia.” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 21).

que será aplicada ao caso concreto. Fala-se na norma jurídica jurisprudencial que valerá *erga omnes*.⁸¹

Já na *civil law*, de acordo com Vicente Miranda, cabe ao Judiciário o encargo de interpretar e aplicar o direito, de modo que desse encargo não deriva uma norma jurídica jurisprudencial. Desse modo, o juiz não cria a norma jurídica, cabendo esta ao Poder Legislativo.⁸²

Desenvolvendo um pouco mais o tema, cumpre citar aqui as lições de Owen Fiss, para quem os direitos não são premissas, mas conclusões; são criados e impostos por meio da adjudicação, e emergem por um processo que dá concretude à disposição legal. Nessa perspectiva, o julgamento constitui um processo interpretativo por meio do qual os direitos são criados e impostos, e não meramente aplicados.⁸³ Vê-se, aqui, a contraposição à teoria clássica que via a sentença como mero ato declaratório.

Vale lembrar que essas palavras foram ditas no contexto da *common law*. Todavia, a visão de Vicente Miranda encontra hoje diversas posições contrárias também no contexto da *civil law*, na linha de pensamento desenvolvida por Fiss.

Nesse sentido, Humberto Ávila faz a distinção fundamental entre textos normativos e normas. Explica que “*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.⁸⁴ Então, mediante a interpretação do texto normativo, chega-se à norma.

Nelson Nery Junior também esclarece esse tema e afirma que “*norma* é o sentido atribuído a qualquer disposição. *Disposição* é parte de um texto ainda a interpretar.

⁸¹ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 78.

⁸² *Ibidem*, p. 79-80.

⁸³ Nas palavras do autor: “*Rights are not premises, but conclusions. They emerge through a process of trying to give concrete meaning and expression to the values embodied in an authoritative legal text. The Constitution is the great public text of modern America, and adjudication is the preeminent – though perhaps not the exclusive – process by which the values embodied in that text are given meaning. Adjudication is an interpretive process through which rights are created and enforced.*” (FISS, Owen M. Two Models of Adjudication. In GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William. *How Does the Constitution Secure Rights?* Estados Unidos da América: American Enterprise Institute, 1985, p. 36).

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50. (grifos no original)

Norma é a parte de um texto interpretado”. E em seguida deixa claro que a “normatividade não se relaciona com o texto da norma, é o resultado da interpretação que se apresenta como norma jurídica”.⁸⁵

Eros Grau, valendo-se também da doutrina de Friedrich Müller citada por Ávila, segue também esse entendimento e afirma que o juiz completa o trabalho do legislador. Os juízes produzem direito como consequência do processo de interpretação do texto normativo. Este não contém imediatamente a norma, que deve ser produzida pelo intérprete no caso concreto.⁸⁶

Cumprе ressaltar que Eros Grau defende, talvez não no mesmo rigor dos revolucionários franceses, o positivismo jurídico, de modo que essa construção da norma pelo intérprete dá-se pela própria atividade interpretativa, que exige que textos normativos sejam aplicados a casos concretos.

Campilongo, abordando a falha do pensamento positivista que carrega a imagem do juiz como a “boca da lei”, ensina que a abertura do sistema jurídico dá-se ainda diante da proibição da denegação de justiça, tornando extremamente complexa a antes imaginada simples subsunção da norma ao fato. Isso acaba por revelar, nas palavras do doutrinador, que “o Judiciário é um inevitável intérprete, criador e construtor do direito”.⁸⁷

Ademais, preleciona Campilongo que declarar o direito e criar direito são funções complementares exercidas pelo juiz, e não contraditórias. Não se poderia falar, nessa medida, em perda de sentido da divisão dos poderes por ocasião da possibilidade de legislação e jurisdição virem a se confundir, visto que a adoção de uma linha política por parte do juiz, quando em conformidade com valores constitucionais, não significa um comportamento antidemocrático ou contrário a essa divisão de poderes.⁸⁸

⁸⁵ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

⁸⁶ Trazendo as palavras do próprio autor: “Relembre-se: os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza –, mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo, sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo sua aplicação a um caso, real ou fictício.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33).

⁸⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 7-49.

Na mesma perspectiva, Scarpinella Bueno explica que não há que se falar propriamente em *direito* sem sua interpretação e sem sua específica aplicação aos casos concretos.⁸⁹ Cada vez mais é difícil ao intérprete e ao aplicador da lei aplicá-la de forma segura e inequívoca, já que esse trabalho muitas vezes exige a análise de princípios, cláusulas gerais, normas de conceito vago e indeterminado.

Assim, a abertura interpretativa faz-se necessária não apenas em relação à norma constitucional, mas também quanto às normas legisladas que se caracterizam pela indeterminação. Permite-se, então, que o magistrado, no caso concreto, seja um criador do direito a ser aplicado, analisando quais valores devem ou não prevalecer.⁹⁰

Marinoni, Arenhart e Mitidiero também mencionam a distinção que deve ser feita entre texto da lei e norma jurídica, compreendida esta como o resultado da interpretação do texto legal. Mas ressaltam que a norma jurídica surge da interpretação do direito, o que não ocorre tão somente nas vias judiciais, de modo que não se autoriza afirmar que antes do processo inexistem direitos. Como explicam os autores, não é o caso de basear-se basicamente nas duas teorias mencionadas, mas constatar que deve haver um novo meio de compreender a ordem jurídica, privilegiando a interpretação como forma de reconstrução do direito.⁹¹

Zaneti Jr. e Pereira citam essa reconstrução da norma jurídica que ocorre quando o juiz depara-se com textos vagos e com normas ambíguas. Nesse sentido, fazem referência à *interpretação operativa*, conceito sugerido inicialmente por Luigi Ferrajoli e desenvolvido por Jéry Wroblewski, consistente na “reconstrução da norma pelo intérprete na atividade jurisdicional e a devolução ao ordenamento jurídico de conteúdo normativo

⁸⁹ Scarpinella Bueno também sustenta que “Há, no máximo, textos que representam o direito, mas não as normas jurídicas propriamente ditas. Estas precisam, sempre, ser interpretadas e aplicadas para existirem como tais.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68, vol. I).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 76.

⁹¹ Nas palavras dos autores: “O papel do juiz no processo é de reconstrução da ordem jurídica a partir de dados preexistentes. Até meados do século XX, existiam basicamente duas alternativas para o problema: entendia-se a jurisdição como atividade declaratória da norma preexistente e então se caracterizava a ordem jurídica como uma ordem dualista ou então se entendia a jurisdição como atividade criativa da norma e então se caracterizava o monismo do ordenamento jurídico. A percepção, contudo, de que texto e norma não se confundem, de que a interpretação é adscritiva de sentido e que a aplicação da norma não é meramente lógico-indutiva fizeram com que aparecesse uma nova maneira de compreender o dualismo da ordem jurídica – não mais a simples e ingênua declaração, mas a reconstrução da ordem jurídica no processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108, vol. 1.).

reconstruído”.⁹² Como já mencionado, os autores inclusive tratam da interpretação operativa para afastar a assertiva de que o Poder Judiciário estaria “legislando” com a incorporação do modelo de precedentes pelo CPC/2015, pois o que de fato se observa é a reconstrução da norma por esse modo de interpretação e não a criação de uma nova lei nos moldes da função legislativa, questão essa que será abordada mais adiante.

Compreendida a atividade judicial como produtora de conteúdo normativo, uma vez que se vale da interpretação do direito, corrente a que este estudo se afilia, torna-se inegável o aumento de atribuições do exercício da função jurisdicional. Isso se deve não apenas à crise do positivismo e aplicação de normas constitucionais e de conteúdo aberto, mas também à própria opção do legislador de valer-se, muitas vezes, de conceitos vagos, como será abordado em outro momento.

1.5.1 Eficácia das normas constitucionais

Como mencionado algumas vezes neste trabalho, um dos fenômenos importantes no estudo contemporâneo do direito processual civil, e que incrementa a atuação do juiz no processo, diz respeito à constitucionalização do direito e à eficácia das normas constitucionais.

Virgílio Afonso da Silva explica que a ideia mestra quando se fala em constitucionalização do direito reside na “irradiação dos efeitos das normas (valores) constitucionais aos outros ramos do direito”.⁹³ Essa irradiação, todavia, consiste em um processo e, como tal, pode revestir-se de diversas formas e ser levado a cabo por diferentes atores.

Nesse sentido, o doutrinador faz referência à aplicação de direitos fundamentais inclusive nas relações envolvendo particulares, de modo que propõe um modelo diferenciado para tanto. Inicialmente, para os direitos fundamentais irradiarem efeitos por todo o ordenamento jurídico, extrapolando a relação entre Estado e indivíduo, devem ser

⁹² ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos. “Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?”. Revista de Processo, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, vol. 257, ano 41, p.380, jul/2016.

⁹³ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 38.

encarados como *princípios* que, na definição do autor, constituem “normas que exigem que algo seja realizado *na maior medida possível* diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. Essa ideia pautada na otimização tem como grande vantagem não implicar uma dominação “do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes”.⁹⁴

E esse é um ponto importante ao se proceder à aplicação de valores constitucionais, uma vez que não se autoriza sua simples incidência no ordenamento, mas, antes, deverão ser observadas as condições fáticas e jurídicas existentes.

Dando continuidade a esse modelo proposto, Virgílio Afonso da Silva aponta ainda que os efeitos dos direitos fundamentais chegam às relações entre particulares por via indireta, isto é, por mediação legislativa ou também via interpretação do direito privado tendo como base os princípios constitucionais. No entanto, há situações em que somente a aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada, situações “para as quais não há mediação legislativa ou que a atividade legislativa se tenha mostrado insuficiente”. Nesses casos, cabe ao intérprete do direito a difícil tarefa de resolver o choque entre a autonomia privada e os direitos fundamentais.⁹⁵

Por essas breves considerações, já se pode observar que esse fenômeno da constitucionalização teve como efeito a inserção das normas constitucionais no eixo principal da atividade interpretativa, que culminará na produção da norma jurídica pelo julgador no caso concreto, inclusive nas relações de direito privado. Isso não quer dizer, e torna-se importante repisar, que o julgador pode simplesmente decidir com fundamento nesses princípios de ordem constitucional; deve, na verdade, aplicá-los tão somente quando as normas infraconstitucionais não forem suficientes para resolver a questão, em respeito ao princípio da legalidade; ou quando a norma infraconstitucional violar a Constituição, o que, de qualquer maneira, força o juiz a enfrentar o dispositivo legal.

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 146.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 147-148.

No Direito Constitucional contemporâneo ganhou peso a corrente doutrinária que reconhece a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco apontam para a necessidade de superar a concepção de Estado de Direito formal, em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei. Do contrário, haveria o esvaziamento do conteúdo pela atuação ou inação do legislador, o que não se poderia admitir.⁹⁶

Entretanto, é importante ressaltar que, mesmo com a disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição, que autoriza os operadores do direito a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa ainda sem comando legislativo, nem sempre os direitos fundamentais geram, de forma automática, direitos subjetivos, concretos e definitivos. Isso porque a natureza das coisas pode impedir isso, como na hipótese de a norma não conter os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade.⁹⁷

Apesar disso, ainda que existam hipóteses em que o disposto no § 1º do art. 5º tenha que ceder, deve-se presumir sua perfeição sempre que possível.

Coerente com esse fenômeno da constitucionalização do direito, Paulo Bonavides adota a corrente doutrinária que perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas,⁹⁸ dando ainda maior extensão à incidência da Constituição no ordenamento jurídico. Esse reconhecimento torna-se essencial para proclamar a natureza jurídica da Constituição e preservar sua unidade normativa.⁹⁹

Bonavides ainda menciona o papel dos princípios nesse contexto (embora não afirme expressamente que os direitos fundamentais devem ser vistos como *princípios*, como o faz Virgílio Afonso da Silva), que, segundo o autor, medem-se normativamente, ou seja, “têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 287.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 236.

⁹⁹ Paulo Bonavides reconhece, no entanto, que a declaração da juridicidade não basta por si só: “É óbvio que o problema de limitar poderes e competências a um instrumento constitucional não se resolve declarando apenas a juridicidade de seu conteúdo. Haverá sempre uma instância invisível, um poder latente ao lado da Constituição formal, decidindo, modificando, renovando comportamentos. Essa instância é a política. A programaticidade traz a sua presença tanto quanto possível para dentro da Constituição, em ordem a apagar o funesto dualismo que gravita ao redor da suposta incompatibilidade dos fundamentos políticos com os fundamentos jurídicos da Constituição.” (*Ibidem*, p. 237).

reconhece e a experiência consagra”.¹⁰⁰ Os princípios, então, constituem valores fundamentais e governam a ordem jurídica, de modo que certamente influenciam a aplicação/produção do direito no caso concreto, embora seja necessário verificar as condições fáticas e jurídicas existentes.

Diante dessas considerações, fica ainda mais evidente a mudança no exercício da função jurisdicional. O fenômeno chamado de *constitucionalização do direito* também abriu os olhos para a necessidade de o juiz considerar os fins do Estado previstos na Constituição e os valores dispersos na sociedade para bem aplicar a norma jurídica.

O CPC/2015 refletiu essa tendência nos artigos 1º e 8º, e também ao longo de todo o texto, conferindo grande importância aos valores e normas estabelecidos na Constituição, e ao mesmo tempo prevendo princípios que servirão na interpretação do ordenamento jurídico.¹⁰¹

Esse maior espaço interpretativo conduz a uma menor previsibilidade das decisões judiciais, o que inclusive é objeto de críticas por parte dos defensores do pensamento positivista, de modo que se mostra ainda mais relevante a participação do jurisdicionado no processo. Por essa participação, a parte não tentará apenas influenciar o juiz sobre a norma aplicável ao caso, mas procurará convencê-lo qual deve ser a própria definição da norma, trazendo inclusive sua percepção acerca dos valores presentes na sociedade.¹⁰²

1.5.2 As normas com enunciados abertos

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 289.

¹⁰¹ Com base nessa linha adotada pelo Novo CPC, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron esclarecem que “a nova lei institui um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhes determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo (ou embasada no processo constitucional democrático), tendo como grandes vetores o modelo constitucional de processo e seus corolários, devido processo legal (formal e substantivo), o contraditório – em uma versão dinâmica (art. 10, Novo CPC), a ampla defesa e uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais (art. 489, Novo CPC).” (THEODORO JR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 46-47).

¹⁰² João Eberhardt Francisco bem apontou que “a incerteza gerada pela possibilidade de resultados distintos a depender da qualidade das condicionantes materiais, culturais e ideológicas que incidirão sobre a mencionada atividade judicial na resolução de uma controvérsia, deve ser contrabalanceada pela maior participação dos sujeitos parciais, permitindo-lhes maior grau de influência no resultado do processo e, deste modo, legitimando-o.” (FRANCISCO, João Eberhardt. *O papel do juiz na efetivação dos valores constitucionais do processo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 27).

Outra característica relevante na aplicação/criação do direito pela função jurisdicional, e que se tem mostrado muito presente no estudo científico do processo civil, trata da abertura interpretativa não apenas de normas constitucionais, como analisado acima, mas também de normas infraconstitucionais. E é nesse contexto que, mesmo se seguida a linha positivista, mostra-se inegável que o juiz precisa realizar esforço interpretativo para dar a solução ao caso concreto.

Não raramente o intérprete depara-se com leis repletas de cláusulas gerais e termos imprecisos e desprovidos de objetividade, o que, por um lado, permite a incidência de valores na solução do caso concreto, cumprindo com a ideia síntese de escopo do processo. Por outro, a possibilidade de no exercício da função jurisdicional utilizar valores dispersos na sociedade acaba por dar espaço a subjetivismos, colocando em risco a segurança jurídica.

Esse debate permeia o presente trabalho, de modo que se torna fundamental analisar meios que permitem chegar a um equilíbrio entre as forças atuantes na atividade jurisdicional, forças que podem levar à injustiça da decisão pelo apego ao legalismo, e outras que extrapolam a atividade criativa e culminam em ofensa à segurança jurídica (que também é uma forma de injustiça).

Reconhecendo essa “batalha” entre *efetividade* e *segurança*, Scarpinella Bueno destaca que a *efetividade* vem ganhando cada vez mais espaço no processo civil, o que não indica que a segurança jurídica possa ser abandonada. Nesse sentido, passa a ser necessário verificar “em que medida é compatível uma maior ênfase de efetividade na segurança ou de segurança na efetividade a partir do novo modelo, do novo paradigma de ordenamento jurídico”.¹⁰³

Do que não se pode duvidar é que a previsão em lei dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” consiste em uma necessidade para regular a vida em sociedade. Na esteira do que foi mencionado linhas atrás, Puoli explica que o incremento da atividade econômica e o desenvolvimento do capitalismo passaram a gerar, com mais intensidade, situações da vida não reguladas ainda pelo Legislativo. Tendo em vista esse déficit da função legislativa, passou-se a editar normas compostas por conceitos indeterminados, já que estas,

¹⁰³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78, vol. I.

“justamente por não conterem a integral definição de sua hipótese de incidência, podem ser aplicadas a um maior número de situações da vida”.¹⁰⁴

Dessa feita, a presença das normas de conteúdo aberto no ordenamento jurídico reforça a ideia de que a função jurisdicional também é criadora de conteúdo normativo. Cabe ao juiz produzir a norma no caso concreto, levando também em consideração os valores presentes na sociedade. Tendo em vista que a norma só se efetiva com sua interpretação e aplicação ao caso concreto, como já se demonstrou acima, a distinção entre lei e fato acaba se tornando discutível.¹⁰⁵

Portanto, diante desses inúmeros desafios na aplicação e criação da norma pelo juiz, o que implica sem dúvida no aumento de seu poder, faz-se fundamental o estudo dessa matéria para reconhecer os limites da atuação do magistrado e evitar abusos e subjetivismos.

Isso não indica, é evidente, que não se deveria depositar esse grau de confiança no juiz e adotar uma postura semelhante aos revolucionários franceses. O que cumpre frisar é que esses agentes estatais, a despeito de toda a preparação para o exercício da função, são cidadãos e seres humanos, logo passíveis de falhas. Não se está a tratar aqui do juiz Hércules de Dworkin, que possuiria habilidades sobre-humanas na atuação de seus deveres,¹⁰⁶ de modo que é necessário assumir a falibilidade do sistema processual.

1.6 A jurisdição e as famílias jurídicas ocidentais

Discorreu-se, acima, acerca das principais características da fase contemporânea do direito processual civil, dando destaque aos fenômenos que influenciam o exercício da função jurisdicional. Abordou-se, inclusive, a corrente que entende essa função

¹⁰⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 72-73.

¹⁰⁵ Scarpinella Bueno trata dessa distinção: “O juiz, pois, tem que se voltar para a sociedade para bem aplicar o direito. Mais do que nunca a distinção entre ‘lei’ e ‘fato’ é falsa, errônea. Não há lei sem fato que determine sua aplicação. É a voz corrente na doutrina a de que um ‘conceito vago’, um ‘princípio’, uma ‘cláusula geral’ pressupõe, pra sua aplicação – e, antes disso, para sua interpretação –, um fato.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78, vol. I).

¹⁰⁶ “I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules. I suppose that Hercules is a judge in some representative American jurisdiction. I assume that he accepts the main uncontroversial constitutive and regulative rules of law in his jurisdiction. He accepts, that is, that statutes have the general power to create and extinguish legal rights, and that judges have the general duty to follow earlier decisions of their court or higher courts whose rationale, as lawyers say, extends to the case at bar.” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.105-106).

como criadora de conteúdo normativo, vez que a norma é construída pela interpretação do texto legal.

Essa concepção é aceita de forma mais ampla no mundo da *common law*, uma vez que lá os precedentes são considerados fontes do direito. Por outro lado, verifica-se que o sistema processual brasileiro incorporou alguns institutos bem característicos da família anglo-saxônica, a exemplo disso é possível mencionar que o CPC/2015 trouxe maior relevância ao direito jurisprudencial.

Diante disso, a análise comparativa entre essas duas doutrinas ocidentais é de extrema relevância para entender a criação da norma pela função jurisdicional, a feição desta na atualidade e a postura do juiz nessa atividade, de modo que se fará uma breve resenha sobre ambos os sistemas com foco nesses aspectos.

1.6.1 A *common law* e o modelo de precedentes

O ponto mais relevante, para este estudo, acerca do sistema da *common law*, consiste na criação da norma pelo juiz e a noção de precedente e sua vinculação a casos futuros. Muito embora o traço característico mais marcante na *common law* moderna seja o *stare decisis*, cumpre mencionar que ambos não se confundem, tanto que a primeira existiu por muito tempo sem a doutrina dos precedentes.

O *stare decisis*, nessa perspectiva, consiste em um elemento da moderna *common law*, tendo se solidificado apenas no século XIX. Além dos precedentes, a lei e os costumes constituem as fontes do direito desse sistema.

Diferentemente do que ocorreu no mundo da *civil law*, como já tratado acima quando se referiu à Revolução Francesa, não se procurou na *common law* romper com a tradição vigente, pois se desenvolveu de forma natural e ininterrupta.

José Rogério Cruz e Tucci explica que essa doutrina formou-se no período entre o ano 1066 até o início da dinastia Tudor, em 1485, época em que se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais. Muito embora a cultura de precedentes viesse a se sedimentar apenas no final do século XIX, já havia antes disso a preocupação em conferir

certeza e continuidade ao direito por meio de decisões judiciais que deveriam ser seguidas em casos futuros. Por essa razão, “desde a sua fase embrionária, a *common law* mostrou sua natural vocação para ser um sistema de *case law*”.¹⁰⁷

Essa ideia de obediência aos precedentes pode ser encontrada inclusive na discussão travada acerca do significado da função jurisdicional no direito anglo-americano, vale dizer, se a decisão judicial criava o direito ou somente o declarava, na esteira do que se mencionou acima.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁸ explica esse debate ocorrido no século XVIII, ou seja, muito antes do conceito de *rules of precedent* e da noção de vinculação (*binding*). De um lado, Blackstone defendia que o juiz apenas declarava o direito, podendo este ser escrito (*statute law*) ou não escrito (*lex non scripta*). Parte-se da ideia de que a *common law* encontrasse nos costumes gerais observados entre os *Englishmen*, de sorte que o juiz apenas identificaria esse direito comum já existente e o declararia, sem criá-lo. As cortes, então, demonstrariam o que seria a *common law* por meio de suas decisões.

No que diz respeito aos precedentes, a teoria defendida por Blackstone argumentava que reiteradas decisões iguais sobre um ponto de direito traduziam o *common law*. Vale dizer, os precedentes apenas reforçariam a declaração do direito comum, já existente, de modo que o juiz estaria limitado a referendar o direito fixado em julgados anteriores, não cabendo a ele criar um novo, mas apenas manter o já conhecido.¹⁰⁹

Em oposição à teoria declaratória, havia a teoria que acreditava que o juiz poderia criar o direito (*law-making authority*). Fazendo referência a Austin, Marinoni explica que esta última teoria afirmava que sob a ótica dos adeptos da declaratória, “os juízes teriam a ficção infantil de que a *common law* não é produzida por eles, mas constitui algo miraculoso feito por ninguém existente desde sempre e para a eternidade, e que vem meramente declarado de tempo em tempo”.¹¹⁰

¹⁰⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista Forense*, vol. 401, p. 260-261, jan./fev., 2009.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 261.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 260-261.

Assim, por essa teoria, o direito seria, na verdade, produto da vontade dos juízes, não sendo apenas descoberto, declarado, mas sim criado. Essa discussão travada pelas duas teorias ganhou bastante relevo quando o centro do debate passou a ser o respeito aos precedentes, ou, mais precisamente, a possibilidade de revogá-los.

Nesse aspecto, a teoria declaratória recebeu severas críticas, uma vez que entraria em contradição com a possibilidade de revogação de um precedente. De acordo com Austin, para que um juiz possa contrariar uma decisão anterior por esta estar equivocada terá que fazer algo muito diferente que simplesmente declarar o direito contido no precedente. Na verdade, o juiz acabará por criar o direito, legislando abertamente.¹¹¹

No embate entre essas duas teorias, assinala Marinoni que “nem a teoria declaratória, nem a constitutiva ou positivista, são capazes de coerentemente justificar o *stare decisis* em seu estado absoluto ou em sua conformação pura”.¹¹² Esse debate, que dialoga com o que se escreveu acima acerca da interpretação, demonstra que ambas as teorias estavam cientes e mostraram preocupação em respeitar os precedentes, e que questões acerca da criação ou não do direito pela função jurisdicional não se limita à *civil law*.

Essa postura do juiz, de potencial criador do direito junto ao legislativo, sempre percorreu a trajetória da *common law*. Como dito acima, ao contrário da história da *civil law*, em que houve rompimento com a tradição vigente, a doutrina anglo-americana não apresenta ruptura com a cultura jurídica estabelecida, mas isso não quer dizer que nunca houve mudanças ou abalos com a ordem vigente.

Nessa esteira, a história do Reino Unido mostra em boa medida o confronto travado pelo Parlamento e Judiciário contra o absolutismo monárquico. A evolução constitucional britânica, que desde a Carta Magna de 1215 até a Revolução Gloriosa de 1688 pautou-se na resistência do parlamento contra a autoridade monárquica, acabou desaguando na supremacia parlamentar, “vista lá como símbolo do regime democrático da maioria e,

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista Forense*, vol. 401, p. 262-263, jan./fev., 2009.

¹¹² *Ibidem*, p. 263.

quando depois alcançado o sufrágio universal, como afirmação do próprio povo contra o arbítrio da monarquia”.¹¹³

No entanto, essa supremacia do Parlamento inglês não saiu, e nem mesmo saiu, livre de críticas. Já nos séculos XVI e XVIII, Sir Edward Coke imprimiu esforços para que fosse permitido às Cortes controlar atos do Legislativo. No célebre *Dr. Bonham's case*, Coke entendeu que a penalidade aplicada ao Dr. Bonham pela Academia Real de Medicina era inválida, tendo em vista que a esta última era revertida parte da pena pecuniária, não sendo permitido, sustenta Coke, a ninguém ser juiz em causa própria sob o risco de ofender o *common law and reason*.

Em sua decisão, Coke revela seu anseio pelo controle dos atos do Parlamento, pregando a necessidade de a *common law* impor freios à função legislativa.¹¹⁴

No entanto, apesar dos esforços de Coke, prevaleceu a ideia da supremacia parlamentar, de modo que os atos legislativos não seriam objeto de controle pelo Poder Judiciário. Essa concepção encontra guarida no sistema constitucional britânico, vez que sua Constituição é flexível, de modo que não há um poder de reforma da Constituição diverso do poder legislativo ordinário.

Apenas recentemente, com o advento da União Europeia, o Judiciário inglês, no caso *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*, reconheceu seu poder de restringir a aplicação de um ato do Parlamento quando este se mostra contrário às normas da União Européia.¹¹⁵ No entanto, ainda é cedo para afirmar se tal posicionamento será uma

¹¹³ Carlos Roberto Siqueira Castro complementa ainda que o “Parlamento reluzia, assim, aos olhos de um inglês, como a casa da liberdade e das grandes aspirações da sociedade.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12).

¹¹⁴ Transcreve-se trecho da decisão: “*And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void.*” Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/print_documents/amendV_due_processs1.html>.

¹¹⁵ Esse debate acerca da possibilidade de controle dos atos do Parlamento pelo Judiciário também é amplamente abordado pela doutrina: “*It is ultimately for the courts to determine the validity of statutes in accordance with the principle of equality and with due regard for the other essential constituents of the rule of law. There must be an appropriate reconciliation between the legislative sovereignty of Parliament, as the supreme law-maker, and the legal sovereignty of the courts, as the final arbiters of the law in particular cases.*” (ALLAN, Trevor. *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 3).

tônica da recém-criada Suprema Corte britânica, até mesmo em virtude da iminente saída do Reino Unido do bloco europeu.

A despeito de o julgado de Sir Edward Coke não ter repercutido na Inglaterra, seu conteúdo ecoou nas colônias da América do Norte, muito em razão da aversão que os cidadãos dessas colônias tinham em relação ao Parlamento britânico, uma vez que as leis deste impunham-lhes severos encargos, o que acabou desencadeando inclusive o surgimento do *judicial review*. Assim, nos Estados Unidos da América não há que se falar em uma “*supremacy of the parliament*”, haja vista o protagonismo que o Judiciário lá exerce, detendo a Suprema Corte americana a função de preservar a Constituição e a soberania do povo nela expressa.¹¹⁶

Como se vê pela breve análise desses dois grandes representantes da tradição anglo-saxônica, há consideráveis diferenças entre ambos não apenas a partir do aspecto histórico, mas também sobre o papel do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, o que sem dúvida impacta no exercício da função jurisdicional, dado que, como repisado aqui diversas vezes, a criação ou reconstrução da norma dá-se pela interpretação do texto da lei e do seu sentido de acordo com a Constituição.

Assim, ainda que seja possível falar em um sistema *common law*, isso não quer dizer que não existam discrepâncias entre os ordenamentos jurídicos pertencentes a essa família. Isso evidencia que não há uma rígida caracterização, tanto que não é raro um país adotar em seu ordenamento um instituto que seria mais característico de outra tradição jurídica.

Esse é o caso do modelo de precedentes incorporado pelo CPC/2015, tema que será melhor abordado em outro tópico deste estudo. De qualquer modo, esse diálogo entre tradições é profícuo para o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos, mas a incorporação de determinado modelo ainda estranho ao ordenamento exige seu pleno conhecimento para que sua aplicação não seja desviada. Dessa forma, mais adiante quando se tratará da valorização dos precedentes também serão abordados conceitos como *ratio decidendi* e *obiter dictum*, fundamentais para que se proceda à melhor interpretação com base nesse modelo.

¹¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

1.6.2 A *civil law* e a necessidade de estudo do modelo de precedentes da *common law*

A respeito da *civil law*, já se tratou bastante linhas acima quando abordada a crise do positivismo, de modo que seus aspectos centrais que interessam ao presente trabalho foram, em certa medida, tratados naquela oportunidade.

Ainda assim, vale mencionar que, apesar do esforço de muitas vezes simplificar certos modelos e agrupá-los em um mesmo rótulo, carece de precisão afirmar que há um modelo homogêneo e unitário de processo civil de *civil law*, haja vista os ordenamentos dos países que seguem essa tradição.

Discorrendo sobre o sistema processual nessas famílias, Michele Taruffo bem disse que nunca sequer existiu esse modelo homogêneo e que as transformações ocorridas em vários ordenamentos processuais nas últimas décadas inviabilizaram a possibilidade de se referir de forma unitária aos modelos tradicionais. Assim, o doutrinador italiano ataca as concepções que tendem a vincular o modelo de processo inquisitorial à *civil law*, e o adversarial à *common law*, afirmando que inexiste correlação necessária, como será mais bem tratado adiante. O que se verifica na atualidade é uma nítida troca de experiências entre os sistemas, bastando citar, a título ilustrativo, a influência estadunidense “na recepção [pelos ordenamentos da *civil law*] de formas de tutela jurisdicional de direitos difusos modelados a exemplo da *class action* (recepção que ocorreu ou está ocorrendo, além de no Brasil, em outros países de *civil law*)”.^{117 118}

Isso não indica também, é claro, que não existam certas peculiaridades que em geral podem ser reconhecidas nos sistemas processuais de países da *civil law*. A própria recepção da ideia de direitos coletivos, tomando por base o instituto da *class action*, deu-se pela adoção de técnicas um tanto distintas, mais compatíveis com os princípios dos respectivos sistemas processuais. A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 25.

¹¹⁸ A respeito dessa crítica ao método de comparação feito a partir dos sistemas processuais, Dinamarco cita que, mesmo no âmbito da América Latina, região mais ou menos culturalmente homogênea, é possível perceber profundas discrepâncias existentes em cada um dos países nessa matéria. Assim, preleciona o jurista que o “mais realista, portanto, será sempre a apreciação do sistema processual de cada país pela soma de suas características próprias, destacando os pontos mais relevantes para a configuração de um modelo no plano político-constitucional e no plano técnico operacional do direito infraconstitucional”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 286, vol. I.).

Linda Mullenix mencionam, por exemplo, a legitimação ativa na *civil law* dos órgãos públicos, ao lado iniciativa privada; o controle de processos coletivos feito por instituições públicas; ausência de instituto parecido com o *pre-trial discovery (disclosure)*.¹¹⁹

O que se pode dizer acerca desse sistema que de fato se contrapõe à *common law* é o caráter de ruptura em sua origem. Como já explicitado, na tradição romano-germânica a figura do juiz passou a ser concebida como mera “boca da lei”, haja vista o intento de se preservar os ideais da Revolução Francesa que não poderiam ser contaminados pela aristocracia presente na magistratura.

Já na *common law*, ao menos nos Estados Unidos, o juiz tem a missão de garantir a Constituição e impor limites ao Legislativo, o que inclusive motivou o surgimento do *judicial review*. Nessa perspectiva, verifica-se que a teoria da separação dos poderes foi recebida na *civil law* em um contexto em que magistrados eram vistos como um risco do retorno à mentalidade do Antigo Regime. Por outro lado, como observa Campilongo, o constitucionalismo americano via como sua maior ameaça as maiorias democráticas (“tirania da maioria”),¹²⁰ de modo que caberia ao Judiciário preservar a vontade do povo declarada na Constituição, como sustenta Hamilton em passagem citada acima.

Dessa forma, o sistema da *common law* historicamente foi mais favorável à atividade criativa do juiz, uma vez que, quando se pensa especificamente no sistema estadunidense, o magistrado possui maior independência frente aos Poderes Executivo e Legislativo e tem como missão primordial proteger a Constituição, o que também implica, por óbvio, a interpretação de normas constitucionais de conteúdo mais aberto para sua aplicação ao caso concreto.

Já a *civil law*, quando ainda prevalecia o pensamento positivista em um primeiro momento, mostrava-se reticente à função criadora do magistrado, preferindo pregar que sua atividade se resumia a um desdobramento quase mecânico da lei.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

¹²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

Nesse sentido, dialogando com o que foi exposto no início deste capítulo, é importante ressaltar nessa comparação com o sistema estadounidense que não se trata apenas de analisar como é exercida a função jurisdicional em determinado sistema, mas é também fundamental entender como se posiciona o Judiciário frente aos demais Poderes, já que isso tem evidente impacto na função que lhe é típica.

CAPÍTULO 2: OS PODERES DO JUIZ

O capítulo anterior teve como abordagem principal analisar o papel do Poder Judiciário na conjuntura atual do Estado Democrático e sua posição frente aos demais Poderes estatais. E, para estudar esse Poder e sua postura na contemporaneidade, é coerente tratar da função que lhe é típica, de modo que se procurou acima abordar a feição atual da jurisdição e a parte que lhe cabe na criação da norma jurídica.

Já o presente capítulo dará continuidade ao trajeto em que consiste essa análise, agora dando enfoque ao sujeito central no exercício da função jurisdicional, o juiz. Antes de entrar especificamente na análise dos seus poderes-deveres, cumpre enfrentar alguns debates. De início, como mencionado de forma breve anteriormente, fala-se muito hoje em ativismo judicial, em contraposição com o que prega a chamada corrente garantista. Essa discussão será tratada abaixo até com o objetivo de compreender a postura do juiz no processo civil contemporâneo e os limites à sua atuação. Em seguida, com vistas a tratar da margem de liberdade conferida ao juiz, e que muitas vezes justifica esse ativismo judicial, será abordada a existência ou não da discricionariedade judicial. Com base nessas considerações, caberá também analisar como lidar com essa margem de liberdade, de modo que o estudo do princípio da proporcionalidade torna-se fundamental. Ainda antes de falar especificamente dos poderes do juiz, mas com o objetivo também de tratar sobre sua postura no processo, serão analisados os modelos adversarial e inquisitorial até para verificar o quanto se justifica afirmar que o sistema processual brasileiro ainda é inquisitorial. Delineado, então, esse cenário, caberá estudar os poderes-deveres do magistrado.

2.1 O papel do juiz: entre o garantismo e o ativismo judicial

Até para entender o modo e a dimensão com que se dá o exercício das funções pelo juiz, bem como suas implicações, cumpre trazer aqui o debate existente entre duas doutrinas que divergem acerca da extensão dos poderes do juiz e seu modo de atuação, quais sejam, o garantismo e o ativismo judicial.

De um lado, a corrente garantista destaca a condição do juiz de terceiro não interessado no resultado do processo e a adoção de uma postura pouco ativa, deixando mais a

cargo das partes e seus advogados diversas iniciativas, como a produção de provas.¹²¹ Já por outro lado, o ativismo judicial proclama uma postura mais ativa do juiz, como o próprio nome sugere, inserindo como elemento do exercício da função jurisdicional o poder-dever de interpretar a realidade social na construção de suas decisões, privilegiando os valores fundamentais.

Como já é possível observar, o embate entre essas duas correntes envolve também uma questão política em que se levanta também a questão do papel do Judiciário e a extensão de sua atuação. Adolfo Velloso, revelando preocupação com o aumento dos poderes do juiz, sustenta que o crescente protagonismo judicial que tem se verificado é expressão da luta pelo poder, já que o juiz não está convocado para legislar e nem mesmo para administrar. E as razões para que não assuma essas atribuições são as seguintes, segundo o autor: (i) os juízes não são preparados para isso; (ii) não são políticos e não estão legitimados por voto popular; e, (iii) porque não têm conhecimento necessário a respeito do tema.¹²²

Juan Montero Aroca, também adepto dessa concepção garantista, faz referência aos “mitos processuais” que se escondem atrás da ideia de “publicização do processo civil”, como é o caso do “mito” chamado processo “social”, que se conjuga com a ideia de que o juiz faz “justiça” a despeito das partes e contra seus advogados, e para isso necessita de amplos poderes.¹²³

Aroca também contesta a ideia de que quanto maiores os poderes do juiz, tanto mais “justiça” se poderá conseguir,¹²⁴ vez que essa assertiva ganha contornos autoritários. O jurista espanhol rompe a equivocada relação de que poderes do juiz e justiça das decisões seriam proporcionalmente equivalentes. Conforme se tem dito, inclusive neste trabalho, deve-

¹²¹ Adolfo Alvarado Velloso escreve o seguinte acerca do garantismo processual e sua posição sobre a postura do juiz: “*Pero además de ser imparcial ese juez para ser tal, esencialmente tal debe tener una segunda calidad más; la imparcialidad es decir: no tener interés, inmediato, ni mediato en el resultado del litigio. Imparcialidad e imparcialidad son dos supuestos que no pueden funcionar sin un tercero que, es la independencia del juzgador respecto de las partes en litigio*”. (VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Disponível em <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>>. Acesso em 16.06.2017).

¹²² Ibidem, p. 9.

¹²³ Nas palavras do autor: “*El mito procesal al que me refería y me sigo refiriendo es el de la publicización del proceso civil, en el que se han escondido mitos derivados, como el del proceso que llaman ‘social’, mitos que deben conjugarse con el del juez que hace ‘justicia’ a pesar de las partes y, por tanto, en contra de sus abogados, para lo que necesita de amplios poderes.*” (AROCA, Juan Montero. *El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria*. In _____. (coord.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 148).

¹²⁴ Ibidem, p. 148.

se perquirir pelo equilíbrio ao atribuir maiores poderes no exercício da função jurisdicional, tendo em vista ainda a parcela de atuação que cabem às partes e aos seus advogados.

A esse respeito, há que se fazer temperamentos entre a função do juiz e a função das partes (e dos seus advogados). Aroca afirma que ao se conceder mais poderes instrutórios ao juiz, não se questiona propriamente a imparcialidade judicial, mas se seria possível continuar chamando o juiz de terceiro, já que haveria aí uma incompatibilidade entre o que corresponde à função da parte e o que caberia ao juiz. Entende o autor que, pela ampliação da iniciativa probatória ao juiz, está-se partindo da ideia “*implícita de que el abogado de la parte puede ser o negligente o ignorante*”.¹²⁵

Como se verifica pelas ideias expostas, o garantismo processual tem como uma de suas principais preocupações o resguardo do juiz como terceiro imparcial e autoritário, o que exigiria uma postura mais passiva na condução do processo, cabendo às partes e seus advogados maior grau de iniciativa, com destaque para a instrução probatória. Aroca ainda assevera que a adoção de um modelo processual não se resume à mera técnica, já que muitas vezes há um fundo político nisso, de modo que o aumento dos poderes do juiz pode conduzir ao autoritarismo, ficando o cidadão sem direitos perante o Estado.¹²⁶

Já a corrente ativista, por sua vez, exige do juiz, como explica Roberto Omar Berizonce, uma visão progressista, evolutiva, reformadora, com conhecimento para interpretar a realidade de sua época, conferindo às suas decisões um sentido contrutivo e modernizador, com o intuito de consagrar os valores essenciais em vigor.¹²⁷

Nesse sentido, nos moldes do que foi tratado acima quando se discutiu a interpretação e a função jurisdicional, Berizonce sustenta que o ativismo decorre do próprio processo de interpretação-criação do direito, em que se adotam fundamentos racionais com base em preceitos da Constituição, devendo o juiz valer-se de argumentação adequada. Explica ainda que a democracia possui uma dimensão discursiva que não é exclusiva do

¹²⁵ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria. In _____ (coord.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 161.

¹²⁶ Ibidem, p. 161.

¹²⁷ BERIZONCE, Roberto Omar. “Acitivismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 190, ano 35, p. 45, dez. 2010.

parlamento, mas também do exercício da jurisdição, de modo que constituem atividades complementares, na base da convivência política legítima.¹²⁸

Isso não quer dizer, como reconhece o próprio Berizonce, que não existiria tensão entre os Poderes estatais. Aliás, o jurista dá destaque à construção de políticas públicas como exemplo de ativismo judicial, que conduz à delicada questão das atribuições judiciais e o âmbito reservado aos demais Poderes.¹²⁹

José Wellington Bezerra da Costa Neto, em tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, faz referência às críticas voltadas contra o ativismo judicial, que veem, nessa corrente, um fenômeno de iniciativa do Judiciário em direção à invasão de outras competências. Em resposta a essas críticas, o autor, pautando-se também em Berizonce, cita que o ativismo surge como demandas de duas fontes: do Estado e da sociedade. No primeiro caso, o uso recorrente de preceitos abertos e flexíveis, que representa um clamor do legislador pela atividade integrativa judicial ao texto da lei, transfere aos juízes parte de sua competência diante do reconhecimento de que a atividade legislativa não consegue acompanhar a dinâmica social. Já a sociedade, por seu turno, apresenta suas exigências por justiça amplificadas e qualitativamente mais complexas.¹³⁰

Conforme se verifica pela breve análise dessas duas correntes, o ativismo judicial mostra estar mais próximo daquilo que se discorreu acerca do exercício da função jurisdicional na atualidade. Isso não quer dizer, todavia, que as razões levantadas pelos garantistas não sejam relevantes. Longe disso, as preocupações trazidas por essa linha de pensamento são inclusive fundamentais para colocar freios a um ativismo exacerbado, de modo a pautar-se na busca pelo equilíbrio na atividade do juiz.

2.2 Discricionariedade judicial?

Como se viu no tópico acima, o ativismo judicial surge também como uma demanda do próprio Estado, ao fazer uso de textos legais providos de cláusulas gerais e

¹²⁸ BERIZONCE, Roberto Omar. “Acitivismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 190, ano 35, p. 46, dez. 2010.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 47.

¹³⁰ COSTA NETO, José Wellington. *Protagonismo judicial* – proposta de uma teoria geral contemporânea da função jurisdicional. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015, p. 72.

conceitos jurídicos indeterminados, conferindo considerável liberdade ao juiz. Nesse sentido, um dos temas que aqui se verifica como um dos mais tormentosos envolvendo a ciência processual e a atuação do juiz consiste na existência ou não de discricionariedade no âmbito judicial. Muita tinta já foi utilizada para tratar dessa polêmica que, no entanto, continua viva e rende profícuos debates. Por óbvio, não se pretende aqui trazer conclusão definitiva, posto que a questão merece um trabalho específico, mas sua abordagem é fundamental para o desenvolvimento do presente estudo.

Por uma análise de entendimentos doutrinários acerca do tema, é possível perceber que aqueles que não reconhecem a existência da “discricionariedade” judicial utilizam-se de diversos argumentos desde a ausência de faculdades outorgadas ao juiz (já que faculdades e discricionariedade estariam inseridas no mesmo campo) até a impossibilidade de haver mais de uma decisão correta. Esses argumentos serão tratados linhas abaixo, mas é importante destacar, desde já, que parte dessa polêmica deve-se, em boa medida, pelo próprio conceito de discricionariedade que variados autores adotam, o que certamente impacta na resposta à pergunta feita no título deste tópico.

Dessa feita, faz-se necessário iniciar esta abordagem trazendo um conceito de discricionariedade. Para tanto, o que é recorrente quando se trata desse tema, busca-se auxílio no Direito Administrativo, ramo em que o instituto da discricionariedade é mais usual. Trancreve-se abaixo o conceito cunhado por Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual aqui se adota, e em seguida serão destrinchados seus elementos característicos:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.¹³¹

Um primeiro ponto que deve ser destacado dessa extensa definição é a “satisfação da finalidade legal”. Não raramente a discricionariedade é confundida de forma equivocada com arbitrariedade, como se aquele que produz o ato não possuísse limitadores. No entanto, não se pode olvidar que o administrador público, assim como o juiz, exerce uma

¹³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

função, de modo que tem o dever de cumprir uma finalidade disposta na lei em benefício de outrem.

Essa ideia de função é fundamental para entender o instituto que aqui se analisa. O exercício de competência discricionária não consiste apenas em um *poder* do agente público, mas é antes de mais nada um *dever* imposto pela própria lei para que se possa alcançar um fim por ela disposto. Nessa linha, a discricionariedade tem um caráter instrumental, pois consiste em um meio para que se cumpra o dever de atingir a finalidade legal.¹³²

Não se nega, obviamente, que exista margem de liberdade, que configura elemento fundamental da discricionariedade, no entanto, isso não quer dizer que o agente público pode adotar a medida que bem entende, vez que é pressuposto básico que cumpra a finalidade imposta.

Além disso, retomando a definição transcrita acima, não basta apenas que a medida adotada observe o fim disposto em lei, mas deve ela mostrar-se razoável. Sobre esse aspecto, retorna-se ao que foi dito no tópico acima quando foi analisado o princípio da proporcionalidade. A atuação discricionária demanda um juízo de proporcionalidade, de modo que a medida deve ser adequada para os fins prescritos em lei e a menos gravosa para os envolvidos, realizando-se um exame de ponderação entre os interesses e valores envolvidos na tomada de decisão.

Embora discricionariedade e proporcionalidade sejam duas ideias que guardam relação com o aumento de liberdade outorgado ao juiz, esses conceitos, como se vê, não se confundem. A primeira é a margem de liberdade outorgada para eleger uma conduta; já a segunda consiste em um modo, em uma baliza para se proceder a essa eleição, responsável por contrabalancear os bens jurídicos em jogo, como se verificará no tópico abaixo.

¹³² De acordo com Bandeira de Mello, “compreende-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes de um ‘poder’ discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15).

Outro aspecto fundamental da definição feita por Bandeira de Mello, e que é cercado de polêmicas, diz respeito às causas geradoras da discricionariedade. Tomando por base a citada definição, a discricionariedade ocorre “quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.

A discussão é intensa no que diz respeito a existir ou não discricionariedade quando se está diante de conceitos imprecisos. Para o mencionado administrativista, como se vê, a noção de discricionariedade não se resume ao campo das opções administrativas efetuadas em critérios de conveniência e oportunidade, mas também na inteligência dos conceitos vagos.¹³³

De acordo com o autor, em muitas situações mais de uma inteligência sobre um conceito fluido seria razoavelmente admissível, de sorte que não se poderia afirmar, como detentor da verdade, que um entendimento divergente será necessariamente errado. Vale dizer, não raramente é possível verificar inteligência diferentes e que não possam ser havidas como incorretas, desde que sejam igualmente razoáveis. Fazendo referência a Bernatzik, Bandeira de Mello observa que “pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa”, de modo que não lhe parece aceitável a tese de que a questão envolvendo conceitos legais imprecisos seja estranha ao tema da discricionariedade.¹³⁴

Isso não quer dizer que não seria o caso de necessariamente buscar a melhor solução para o caso concreto. Sempre caberá ao agente público adotar a *solução ótima*, a que melhor atende a finalidade legal. O problema reside no fato de que não se pode saber sempre qual é essa solução ótima, pois a providência ideal mostra-se objetivamente incognoscível. Nesse sentido, arremata Bandeira de Mello que a discricionariedade “é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito”.¹³⁵

¹³³ O próprio Bandeira de Mello reconhece a polêmica e afirma, inclusive, que parte significativa da doutrina entende que a existência de conceitos fluidos ou imprecisos não autorizaria concluir pela existência de uma esfera de discricionariedade. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 17).

¹³⁴ *Ibidem*, p. 22-23.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 43.

Como se observa, por existirem casos em que não é possível afirmar sem qualquer dúvida qual é a melhor solução, ou a decisão mais justa e correta, abre-se campo para a discricionariedade.

Realizadas as breves considerações acerca do conceito de discricionariedade, cabe agora trazer essas noções para o âmbito judicial e verificar se é possível falar em “discricionariedade” judicial.

Como já dito, uma das primeiras divergências sobre o tema refere-se ao próprio conceito de discricionariedade adotado. Teresa Arruda Alvim Wambier, que nega a existência de discricionariedade no âmbito judicial, explica que o instituto consiste em um resíduo de liberdade outorgado ao aplicador e que gera o dever de integrar a vontade da lei. Nas palavras da própria autora, “é a margem de liberdade conferida pela lei àquele que a aplica pela circunstância de não determinar de modo concreto e específico como atingir, em cada caso, o fim requerido pela lei”.¹³⁶

Nesse conceito, embora claras as ideias de dever e de cumprimento da finalidade legal, nada menciona, ao menos expressamente, acerca de expressões fluidas e imprecisas da lei. A esse respeito, a doutrinadora é clara ao afirmar que não se trata de discricionariedade a “liberdade” que o juiz tem na fixação de conceitos jurídicos indeterminados, pois se trata de atividade eminentemente interpretativa no preenchimento do conceito vago.

Mas o argumento central para negar a existência da discricionariedade judicial reside na própria característica de discricionariedade, vez que esta reconhece a possibilidade de haver diversas soluções ou diversos caminhos legítimos, enquanto que “para o Judiciário sempre há a *melhor solução*, que é a *correta*”. Para a autora, essa identificação da solução correta não deve ser confundida com discricionariedade, mas leva o nome de “liberdade de investigação crítica”.¹³⁷

¹³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Existe a ‘discricionariedade’ judicial?. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 70, ano 18, p. 232, abr./jul. 1993.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 233.

Nessa linha, quando um Tribunal reforma uma decisão, não está dando sua opinião, mas sim corrigindo a decisão anterior tida como errada. Não se trata, de acordo com a doutrinadora, de uma forma de pensar distinta do Tribunal, o que há é uma atitude deste de corrigir o que estava errado. Todavia, embora não seja desejável pelo sistema, não raramente ocorre de haver decisões com entendimentos diversos a respeito da aplicação de conceito vago sobre idênticas situações fáticas. No que se refere a essa anomalia, Teresa Wambier esclarece que essa pluralidade de decisões dá-se porque não há meios “de se aferir, tecnicamente, qual seja a decisão ontologicamente mais correta”.¹³⁸

Cabe analisar brevemente essa última assertiva com o conceito de discricionariedade cunhado por Bandeira de Mello. Como visto, o administrativista afirma que sempre deve ser adotada a solução ideal para o caso concreto, todavia, reconhece que nem sempre a mente humana é capaz de verificar qual seria ela. Muito embora Teresa Wambier não veja isso como uma noção de discricionariedade, é possível afirmar que ambos os doutrinadores admitem que a limitação da cognição humana impede que algumas vezes não se conheça qual a providência que melhor atende a finalidade legal. Pelo que se observa desses posicionamentos, a divergência consiste em chamar ou não os efeitos dessa limitação de “discricionariedade”.

Coerente com a processualista, Dinamarco também adota o conceito de que discricionariedade é o poder de escolha entre duas ou mais condutas igualmente legítimas, e que, “ordinariamente, só *uma* decisão é legítima e as demais viriam a contrariar direitos e garantias dos sujeitos litigantes”. Diante disso, afirma que “é ao menos exagerado falar em *discricionariedade judicial*”.¹³⁹

Bedaque segue linha semelhante e salienta que não se deve confundir *liberdade de investigação crítica* do julgador com poder discricionário atribuído ao juiz, dado que este não decide por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Vale dizer, não tem o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis, ainda que se

¹³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Existe a ‘discricionariedade’ judicial?. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 70, ano 18, p. 234, abr./jul. 1993.

¹³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 239, vol. II. (grifos no original)

depare com termos vagos utilizados pelo legislador, quando terá que se valer da interpretação para determinar o sentido da norma e chegar à melhor solução.¹⁴⁰

Para o doutrinador, só existe uma solução correta, “muito embora várias tecnicamente possíveis. Entre todas, cabe ao juiz escolher aquela que, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto”.¹⁴¹ Por essa assertiva, observa-se que Bedaque entende haver para alguns casos mais de uma decisão “tecnicamente” possível, e existe também ao menos uma dose de subjetivismo do julgador (“em seu entender”) na escolha daquela que se mostra a correta.

De todo modo, o autor deixa claro que só existe a possibilidade de o juiz adotar uma única solução, que é aquela condizente com a vontade da lei e que será descoberta por meio da interpretação. Mas é importante destacar que ainda faz a ressalva de que o entendimento sobre a existência ou não de “discricionariedade” judicial dependerá também do próprio conceito de discricionariedade utilizado: “Se o poder discricionário significa maior liberdade na interpretação da norma, tendo em vista os conceitos vagos e imprecisos nela existentes, o juiz o exerce. Mas, se entendermos discricionariedade como juízo fundado em conveniência e oportunidade, o juiz não atua dessa forma”.¹⁴²

Essa serena observação feita por Bedaque tem consonância com o que se procura abordar no presente tópico, e até por isso debruçou-se aqui sobre uma definição de discricionariedade um tanto distinta da adotada pelos processualistas mencionados, mas que pode trazer uma noção de discricionariedade mais compatível com a função jurisdicional.

O que se pode afirmar é que boa parte da doutrina segue linha semelhante às acima mencionadas. Paulo Issamu Nagao sustenta que, com a ressalva em situações excepcionais, deve ser afastada a ideia de discricionariedade judicial. Afirma que a visão de poder discricionário esteve atrelada ao binômio conveniência e oportunidade, juízo este que não cabe ao juiz realizar, exceto casos em que a própria lei atribui expressamente uma margem de escolha ao julgador, como a hipótese de incumbir ao juiz decidir sobre os

¹⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 159-160.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 162.

¹⁴² *Ibidem*, p. 164.

negócios da sociedade havendo impasse entre os sócios (art. 1.010, § 2º, do Código Civil). Mas essa é uma das situações excepcionais.¹⁴³

Nagao ainda trata da questão envolvendo conceitos vagos ou indeterminados, ou com feição de cláusulas gerais, mas sustenta que, mesmo nesse cenário, não há que se falar em discricionariedade, pois “o que subsiste é o papel de interpretação, inseparável do campo da argumentação, e da aplicação do direito ou da norma pelo juiz”.¹⁴⁴

Sidnei Amendoeira Jr. também nega a existência de “discricionariedade” judicial, todavia, apresenta alguns argumentos dos quais aqui não se concorda, de modo que é pertinente abordá-los até como forma de enriquecer o presente trabalho e deixar mais clara a noção de discricionariedade.

De início, argumenta o autor que não se poderia atribuir “poderes discricionários” ao juiz na medida em que a este não são outorgadas faculdades no processo.¹⁴⁵ Esse tema já foi tratado acima e será novamente analisado abaixo quando se falará das situações jurídicas processuais. De qualquer maneira, cabe repisar que, inclusive para os administrativistas, *discricionariedade* não indica *faculdade*, já que aquela se insere também no exercício de uma função e constitui na verdade um poder para que se cumpra o dever de alcançar a finalidade legal.

Na questão envolvendo a interpretação de conceitos vagos e indeterminados, Amendoeira Jr. sustenta que essa atividade não se equipara à discricionariedade, “porque o ato do juiz (...) deverá ser motivado e fundado na legalidade”,¹⁴⁶ de modo que os princípios da legalidade e da motivação constituem verdadeiros limitadores dos poderes do juiz e por isso mesmo não existiriam decisões discricionárias.¹⁴⁷

Dois pontos merecem ser esclarecidos à luz do que foi dito anteriormente, já que as afirmações do parágrafo acima nitidamente sugerem que a ideia de discricionariedade seria estranha aos princípios da motivação e da legalidade. De início, a discricionariedade

¹⁴³ NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 220-223.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 221-222.

¹⁴⁵ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 78 e 80.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 86.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 88.

administrativa só tem sua razão de ser justamente para que seja cumprida uma finalidade legal. Legalidade e discricionariedade caminham juntas, e o exercício desta última só é válido quando realizado dentro dos parâmetros da lei, pois do contrário poderia incorrer em arbitrariedade, que não deve ser confundida com o instituto aqui estudado.

No que diz respeito ao princípio da motivação, na verdade mesmo os atos praticados no exercício de competência discricionária devem ser motivados. Aliás, a exigência da devida motivação é ainda mais pertinente nesse contexto, na medida em que nos atos vinculados as razões da providência adotada mostram-se mais claras em comparação com situações de discricionariedade.¹⁴⁸ Assim, discricionariedade está longe de ser entendida como prescindibilidade de motivação, visto que o contrário seria dar abertura a arbitrariedades.

Como se vê, as linhas doutrinárias que não reconhecem a “discricionariedade” judicial divergem quanto às suas justificativas, mas parece que há dois argumentos principais que constituem a tônica desse entendimento, quais sejam, (i) o juiz não fazer julgamentos de conveniência e oportunidade, e (ii) a aplicação de conceitos vagos demanda sua interpretação, não se tratando de discricionariedade.

Barbosa Moreira sustenta que não deve ser confundida a margem de liberdade outorgada ao juiz na fixação dos “conceitos juridicamente indeterminados” com discricionariedade judicial. Para o jurista, em ambos os casos mostra-se relevante a prudência do aplicador da norma, já que lhe é conferida certa liberdade nessa tarefa. Mas a discricionariedade só é verificada no contexto em que a lei confere ao juiz a possibilidade de atuar ou abster-se, ou o poder de escolher a providência a ser adotada, dentro de certos limites, com base em um juízo de conveniência e oportunidade.¹⁴⁹

A diferença fundamental dessas duas situações é verificada quando se tem em conta os dois elementos essenciais da estrutura da norma, isto é, o “fato” e o efeito jurídico

¹⁴⁸ Nas lições de Bandeira de Mello: “Se o motivo foi vinculado é obrigatória a prática do ato ante sua ocorrência, a falta de motivação não invalida o ato desde que o motivo haja efetivamente existido e seja demonstrável indubitavelmente sua antecedência em relação ao ato. Se a escolha do motivo for discricionária (ou sua apreciação comportar alguma discricionariedade) ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação é obrigatória.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 105).

¹⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 261, ano 74, p. 15, jan./fev./mar. 1978.

atribuído à sua concreta ocorrência. Nessa perspectiva, os conceitos vagos integram a descrição do “fato”, enquanto que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. “Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada”. Já na discricionariedade a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador.¹⁵⁰

Para Barbosa Moreira, então, só se identifica a discricionariedade judicial quando a própria lei estabelece que a providência será tomada adotando-se juízo de conveniência e oportunidade (*eleição de efeitos*), o que não se confunde com a fixação de conceitos vagos e imprecisos (*suposto fático*).

Fredie Didier Jr., em estudo feito sobre o princípio da cooperação no direito português, também entende não haver discricionariedade judicial na hipótese de o enunciado normativo ser composto por “conceitos indeterminados”, já que a consequência jurídica é predeterminada pelo legislador. Nesse caso, “preenchidos os pressupostos normativos, ao magistrado não se conferem opções”.¹⁵¹

O autor reconhece, por outro lado, que se pode falar em discricionariedade judicial quando se trata de cláusula geral.¹⁵² Isso porque, em casos como esse, “além da hipótese de incidência ser composta por termos indeterminados, é conferida ao órgão jurisdicional a tarefa de criar o efeito jurídico decorrente da verificação da ocorrência daquela hipótese normativa”; isto é, cabe ao julgador “definir qual a consequência da incidência da

¹⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 261, ano 74, p. 15-16, jan./fev./mar. 1978.

¹⁵¹ DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 21.

¹⁵² Didier define da seguinte maneira: “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”. Ainda, o autor traz a definição de Judith Martins-Costa, que vale transcrever: “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.” (Ibidem, p. 56-58).

norma no caso concreto”.¹⁵³ Ressalta também que a existência de discricionariedade judicial não é impeditivo para o controle da decisão, que pode ser revista quando aplica de modo irrazoável ou inadequado uma cláusula geral, ou mesmo quando aplica sem a devida fundamentação.¹⁵⁴

Em sentido um pouco diverso, embora também reconhecendo a existência da discricionariedade judicial, José Wellington Bezerra da Costa Neto defende que ela ainda se encontra na vagueza das normas e conceitos por elas empregados. Nesse sentido, verificam-se duas naturezas de discricionariedade diversas, uma “débil” e outra “forte”.

A primeira é produto do particular tipo de linguagem empregada pelo legislador e constitui uma responsabilidade do juiz perante as partes do processo e a comunidade jurídica. Já o nível considerado “forte” diz respeito à vagueza que é produto do modo de produção destas normas pelo Legislativo, e “acarreta um tipo de responsabilidade política, vez que o juiz se encontra num campo deixado livre, ‘desocupado’ por outros poderes públicos”.¹⁵⁵

Para o autor, tendo em vista que a atividade jurisdicional, assim como a administrativa, desenvolve-se para o cumprimento de diversas finalidades (os escopos do processo), verificam-se soluções em um quadro das alternativas possíveis. A vinculação teleológica constitui elemento comum ao juiz e ao administrador, tanto que não se pode afirmar em nenhum desses casos que existiria uma “indiferença” em relação à escolha feita. Ainda, com base nisso, mostra-se cabível o controle de adequação entre medida eleita e fim perseguido, nos moldes da noção de proporcionalidade, pelo órgão de jurisdição superior.¹⁵⁶

Nessa perspectiva, a vinculação teleológica consiste em elemento que justifica a discricionariedade (judicial e administrativa) e ao mesmo tempo impõe seus limites.

José Costa Neto ainda cita “situações que não ostentam relação com escolha de opções interpretativas, e que se revelam, na verdade, como uma das facetas do exercício de

¹⁵³ DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 22-23.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 23.

¹⁵⁵ COSTA NETO, José Wellington. *Protagonismo judicial* – proposta de uma teoria geral contemporânea da função jurisdicional. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015, p. 198-199.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 196-197.

discricionariedade judicial”. Ilustrando essa modalidade de discricionariedade, menciona o art. 461 do CPC/1973 (art. 497 do CPC/2015) que prescreve que o juiz, nas causas relativas a prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Esse dispositivo nada diz sobre quais seriam tais providências, de forma que há ampla liberdade de escolha, não se verificando, como diz o autor, muita diferença entre essa norma e aquela que, por exemplo, exige do órgão público assegurar a segurança de uma casa de espetáculo.¹⁵⁷

José Costa Neto, como visto, reconhece a existência da discricionariedade judicial e a aproxima da administrativa, destacando que ambas visam ao cumprimento de uma finalidade, não havendo que se falar em arbitrariedade ou “indiferença” quanto à providência adotada.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira também fala em discricionariedade judicial a atividade do intérprete que, diante da vagueza ou ambiguidade de textos normativos, encontra-se colocado na situação de poder eleger uma dentre distintas alternativas de interpretação. Explica que se trata “de atividade genuinamente criativa, em que muitos fatores influenciarão a tomada de decisão, inclusive a pré-compreensão do intérprete”.¹⁵⁸

Discorre Nogueira que, na maioria das vezes, a solução de um caso concreto não se dá por simples dedução dos textos normativos, mas acaba exigindo do aplicador atividade de criação. Em sentido semelhante ao que aqui foi tratado no item 1.5, o autor também parte do pressuposto de que norma e texto legal não são equivalentes, já que aquela consiste no sentido que do texto se extrai. Para melhor explicar como se dá o exercício da discricionariedade judicial, o autor vale-se das noções de interpretação de natureza cognoscitiva e de interpretação operativa. A primeira não possui caráter normativo e apenas produz o conhecimento das várias possibilidades do ato a aplicar (a “moldura kelseniana”). Já a interpretação operativa, como também já visto, consiste em atribuir “significado a determinada expressão com preferência sobre outros significados”, isto é, escolhe-se um determinado sentido em detrimento de outros possíveis, criando assim a norma.¹⁵⁹

¹⁵⁷ COSTA NETO, José Wellington. *Protagonismo judicial* – proposta de uma teoria geral contemporânea da função jurisdicional. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015, p. 199.

¹⁵⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 181, p. 320, jan./mar. 2009.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 318.

Com base nessas considerações, Nogueira procura traçar os limites da discricionariedade judicial. Afirma que os “marcos da discricionariedade judicial estão postos nos próprios enunciados normativos”, de forma que mesmo quando se trata de textos vagos ou ambíguos, existem limites linguísticos para a atuação discricionária de aplicação do direito. Dessa forma, a interpretação cognoscitiva tem o papel de fixar o marco da discricionariedade, explicitando o sentido das normas gerais e limitando a atuação do juiz. Essa interpretação, todavia, não esgota o processo hermenêutico, já que é a partir dela que o julgador, por meio de interpretação operativa, poderá aplicar o direito e criar a norma individual e concreta, realizando sua eleição entre as possibilidades interpretativas.¹⁶⁰

Feito esse breve apanhado doutrinário sobre o tema da “discricionariedade” judicial, verifica-se que, em parte, a divergência doutrinária também se deve ao conceito de discricionariedade que cada autor adota. Parte dos entendimentos acima colacionados entende a discricionariedade como a adoção de uma providência com base em juízo de conveniência e oportunidade, de forma que em muitos casos haveria mais de uma escolha possível.

No entanto, o conceito de discricionariedade administrativa aqui empregado é um pouco mais amplo, pois prevê ainda como hipótese de competência discricionária a fluidez das expressões da lei. Nessa perspectiva, admite-se no presente trabalho que a discricionariedade constitui um instrumento para se alcançar uma finalidade prevista pelo texto da norma, e que não raras vezes verifica-se ser impossível determinar com exatidão qual é a melhor providência a ser adotada, existindo duas ou mais soluções possíveis.

Isso ocorre não porque não existiria o dever de aplicar a melhor solução, mas sim em razão da impossibilidade da mente humana, com suas limitações, constatar com perfeita precisão qual seria a melhor conduta que atende a finalidade legal. Tanto é assim que, embora não desejado pelo sistema, pode existir pluralidade de decisões aplicando, de modo diverso, um conceito vago sobre situações fáticas idênticas, expressando entendimentos divergentes. Em um cenário como esse, pode ocorrer que duas decisões, ainda que discrepantes, sejam admissíveis.

¹⁶⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 181, p. 321-322, jan./mar. 2009.

Isso não indica arbitrariedade e nem mesmo indiferença quanto à conduta realizada, mas apenas leva em conta as limitações humanas e dentro delas procura-se elaborar um pensamento crítico coerente com a realidade. Tendo isso como pressuposto, torna-se fundamental nunca se olvidar dos elementos limitadores da discricionariedade, destacando-se a própria finalidade legal que abriu campo para o poder discricionário e o princípio da proporcionalidade, de forma a avaliar se a medida eleita foi adequada para o fim perseguido.

Portanto, muito embora o ideal consistiria em alcançar a *única solução correta*, há hipóteses em que esta sequer pode ser apreendida com precisão, o que configura uma situação de discricionariedade.

2.3 A atividade do juiz e o princípio da proporcionalidade

Verificada essa ampla liberdade que a própria lei pode conferir ao juiz, tanto que se pode falar na existência de discricionariedade judicial, faz-se necessário pensar em um modo de aplicar os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais de forma adequada. A exemplo do que se disse no final do tópico acima, o presente trabalho é permeado pela ideia de equilíbrio. A realização da justiça no caso concreto exige a observância de critérios que afastem o excesso de poder, mas ao mesmo tempo que permitam ao julgador avaliar as peculiaridades da situação em análise para o pleno cumprimento dos valores constitucionais. O sistema processual transita entre a arbitrariedade e o completo engessamento da atividade jurisdicional, devendo-se buscar um meio termo que permita o pleno atingimento das finalidades inerentes a essa função.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade ganha papel de destaque. Não raramente vê-se seu emprego relacionado com as ideias de ponderação, balanceamento e sopesamento aplicadas ao exame de princípios constitucionais. Sua aplicação, entretanto, muitas vezes ganha críticas sob o argumento de que daria ampla abertura a subjetivismos por parte do seu aplicador.

De fato, o uso do princípio da proporcionalidade corresponde ao aumento dos poderes do juiz, já que torna mais palpável a realização da justiça material. Isso não implica, todavia, a sua equiparação com a arbitrariedade, que poderia ocorrer em uma aplicação

patológica do referido princípio. Até em razão desses receios, que de certo modo têm sua razão de ser, é importante tecer aqui alguns comentários a respeito do seu real conteúdo, já que assim também será possível reconhecer suas fronteiras e ainda os limites que impõe aos seus aplicadores.¹⁶¹

José Wellington Bezerra da Costa Neto afirma que esse princípio veicula a noção de justiça material, permitindo ao intérprete proceder a uma avaliação qualitativa do processo de aplicação da lei, sem se contentar com um formalismo cego. A partir disso, “exige-se do intérprete que, verificando que a solução legal (*formalmente* justa) não constitui a melhor (*materialmente* justa), utilize instrumentais como, justamente o princípio da proporcionalidade, para promover as devidas adequações”.¹⁶² Faz-se necessário apenas ponderar que essas “adequações” devem ser vistas com resguardo para que não se configurem em ampla liberdade concedida ao julgador. A questão da realização da justiça material foi tratada no capítulo anterior, mas é bom lembrar apenas da necessidade de amplos controles justamente para evitar subjetivismos quando não utilizada a “solução legal”, controles esses que inclusive o princípio aqui em comento procura exercer, como se verá.

Marcelo Bonizzi destaca no princípio da proporcionalidade a ideia de “equilíbrio fundamental do sistema processual, sem a qual não haverá legitimação (formal ou material) das decisões judiciais”. De acordo com o doutrinador, esse princípio “tem, em seu núcleo, o respeito aos direitos fundamentais das pessoas, em todas as situações em que há um ‘relacionamento’ do Estado com elas, inclusive no sistema processual”.¹⁶³

Como se observa, a despeito das críticas que chegam a equiparar esse princípio ao puro subjetivismo, verifica-se que ele exerce uma função de controle dos atos estatais,

¹⁶¹ Cumpre apenas abrir um curto parêntese. Aqui se refere à proporcionalidade como um princípio, seguindo a linha de boa parte da doutrina utilizada neste estudo. No entanto, é de grande importância ressaltar que há doutrinadores, como Humberto Ávila, que enxergam a proporcionalidade como um postulado, vez que, de acordo com o citado jurista: constitui norma que orienta a aplicação de outras, enquanto regras e princípios são normas objeto de aplicação; o postulado é frontalmente dirigido ao intérprete e aplicador do Direito, e as regras e princípios são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; e, o postulado, por se situar em um metanível, orienta a aplicação de princípios e regras sem conflituosidade necessária com outras normas, enquanto princípios e regras, até por se situarem no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015, 164).

¹⁶² COSTA NETO, José Wellington. *Protagonismo judicial – proposta de uma teoria geral contemporânea da função jurisdicional*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015, p. 142.

¹⁶³ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo – a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

proibindo, com base nessa linha de equilíbrio mencionada por Bonizzi, o excesso de poder e arbitrariedades. Sua importância para o sistema processual é reconhecida pelo CPC/2015, que em seu artigo 8º estabelece que o juiz deverá observar, ao aplicar o ordenamento jurídico, a proporcionalidade e a razoabilidade.

José Roberto Pimenta Oliveira explica que o princípio da proporcionalidade, nos moldes estruturados atualmente, encontra sua origem, no direito alemão, “na exigência de necessidade ou de indispensabilidade dos meios, já observada no direito prussiano de polícia do final do século XVIII”.¹⁶⁴

Conforme noticia Paulo Bonavides, sua aplicação é frequente tanto pela jurisprudência constitucional de vários países da Europa quanto por órgãos da Comunidade Europeia. No campo doutrinário, busca-se consolidar esse princípio como regra fundamental de apoio e proteção aos direitos fundamentais, tornando a proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.¹⁶⁵

No direito brasileiro, a proporcionalidade não existe como regra geral de direito escrito na Constituição, mas se encontra de forma esparsa no Texto Magno. Como anota Bonizzi, o referido princípio, apesar de não acolhido de maneira expressa pela Constituição Federal, é mencionado, ao menos duas vezes, na legislação brasileira (além da previsão expressa pelo CPC/2015, como adiantado acima): o art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo adota o princípio da razoabilidade (há quem sustente tratar-se de princípio equivalente ao da proporcionalidade); e, o art. 2º da Lei Federal n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.¹⁶⁶ Apesar de não ter previsão expressa na Constituição, explica o doutrinador que o princípio da proporcionalidade acaba ainda por encontrar abrigo na cláusula do devido processo legal, que serve como garantia de fundo e lhe dá sustentação jurídica.¹⁶⁷

¹⁶⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.

¹⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 396.

¹⁶⁶ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo – a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 39.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 34.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional, afirma ainda Paulo Bonavides, dá-se por via dos direitos fundamentais, auferindo prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais. Amparando esses direitos fundamentais, o princípio ora em análise compreende o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual.¹⁶⁸

Nessa linha, é da sua essência coibir arbitrariedades e proteger a liberdade do cidadão, de forma que haverá sua violação quando os meios empregados para alcançar determinado fim não são os mais apropriados ou se mostram desproporcionais para atingir esse fim almejado.

Com o intuito de entender melhor o seu conteúdo, faz-se necessário trazer seus elementos parciais ou subprincípios que a doutrina em geral, resgatando a jurisprudência alemã, elenca: adequação (pertinência ou aptidão), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, para verificar se determinado ato é ou não proporcional, há que se realizar sucessiva e individualmente o exame desses três subprincípios.

Assim, determinado provimento estatal mostra-se adequado quando sua utilização favorecer o alcance do resultado desejado. Nesse primeiro exame da proporcionalidade, não se exige que o meio utilizado seja o mais adequado ou o melhor possível, bastando que seja suficiente para o alcance do objetivo. Do mesmo modo, não é obrigatória a efetiva realização do fim perseguido, mas se exige que *a priori* a medida seja suscetível de alcançar esse mesmo fim.¹⁶⁹ De forma sucinta e esclarecedora, Humberto Ávila explica que a “adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”. Dessa forma, o meio deve ser eficaz de modo a contribuir para a promoção do fim.¹⁷⁰

Entretanto, pode ocorrer que as medidas adequadas para o alcance de determinado fim revelem-se indevidamente onerosas e opressoras para com o cidadão, se

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 395.

¹⁶⁹ José Roberto Pimenta Oliveira complementa que “se a medida for *in totum* inepta para a consecução da finalidade proposta, é considerada inválida, da mesma forma que, revelando-se *a posteriori* absolutamente inidônea, o princípio exige a invalidação da mesma.” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51).

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 208.

comparadas a outras com similar aptidão. Diante disso, surge o subprincípio da necessidade, que determina que a medida não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. Vale dizer, o provimento estatal só se mostra legítimo quando, dentre os vários outros existentes que poderiam atingir a meta perseguida, representar o meio menos oneroso ou lesivo.

Humberto Ávila explica que esse exame da necessidade demanda a verificação de meios alternativos àquele inicialmente escolhido pela autoridade pública e que possam promover igualmente o fim desejado, atentando-se para o cuidado de não violar direitos fundamentais. Dessa forma, o autor divide essa operação em duas etapas de investigação: “em primeiro lugar, o exame da *igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados”.¹⁷¹

Em reduzida síntese, pelo subprincípio da necessidade, impõe-se a escolha do meio idôneo, dentre outros alternativos que poderiam também atingir o fim inicialmente desejado, cuja adoção implique a menor consequência negativa, menor prejuízo, para o particular.

Por fim, feitos os exames da adequação e da necessidade, deve-se analisar a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse último momento de avaliação da concretização do princípio da proporcionalidade *lato sensu*, há uma valoração comparativa em relação aos bens jurídicos sacrificados. Isto é, a gravidade da intervenção e a importância das razões que justificam devem manter uma proporção adequada entre si, de modo que a escolha sobre o meio que leve mais em conta o conjunto de interesses em jogo.¹⁷²

Vale dizer, existem dois pontos a considerar, de um lado a importância da realização do fim e, de outro, a intensidade da restrição a direitos. Humberto Ávila explica que para fazer esse exame deve-se formular a seguinte pergunta: “O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?” De outro

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 214-215.

¹⁷² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 55.

modo: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”¹⁷³

Conforme se verifica, esse complexo exame possui uma forte carga de subjetivismo, o que dá ensejo a críticas daqueles reticentes na aplicação desse princípio em razão de riscos de ocorrer arbitrariedades. De todo modo, a utilização desses subprincípios, com a devida motivação, tem o objetivo de mitigar subjetivismos e ao mesmo tempo permitir um melhor controle sobre os atos estatais.

Como preleciona Bonizzi, muito embora o princípio da proporcionalidade seja insuscetível de fundamentação racional, pois, até por conter os elementos elencados acima, sempre dependerá de uma análise final para que se possa dizer se ele foi observado ou não, por outro lado, “os seus subprincípios se apresentam, praticamente como regras jurídicas, na medida em que permitem saber, *a priori*, se determinada situação está, ou não, de acordo com seus fundamentos”.¹⁷⁴

Dessa forma, os subprincípios apresentam valorosa função, pois permitem verificar com melhor precisão o processo argumentativo que levou o juiz a aplicar o princípio da proporcionalidade. Como já dito, privilegia-se a motivação, de modo a diminuir riscos de arbitrariedades e subjetivismos, o que dá maior grau de legitimidade à decisão.

Cabe ressaltar, ainda, que o princípio da proporcionalidade possui amplo campo de aplicação, envolvendo tanto aspectos endoprocessuais quanto extraprocessuais. Isto é, como se verá ao longo do presente estudo, seu âmbito de incidência não se resume à justiça das decisões no plano material, mas também à tutela constitucional do processo civil, funcionando como importante fator de legitimação das decisões judiciais.¹⁷⁵

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 217.

¹⁷⁴ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo – a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 24.

¹⁷⁵ Marcelo Bonizzi deixa isso bem claro ao traçar as premissas da sua obra “Proporcionalidade e Processo”: “Dessas ideias decorrem, conforme já foi visto, a premissa de que o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado ao processo civil e, também, a premissa de este princípio, visto sob a ótica da tutela constitucional do processo, protege os direitos fundamentais daqueles que necessitam da tutela jurisdicional, estabelecendo uma linha de equilíbrio extremamente importante.” (Ibidem, p. 14).

Tendo em vista o atual contexto do direito processual civil, que se mostra mais preocupado com a justiça das decisões e não se prende ao formalismo cego, o princípio da proporcionalidade ganha enorme importância na proteção contra arbitrariedades e subjetivismos. Consiste, como se viu, em uma forma de controle da margem de liberdade outorgada ao juiz pelo ordenamento, liberdade essa decorrente dos conceitos vagos e imprecisos do texto normativo ou do próprio comando da norma que expressamente deixa a cargo do aplicador a escolha da providência a ser adotada.

2.4 Os modelos adversarial, inquisitorial e cooperativista

Nesse contexto em que se debate a liberdade e a postura do juiz no processo civil, é muito comum a contraposição entre modelo adversarial, entendido genericamente como típico da *common law*, e o modelo inquisitorial, que seria característico da *civil law*. Essa discussão concerne precipuamente à distribuição das funções a serem exercidas pelos sujeitos processuais, levando-se em conta a conduta das partes, os poderes do juiz no processo e o grau de iniciativa de cada um.

Fredie Didier Jr. explica que, embora seja passível de críticas, a dicotomia nesses dois modelos serve, ao menos para fins didáticos, como uma apresentação do tema. Nesse sentido, “o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir”. Já o modelo *inquisitorial*, por outro lado, “organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo”.¹⁷⁶

Em razão disso, é comum afirmar que no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo, com a legislação atribuindo às partes as principais tarefas concernentes à condução e instrução do processo; já no modelo inquisitorial o princípio inquisitivo seria preponderante, verificando mais poderes atribuídos ao juiz. Como explica Didier Jr., essa distribuição de “dispositividade” e “inquisitividade” pode manifestar-se em relação a diversos

¹⁷⁶ DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 42-43.

temas, como: (i) instauração do processo; (ii) produção de provas; (iii) delimitação do objeto litigioso; (iv) análise de questões de fato e de direito etc.¹⁷⁷

E até diante dessa variedade de temas sobre os quais se manifestam, de um lado, o “princípio dispositivo” e, de outro, o “princípio inquisitivo”, é que um determinado sistema processual pode muito bem adotar tanto a “inquisitividade” quanto a “dispositividade” a depender da matéria. Por isso que não se vislumbra um sistema totalmente inquisitorial ou adversarial, mas é possível falar que há a predominância de elementos de um determinado modelo.

Outra generalização que muitas vezes é feita consiste em dizer que na tradição da *common law* seria dominante o processo do tipo adversarial, já que seus ordenamentos atribuiriam maiores tarefas às partes (ou melhor, aos advogados), enquanto na *civil law* predominaria o processo inquisitorial, em que o papel do agente estatal assume maior relevância.¹⁷⁸

Todavia, do mesmo modo como já apontado no capítulo anterior, a divisão em dois sistemas não significa uma límpida separação em preto e branco. Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, em nenhuma das famílias é uniforme o sentido da evolução, tanto que na *common law* é sensível o descompasso entre Inglaterra e Estados Unidos, vez que “o direito inglês distancia-se a passos largos das posições clássicas do *adversary system*, desloca a tônica – em matéria de prova como noutras – do controle do processo pelas partes para o comando do juiz; o norte-americano, apesar de recentes reformas legislativas, permanece mais apegado à tradição *adversarial*”.¹⁷⁹

No mesmo sentido, Geoffrey Hazard e Michele Taruffo explicam que nenhum desses sistemas corresponde por completo aos seus respectivos modelos teóricos. De acordo com os autores, pela *civil law* o juiz tem a autoridade de investigar fatos pertinentes ao processo por iniciativa própria, mas o faz de maneira bem conservadora. Na *common law*, o

¹⁷⁷ DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 43-44.

¹⁷⁸ Didier Jr. ressalta que, “Como primeiro passo, a relação [processo adversarial ao *common law* e o processo inquisitivo ao *civil law*] é correta, mas não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas vêm causando um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.” (Ibidem, p. 44).

¹⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In _____. *Temas de direito processual – Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49-50.

magistrado possui a prerrogativa de iniciar questionamentos sobre as evidências, porém raramente a exercita. De qualquer forma, os dois sistemas acabam dependendo dos fatos apresentados pelas partes, independentemente de suas concepções sobre as atribuições do juiz.¹⁸⁰

Nessa perspectiva, o principal traço que serve de distinção entre os sistemas consiste no grau de iniciativa adotado pelo julgador. Retomando os ensinamentos de Hazard e Taruffo, no sistema processual americano, o juiz geralmente tem apenas iniciativa secundária na condução do caso, adotando uma postura mais passiva. Em comparação à *civil law*, os julgadores são limitados nas suas margens de iniciativa, já que não desenvolvem o objeto e as teses legais do caso, mas apenas respondem às questões apresentadas pelas partes.^{181 182}

Vale dizer, o juiz do chamado sistema adversarial é mais dependente da iniciativa das partes que o do sistema inquisitorial.

A despeito de essa contraposição não ser rígida, como inclusive verificado acima pelas lições de Barbosa Moreira, é útil fazer uso dela até para demonstrar que, atualmente, sua razão de ser é bem questionável, principalmente quando analisados os sistemas britânico e brasileiro, que em suas recentes leis processuais procuram caminhar para um modelo cooperativista de processo, como será abordado abaixo.

2.4.1 Atenuação do modelo adversarial inglês e o modelo brasileiro pelo CPC/2015

Um marco da mitigação do modelo adversarial no sistema inglês foram as *Civil Procedure Rules* (CPR), cuja vigência teve início em 1999. Essa nova legislação é fruto de

¹⁸⁰ HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 86.

¹⁸¹ Aliás, referindo-se ao sistema americano, os juristas complementam: “*The judge does not identify potentially relevant evidence, but only monitors the presentation of evidence by the parties. The judge does not conduct the primary examination of witnesses, nor their cross-examination; at most, the judge asks supplemental questions when the advocates have concluded their questioning. The judge ordinarily does not pursue possibilities for gathering additional evidence. If the proof is legally insufficient, the judge rules against the party with the burden of proof.*” (Ibidem, p. 89).

¹⁸² Em *Processo civil comparado: ensaios*, Taruffo ainda é mais crítico a essa distinção feita entre modelos adversarial e inquisitorial, chegando a mencionar “que a contraposição adversarial-inquisitorial, se algum dia teve realmente um sentido (do que é lícito duvidar), hoje está seguramente superada e é substancialmente inútil como instrumento de análise.” (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 16).

intenso estudo conduzido por Lord Woolf¹⁸³ a partir de março de 1994, contando com uma série de relatórios¹⁸⁴ que tinham como objetivo avaliar as condições do então sistema vigente e propor reformas.

No *Access to Justice – Interim Report*, Lord Woolf traça os objetivos de um novo sistema, assinalando que ele deve: (i) ser justo em relação aos resultados que promove e no modo como trata os litigantes; (ii) oferecer procedimentos adequados por um custo razoável; (iii) lidar com os casos com maior celeridade; (iv) ser compreensível por aqueles que o utilizam e responder às suas necessidades; (v) promover o melhor grau de certeza tendo em vista o direito material envolvido; e, (vi) ser efetivo, contando com organização e os recursos adequados.

Assim, ganha destaque uma nova abordagem que tem como preocupação dar maior responsabilidade às cortes pelo gerenciamento do processo. A esse respeito, Lord Woolf explica que os órgãos jurisdicionais devem assumir também o papel de controlar o procedimento de acordo com o caso.¹⁸⁵

Baseado nesse novo papel mais atuante dos juízes, a legislação inglesa incorporou o instituto do *case management*, tendo em vista que um dos pontos falhos do sistema processual anterior, segundo o relatório, consistia na aplicação do mesmo procedimento para todos os tipos de causa, sem se atentar para seu peso financeiro, sua importância ou sua complexidade.

Com base nesses objetivos e preocupações, as CPR trazem logo em sua primeira parte o *overriding objective* (objetivo supremo),¹⁸⁶ traduzindo o modo como as disposições das CPR devem ser examinadas.

¹⁸³ Lord Woolf foi juiz da Casa dos Lordes (*House of Lords*), assumiu, em 1995, o cargo de *Lord Chief Justice* e presidiu as Cortes da Inglaterra e do País de Gales.

¹⁸⁴ Serão aqui abordados o *Access to Justice – Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales* (disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm>>), e o *Access to Justice – Final Report Contents* (disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>).

¹⁸⁵ “*The courts must: decide what procedure is suitable for each case; set realistic timetables, and ensure that the procedures and timetables are complied with*”. *Access to Justice – Interim Report* (1995), Summary.

¹⁸⁶ *The overriding objective*

1.1—(1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.*

Essas regras também evidenciam a tendência de afastamento do sistema adversarial promovido pelas CPR, vez que os magistrados passam a ter mais poderes no gerenciamento dos processos sempre com vistas a conduzi-los da maneira mais justa.

Essa mitigação do sistema adversarial também é verificada na própria conduta das partes. O subitem 3 da Parte 1 das CPR prevê também como dever dos litigantes ajudar a corte no cumprimento do *overriding objective* (*The parties are required to help the court to further the overriding objective*).

Em seu *Access to Justice – Interim Report*, Lord Woolf já havia demonstrado seu objetivo de tornar o litígio menos adversarial e mais cooperativo. A esse respeito, cita que um dos objetivos do *case management* consiste em incentivar as partes a celebrarem acordos o mais cedo possível, havendo nítida intenção de privilegiar solução alternativa da controvérsia por meio da autocomposição. Assim, um dos modos de se chegar a esse objetivo é por meio da cooperação entre as parte, como relatado por Lord Woolf: *requiring a more cooperative approach between the parties and avoiding unnecessary combativeness*.¹⁸⁷

Observa-se, assim, uma tentativa de mitigação do sistema adversarial e o surgimento de uma nova ótica baseada não só na cooperação entre as partes em si, mas também com o juiz.

Essa visão cooperativa de processo é verificada na *disclosure* (expressão que substituiu a *discovery* no sistema inglês). A *Rule 31.16 (3)* prevê a possibilidade de o interessado requerer a *disclosure* antes mesmo do início do processo, caso se verifique que (i) o requerente e seu adversário provavelmente serão partes em processo subsequente, (ii) a

(2) *Dealing with a case justly includes, so far as is practicable—*

(a) *ensuring that the parties are on an equal footing;*

(b) *saving expense;*

(c) *dealing with the case in ways which are proportionate—*

(i) *to the amount of money involved;*

(ii) *to the importance of the case;*

(iii) *to the complexity of the issues; and*

(iv) *to the financial position of each party;*

(d) *ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and*

(e) *allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.*

¹⁸⁷ *Access to Justice – Interim Report (1995), Summary.*

“*disclosure*” pareça viável para a condução justa do processo, (iii) exista a possibilidade de resolver o conflito sem processo judicial, e (iv) evitará maiores despesas.¹⁸⁸

Ainda a esse respeito, Susana Amaral Silveira, em tese de doutorado defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cita brevemente os principais elementos do *case management*:

(...) modelo mediante o qual os casos seriam efetivamente geridos pelas cortes, o que incluiria detalhar o procedimento (*track*) a seguir, identificar as questões presentes no caso, decidir de plano algumas delas e estabelecer a ordem através da qual outras seriam resolvidas, fixar cronogramas para que as partes tomassem determinadas providências para o desenrolar do caso, limitar o ‘*disclosure*’ e a produção de provas periciais.^{189 190}

Esse novo papel desempenhado pelo juiz a partir das CPR não é visto, no entanto, como um rompimento com o sistema adversarial. No *Access to Justice – Final Report*, Lord Woolf rebate aqueles que criticaram a nova legislação por supostamente minar a natureza adversarial do sistema inglês, e argumenta que as partes e os advogados continuarão sendo responsáveis por lidar com os litígios, mas sua performance será gerenciada pelas cortes e pelas regras de direito com o intuito de dar maior efetividade ao processo.¹⁹¹

Vale destacar que, a despeito da atuação mais incisiva do magistrado no gerenciamento do processo, o respeito à lei permanece intocável. O princípio da *rule of law*, tão caro aos ingleses, não permite ao juiz que conduza o processo ao seu desejo, sem atentar-

¹⁸⁸ *Rule 31.16 (3) The court may make an order under this rule only where— (a) the respondent is likely to be a party to subsequent proceedings; (b) the applicant is also likely to be a party to those proceedings; (c) if proceedings had started, the respondent’s duty by way of standard disclosure, set out in rule 31.6, would extend to the documents or classes of documents of which the applicant seeks disclosure; and (d) disclosure before proceedings have started is desirable in order to – (i) dispose fairly of the anticipated proceedings; (ii) assist the dispute to be resolved without proceedings; or (iii) save costs.*

¹⁸⁹ SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados – uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 15-16.

¹⁹⁰ A autora também cita a definição formulada por Paulo Eduardo Alves da Silva, que vale a pena transcrever: “O ‘gerenciamento de processos’ pode ser compreendido como o planejamento da condução de demandas judiciais para a mais adequada resolução dos conflitos com o menor dispêndio de tempo e recursos. Está baseado no controle judicial da condução dos feitos e organização da unidade judiciária, e opera basicamente pelo envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, estímulo às tentativas de composição amigável das partes, planejamento do fluxo procedimental e organização de estrutura necessária”. (Ibidem, p. 15-16).

¹⁹¹ No original: “3. *There are those who have misgivings about the need for my proposals and their ability to effect beneficial change. Concern has been expressed that my proposals for case management will undermine the adversarial nature of our civil justice system. The concerns are not justified. The responsibility of the parties and the legal profession for handling cases will remain. The legal profession will, however, be performing its traditional adversarial role in a managed environment governed by the courts and by the rules which will focus effort on the key issues rather than allowing every issue to be pursued regardless of expense and time, as at present.*”

se para os ditames que a lei processual prevê. Assim, a *rule of law* constitui um importante óbice a eventuais subjetivismos dos magistrados, que poderiam aflorar em razão de uma nova lei processual que lhes concede atribuições tão inovadoras.

A título ilustrativo, cabe mencionar que o item 1 da Parte 3 (*The court's case management powers*) das CPR concede efetivo poder de gerenciamento às cortes, principalmente no que diz respeito ao subitem 2.¹⁹² Por esse dispositivo, o magistrado, com vistas a dar maior efetividade ao processo, tem o poder-(dever) de modelar o procedimento, sempre respeitando, contudo, a isonomia entre os litigantes, bem com o *overriding objective*, conforme expresso na já referida Parte 1 das CPR.

Assim, há expressa disposição nas CPR acerca da possibilidade de o magistrado fixar os prazos, ilustrando bem o seu papel de gerenciamento do processo. Vale dizer, é a própria lei que dá essa abertura ao magistrado, cabendo a este respeitar seus limites.

Outro ponto que merece destaque em relação à Parte 3 diz respeito aos poderes instrutórios do juiz com o objetivo de formar seu convencimento e proferir a decisão mais justa. A Parte 3, item 1, subitem 2, letras “c” e “d”, permite ao magistrado convocar as partes ou seus representantes legais para comparecer em audiência (letra “c”), bem como lhe dá a prerrogativa de conduzir depoimentos, oitivas e colher provas por telefone ou utilizando outro método de comunicação oral direta (letra “d”).

Por esses breves aspectos mencionados acerca do novo sistema processual inglês, que teve como marco inaugural as CPR, verifica-se a mitigação de sua natureza

¹⁹² (2) *Except where these Rules provide otherwise, the court may —*

- (a) *extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired);*
- (b) *adjourn or bring forward a hearing;*
- (c) *require a party or a party's legal representative to attend the court;*
- (d) *hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication;*
- (e) *direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings;*
- (f) *stay(GL) the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event;*
- (g) *consolidate proceedings;*
- (h) *try two or more claims on the same occasion;*
- (i) *direct a separate trial of any issue;*
- (j) *decide the order in which issues are to be tried;*
- (k) *exclude an issue from consideration;*
- (l) *dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue;*
- (m) *take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective.*

adversarial, conferindo ao juiz poderes para gerenciar o processo de modo a torná-lo mais efetivo. Além disso, o cooperativismo também tem sido uma bandeira a atenuar o modelo tradicional, de forma que as CPR podem ser vistas, ao menos em tese, como um exemplo da atenuação da contraposição inquisitorial-adversarial.

Isso não quer dizer, todavia, que as mudanças objetivadas pela lei efetivamente ocorreram no plano da realidade. A simples previsão legal não é suficiente para mudar a mentalidade daqueles que por ela serão atingidos. Além disso, não pode o legislador descurar-se da cultura já estabelecida e procurar estabelecer uma nova sem antes verificar a viabilidade dessa tarefa. Trabalhos recentes têm apontado que o modelo promovido por Woolf não atingiram, pelo menos em sua integralidade, os objetivos inicialmente fixados, tanto que houve novas alterações legislativas desde então.

John Sorabji explica que essa reforma promovida por Woolf transferiu das partes para a corte o controle do litígio, tratando-se de um *active case management* em que o primordial não se trata apenas da busca da justiça no mérito do processo, mas também que essa busca ocorra por meio de um sistema que assegure que cada ação tramite de forma adequada do ponto de vista econômico, da eficiência e da proporcionalidade. Salieta Sorabji que essa proporcionalidade possui dois aspectos, individual e coletivo. O primeiro expressa que nenhuma ação individual deveria utilizar mais do tempo das partes e gastar mais dinheiro do que aquilo que a ação efetivamente vale, uma vez que haveria aí uma desproporcionalidade. Já o segundo aspecto leva em conta os recursos da corte e sua relação com todos os processos, de modo que se exige que nenhuma ação individual utilize desproporcionalmente dos recursos limitados do tribunal em detrimento das outras ações que lá tramitam.¹⁹³

Nesse sentido, a inovação de Woolf consiste na preocupação de assegurar o amplo interesse público, vale dizer, não apenas buscar a justiça no mérito da ação individual, mas ainda garantir a correta distribuição dos recursos da corte a todos os litigantes, como se

¹⁹³ SORABJI, John. English civil justice: another attempt at a new approach to justice. *Revista de Processo*, vol. 243, ano 40, p. 94, mai/2015.

cada um tivesse direito a uma parcela desses limitados recursos e não pudesse ultrapassar a parte que lhe cabe.¹⁹⁴

No entanto, relata Sorabji que em alguns casos essa noção de justiça que abrange o amplo interesse público foi simplesmente rejeitada por cortes e comentadores, que continuaram sustentando que o principal propósito dos tribunais seria atingir a justiça no mérito dos casos individuais.¹⁹⁵

No que diz respeito aos custos do processo e seu impacto nos recursos da corte, as reformas promovidas por Woolf não tiveram o efeito esperado. Diante disso, uma nova alteração legislativa foi feita em abril de 2013 enfatizando o dever de verificar a proporcionalidade dos custos inerentes a cada processo e a necessidade de assegurar o cumprimento de regras diretivas e de ordens do tribunal.¹⁹⁶ Nessa perspectiva, a *Rule 3.9*¹⁹⁷ foi modificada para dar mais peso ao cumprimento das regras processuais, prevendo sanções para seu descumprimento, sempre tendo em vista a proporcionalidade dos custos do litígio em relação aos recursos da corte.

Michael Zander aponta que os grandes problemas envolvendo custos, atrasos e complexidade do processo continuam os mesmos ou até piores desde a entrada da reforma promovida por Woolf. No que diz respeito aos custos do processo, o autor chega a mencionar que eles chegaram até a aumentar como resultado do *case management*.¹⁹⁸

Um outro problema relevante, mencionado por Zander, refere-se à inconsistência na produção das decisões judiciais, muito em razão do *overriding objective* (*Rule 1.1*), que com suas múltiplas e potenciais considerações conflitantes dão ao juiz “carta

¹⁹⁴ Sorabji deixa clara essa necessidade de assegurar o *wider public interest* e a justa distribuição dos recursos aos litigantes: “*Procedural decisions consequently were to be taken systematically rather than simply by looking at the immediate case in hand and the need to secure justice on the merits in that particular case. If resources are not fairly distributed, the inevitable result is that in many cases rights will not be vindicated.*” (SORABJI, John. English civil justice: another attempt at a new approach to justice. *Revista de Processo*, vol. 243, ano 40, p. 95, mai/2015).

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 101.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 102.

¹⁹⁷ 3.9 (1) *On an application for relief from any sanction imposed for a failure to comply with any rule, practice direction or court order, the court will consider all the circumstances of the case, so as to enable it to deal justly with the application, including the need –*

(a) *for litigation to be conducted efficiently and at proportionate cost; and*

(b) *to enforce compliance with rules, practice directions and orders.*

¹⁹⁸ ZANDER, Michael. The Woolf Reforms: What’s the verdict? In DWYER, Déirdre (ed.). *The civil procedure rules ten years on*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 425.

branca” para decidir questões procedimentais do modo que entender mais adequado. Assim, os juízes notadamente variam sua forma de abordar o *case management*.¹⁹⁹

A despeito desses pontos negativos, Zander cita que ao menos na questão do excessivo adversarialismo a reforma conseguiu algum êxito. O autor afirma que era cético sobre a possibilidade de mudar essa tão arraigada cultura, mas se verificou uma bem-vinda mudança nesse cenário. Relata que existe um sentimento geral de que há uma melhor cooperação entre as partes e o juiz, com os advogados mantendo a corte informada sobre o progresso das questões envolvendo o processo, trabalhando dentro dos prazos estabelecidos e observando o cronograma estipulado. Além disso, houve desenvolvimento da cultura da negociação, com a promoção de mais acordos e menos longos litígios. De todo modo, Zander apenas coloca em dúvida em que medida essa nova conduta dos advogados teria resultado em uma melhora substantiva para o cliente.²⁰⁰

Tim Parkes menciona que as possibilidades de realização de acordo tornaram-se mais relevantes com as CPR, e sua *Part 36*, que regula as ofertas de acordo, tem sido uma das regras de maior sucesso.²⁰¹ Quanto à ADR (Alternative Dispute Resolution), Parkes afirma que o objetivo de tornar o processo mais cooperativo e menos adversarial, ao menos nesse aspecto, parece ter gerado frutos, e isso é mais evidente porque a ADR, em todas as suas formas, encontra-se muito mais no radar dos clientes e das cortes e é algo no mínimo considerado na maioria dos casos.²⁰²

Neil Andrews também cita o aumento do número de mediações e demais formas alternativas de resolução de conflitos. De acordo com o autor, isso se deve, entre outros fatores, à responsabilidade geral do tribunal de ajudar as partes a negociar o caso, como preceitua a *Rule 1.4 (2) (f)*, e de encorajar as partes a fazerem uso de um procedimento de resolução de conflitos, conforme *Rule 1.4 (2) (e)*.²⁰³

¹⁹⁹ ZANDER, Michael. The Woolf Reforms: What’s the verdict? In DWYER, Déirdre (ed.). *The civil procedure rules ten years on*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 429.

²⁰⁰ Ibidem, p. 431.

²⁰¹ Parkes vale-se de uma pesquisa feita com mais de trinta experientes advogados comerciais. Nessa questão das ofertas de acordo, afirma que mais de 90% dos entrevistados consideram que a *Part 36* e seus consequentes custos incentivam a realização de acordos. (PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: the practitioners’s perspective. In DWYER, Déirdre (ed.). *The Civil Procedure Rules ten years on*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 445).

²⁰² Ibidem, p. 448-449.

²⁰³ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 272.

Por essas considerações acerca dos resultados da CPR inglesa, pode-se verificar que, embora diversos outros objetivos traçados por Woolf não tenham sido efetivamente alcançados, a ideia de mitigar do modelo adversarial rendeu alguns frutos. Não parece ser o caso de se falar em uma revolução de modelo, dado que nenhum dos autores mencionados afirma que o sistema processual inglês deixou de ser adversarial, mas se pode reconhecer benefícios interessantes (ainda que poucos) advindos dessa tentativa de mudança de mentalidade.

No Brasil, cujo sistema processual é tradicionalmente visto como inquisitorial, com forte atuação do juiz na condução do processo, o CPC/2015 também procura impor uma ótica cooperativista, como se observa pelo disposto em seu art. 6º. Carlos Alberto Carmona explica que o novo texto não constitui exatamente uma obra de vanguarda, “mas está claro que há um novo ingrediente que provocará consistente alteração nas relações jurídicas processuais, qual seja, a necessidade de que o juiz seja um efetivo gestor do processo”.²⁰⁴

Fernando da Fonseca Gajardoni faz referência a um modelo presidencial cooperativista na direção do processo, apontando para uma expansão do papel diretivo do juiz. Assim, o art. 139, *caput*, do CPC/2015, mantendo a regra do art. 125 do CPC/1973, indica que ao juiz cabe dirigir o processo, de forma que este último permanece como instrumento estatal de solução de conflitos. A novidade vem principalmente com o art. 139, *caput*, combinado com o art. 6º, do CPC/2015, que, ao traçarem as diretrizes para que o juiz presida o processo, acabaram por prever expressamente o princípio da cooperação.²⁰⁵ Dessa forma, do dever de todos os sujeitos do processo de cooperar com o juiz, tem-se que o modelo presidencialista também passa a ser cooperativista.²⁰⁶

Retomando a lição de Gajardoni, sob a égide do CPC/1973, o papel do juiz consistia exclusivamente no controle da relação processual e na tomada de decisões. Já com o

²⁰⁴ CARMONA, Carlos Alberto. O novo código de processo civil e o juiz hiperativo. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 61.

²⁰⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do Novo CPC. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 137.

²⁰⁶ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery explicam que esse dispositivo “se assemelha ao que consta do art. 266º do ex-CPC port., segundo o qual existe um dever de cooperação judiciária entre todos os intervenientes processuais. O dispositivo lusitano direciona os atos das partes à *justa composição do litígio*, destacando a importância que os atos das partes têm na solução final dada à causa pelo juiz, ou mesmo pelas próprias partes, caso decidam pela composição amigável.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 207).

CPC/2015, qualifica-se “como órgão colaborativo, cooperador, a trabalhar em conjunto com as partes para que se alcance o melhor resultado”.²⁰⁷ Conforme se verá mais adiante, por essa ideia de cooperativismo, impõem-se ao juiz deveres no sentido de primar o diálogo com as partes, com vistas ao máximo aproveitamento do processo e à primazia do mérito.

Ao analisar esse novo modelo processual, Freddie Didier Jr. preleciona que a “estruturação de um processo leal e cooperativo parece ser uma nova etapa na concretização do conteúdo do *devido processo legal*”. Tendo em vista a constante evolução do significado dessa cláusula desde sua primeira menção até os dias atuais, a “compreensão do princípio da cooperação pressupõe, enfim, que não se olvide tudo o que foi construído, ao longo dos séculos, pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador em torno do devido processo legal”.²⁰⁸

Esse novo conteúdo da cláusula do *due process of law* decorrente do modelo cooperativista procura dar outra configuração a poderes-deveres do juiz, o que será melhor abordado em tópicos subsequentes. De todo modo, cumpre já adiantar que muitos deles não são necessariamente novos no sistema processual brasileiro, mas ganham novo conteúdo de modo a potencializar a colaboração entre juiz e partes. Esse modelo presidencial não concede o protagonismo a nenhum sujeito processual específico, já que a ideia reside mesmo na cooperação, e em razão disso Didier Jr.²⁰⁹ e Gajardoni²¹⁰ dão destaque aos deveres de *esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio*, que serão tratados neste trabalho quando se discorrer acerca dos poderes específicos do juiz.

O que se observa desde já é que, tendo em vista que o CPC/2015 estabelece que ao juiz e às partes litigantes cabem conduzir de forma cooperativa o processo, o que constitui também uma tônica no sistema processual inglês, é inegável a tentativa da nova lei processual de imprimir uma nova postura a ser assumida pelo magistrado, cujos poderes-

²⁰⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do Novo CPC. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 138.

²⁰⁸ DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 79.

²⁰⁹ Ibidem, p. 15-20.

²¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do Novo CPC. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 138.

deveres são pautados também na efetividade da prestação jurisdicional e no incentivo da participação das partes na busca da autocomposição.

Essas questões serão retomadas mais adiante, quando abordados os poderes éticos e de direção do juiz. Todavia, desde já é importante ressaltar que não se pode cair na ilusão de que, pela simples previsão legal, as partes (e seus advogados) passarão a cooperar entre si para se chegar a uma decisão justa. Caberá ao juiz, por meio dos poderes inerentes à sua função, preservar a lealdade e a boa-fé na relação processual, devendo inclusive aplicar sanções.

Esse “princípio da cooperação” tratado pelo art. 6º do CPC/2015, apesar de parecer bem intencionado, deve ser encarado com temperamentos, uma vez que não parece ser necessariamente um dever da parte colaborar com o outro polo da demanda, dado que possuem interesses opostos. É da própria essência do litígio que existam sujeitos parciais, interessados em ganhar o processo.

Nesse aspecto, vale-se aqui das lições de Juan Montero Aroca, ao afirmar que se o sentido de boa-fé e lealdade no processo civil for o de que partes e advogados devem colaborar com o juiz na busca da “justiça”, ainda que isso seja contra seus interesses, esse sentido é autoritário e incompatível com a concepção de um processo composto por partes que por essência são parciais. As “regras do jogo”, inclusive as do processo, devem ser observadas pelos jogadores, mas não se pode exigir deles que colaborem na busca de quem é o melhor, ajudando o árbitro a descobrir a quem deve declarar como ganhador, visto que, se fosse assim, não teria sentido jogar a partida.²¹¹

2.5 Faculdade, ônus, dever e poder

²¹¹ No original: “Si este es el sentido de la buena fe o de la lealtad en el proceso civil, ese sentido es manifiestamente autoritario y desde luego incompatible con la concepción de un proceso hecho por dos partes que por esencia son parciales. Las ‘reglas del juego’, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El ‘juego’ se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial.” (AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria. In _____. (coord.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 162-163).

Até para entender melhor a postura do juiz no processo, faz-se necessário analisar as situações jurídicas em que se insere. Quando há o debate entre ativismo e garantismo, quando se discutem os modelos adversarial, inquisitorial ou cooperativista, também é objeto desses argumentos a envergadura dos poderes e dos deveres do magistrado.

E até para melhor entender no que consistem esses poderes, que são o foco central do presente estudo, é importante fazer a distinção entre as noções de *poder*, *dever*, *ônus* e *faculdade*, que são situações jurídicas que se apresentam aos sujeitos da relação jurídica processual desde a formação desta até a entrega final da prestação jurisdicional pelo Estado.

A esse respeito, Dinamarco²¹² explica que essas situações jurídicas podem ser classificadas em *ativas* e *passivas* de acordo com a posição em que se encontra o sujeito do processo.

Nas lições do jurista, são ativas aquelas que “*permitem* realizar atos processuais segundo a deliberação ou o interesse do seu titular, ou exigir de outro sujeito processual a prática de algum ato”. Vale dizer, essas situações são sempre favoráveis ao titular pois indicam a realização de um ato de seu interesse, seja por ele próprio ou por outrem. Nessas situações jurídicas ativas encontram-se as *faculdades* e os *poderes*.²¹³

Já as situações jurídicas passivas, por sua vez, são as que “*impellem* o sujeito a um ato (*deveres* e *ônus*) ou lhe impõem a aceitação de um ato alheio”. Nessa perspectiva, quando se fala em *deveres* das partes, está-se referindo a uma situação jurídica desfavorável ao titular, em que este tem sua liberdade de atuar limitada ou mesmo sua omissão não se dá de acordo com sua própria vontade. Essa conduta *devida* é de interesse do adversário ou da Justiça. Ainda dentro das situações jurídicas passivas encontram-se os *ônus*, situando-se em uma posição intermediária, já que seu cumprimento dá-se no interesse do titular que, por outro lado, caso não o cumpra, poderá sofrer prejuízos.

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 231-233, vol. II.

²¹³ Carnelutti divide as situações jurídicas em passivas, neutras e ativas, e insere a faculdade na situação neutra: “A figura de situação neutra é, pelo contrário, uma apenas e recebe o nome de *faculdade*. A ela corresponde a noção do *poder fazer*; para evitar qualquer equívoco, é melhor falar do *ser livre de fazer* e, portanto, da noção de liberdade.” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 120, grifos no original).

Seguindo ainda as lições de Dinamarco, é importante mencionar que as situações jurídicas ativas das partes têm por fundamento as garantias constitucionais do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, enquanto as passivas “constituem limitações à vontade de cada uma delas, indispensáveis ao equilíbrio entre os litigantes e à boa ordem do processo”.²¹⁴

Feita essa breve distinção entre as situações jurídicas ativas e passivas, cabe agora tratar especificamente de cada uma. Abre-se apenas um parêntese para esclarecer que a análise da figura do juiz nas situações jurídicas processuais será feita mais abaixo de forma específica, após essa primeira abordagem.

A noção de *faculdades* no contexto da relação jurídica processual é um tanto fugidia. Em sentido amplo, faculdade é liberdade de conduta nos termos da lei e decorre do próprio princípio constitucional da legalidade, expressado na fórmula “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso III, da Constituição).²¹⁵ Consiste, afinal, na liberdade de agir de acordo com suas próprias vontades de escolha, desde que essa ação não seja vedada pela lei e não atinja outra pessoa de modo a prejudicá-la.

Trazendo essa definição para o campo da relação jurídica processual, verifica-se que são muito poucas as faculdades processuais puras e estas consistem em atos de pouca relevância para a definição do processo. Como visto, a liberdade de conduta tem seus limites expressos na lei, de modo que se o exercício de uma determinada faculdade impõe desvantagens a alguém, essa liberdade começa a ser limitada. Diante disso, são poucas as situações que se apresentam no processo em que uma *faculdade* não gere deveres ao juiz perante a parte e nem mesmo agrave ou favoreça a posição do adversário. Dinamarco, a título exemplificativo, cita como puras as faculdades da parte em citar jurisprudências e doutrinas em suas alegações, ser representada por um ou mais advogados, apresentar sua defesa no

²¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 232, vol. II. (grifos no original)

²¹⁵ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 233; NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 88.

primeiro ou no último dia do prazo.²¹⁶ Como se observa, essas faculdades processuais puras pouca relevância têm para o deslinde do processo.

Em razão disso, é comum dizer que é sutil a diferença entre faculdade, ônus e poder. Amendoeira Jr., inclusive, afirma que “não existem propriamente faculdades no processo, ou ao menos faculdades puras” e, colhendo como exemplo a produção da prova, explica que não se trata tal medida de uma faculdade, mas de um poder de requerê-la ao magistrado e um poder-dever deste de realizá-la quando conveniente. Ainda, constitui um ônus para a parte que irá produzir, vez que caso não o faça talvez deixe de demonstrar os fatos que fundamentam seu suposto direito.²¹⁷ Assim, o que poderia parecer uma faculdade, nesse exemplo consiste em ônus, poder e dever, conforme menciona o autor.

Já Dinamarco, com o intuito de minimizar as dificuldades de diferenciar as faculdades das demais situações jurídicas, faz uso da distinção mais ampla feita no início deste tópico entre situações ativas e passivas. Assim, explica que a liberdade de conduta é sempre uma *faculdade*, seja pura ou não, e a situação terá caráter mais ativo quando o exercício dessa “faculdade” trazer direito a uma providência do juiz (*poder*), enquanto, por outro lado, se na hipótese de não a exercer houver a ameaça de consequências negativas em seu desfavor, configura-se o *ônus*.

Nessa linha, pertinente agora tratar do conceito de *ônus* que, segundo a definição clássica de James Goldschmidt, é um *imperativo do próprio interesse*. Consiste em encargo, peso.²¹⁸ Como dito no parágrafo acima, caracteriza-se pelas consequências desfavoráveis que podem recair sobre a parte que se abstém de cumprir esse encargo. Nas palavras de Dinamarco, “há ônus quando o cumprimento de uma faculdade é necessário ou ao menos conveniente para a obtenção de uma vantagem ou para evitar uma situação desvantajosa”.²¹⁹

²¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 234, vol. II.

²¹⁷ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 20.

²¹⁸ Dinamarco, inclusive, faz referência aos termos em espanhol e alemão que correspondem a ônus. Assim, em espanhol fala-se em *carga de las pruebas*. Em alemão é *Last*, literalmente traduzida por peso. (DINAMARCO, Op. cit., p. 235).

²¹⁹ *Ibidem*, p. 235.

A ideia de liberdade de conduta, como se vê, é também presente quando se fala em ônus, mas o fator distintivo primordial em comparação com as faculdades puras reside nas consequências de seu descumprimento. Em suma, a parte possui ampla liberdade de escolha para adotar a conduta que bem entende, inclusive omitindo-se; entretanto, tem a consciência de que sua omissão poderá agravar sua situação no processo.

Tendo em vista os resultados que podem advir do descumprimento do ônus, costuma-se classificar essa situação jurídica em *ônus absolutos* e *ônus relativos*. Os primeiros seriam aqueles em que o não cumprimento necessariamente gera um resultado desfavorável, como é o caso, por exemplo, do não recolhimento do preparo recursal que conduz ao não conhecimento do recurso. Já o descumprimento dos ônus relativos faz com que a parte corra o risco de ser prejudicada, não se verificando de antemão uma inevitável consequência negativa, como é a hipótese do ônus da prova, em que o risco de prejuízo pelo seu descumprimento pode ser neutralizado.

Enquanto o *ônus* está inserido na ideia de liberdade de conduta (faculdade não pura) e seu cumprimento não é exigível pelo ordenamento (a despeito dos prejuízos que podem advir à parte), os *deveres* impõem determinada conduta e seu descumprimento contraria o direito, tanto que é passível de sanção com vistas a entregar ao beneficiário o resultado que o cumprimento voluntário deveria produzir.

Nesse sentido, Dinamarco preleciona que *dever* é um “imperativo de conduta no interesse alheio”. São raros os deveres das partes, pois “a natureza *duelística* do processo conduz o legislador a optar prioritariamente pela técnica do *ônus*, impondo consequências nefastas à parte que nesse combate *baixe a guarda*”.²²⁰ Assim, deixa-se mais espaço à liberdade de conduta da parte, cabendo a esta adotar atitudes em seu próprio benefício, já que, do contrário, muito embora não cometa um ilícito, amargará os resultados negativos de sua omissão.

Esses poucos deveres das partes advêm da sujeição destas ao Estado-juiz, de modo que não se tratam propriamente de deveres de uma parte para com a outra, mas sim para

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 240, vol. II. (grifos no original)

com o Estado.²²¹ A previsão desses *deveres* tem como finalidade a preservação do interesse público no desempenho da função jurisdicional, incorrendo em ilícito aquele que os descumpra e atenta contra o exercício eficiente da jurisdição. Dentre esses deveres, destaca-se o de lealdade, cuja transgressão pode ser configurada como litigância de má-fé e ato atentatório contra a dignidade da Justiça, cabendo sanção de acordo com a lei processual (artigos 77 a 81).

Como visto, os *deveres* constituem situação jurídica passiva e impõem a adoção de determinada conduta ao sujeito, não possuindo este a faculdade de agir de modo diverso sob pena de sanção. Já os *poderes*, que se classificam como situação jurídica ativa, consistem em faculdades não puras da parte, cujo exercício produz efeitos sobre a esfera jurídica alheia, podendo gerar deveres ao juiz ou mesmo agravar a situação da parte adversária. Assim é o caso do poder de recorrer, como cita Dinamarco,²²² em que a parte vencida tem a faculdade de escolher em recorrer ou não e, se opta por fazê-lo, criará o dever para o órgão jurisdicional superior de proferir uma nova decisão, além de, é claro, poder agravar a situação de seu adversário.

Feitos esses apontamentos, cumpre agora tratar especificamente da figura do juiz nessas situações jurídicas processuais.

Muito embora se possa falar em *faculdades* e *ônus* às partes do processo, o mesmo não pode ser dito em relação ao juiz. A própria natureza da função jurisdicional não permite a outorga de faculdades e ônus àquele que a exerce. Na verdade, a ideia de *função* não é compatível com essas situações jurídicas.

Conforme abordado acima, no tópico que tratou da discricionariedade judicial, entende-se por *função* o cumprimento obrigatório de determinada finalidade no interesse de outrem. Vale dizer, o juiz, no exercício da função jurisdicional, não atua perseguindo interesses próprios, mas sim procura cumprir os escopos da jurisdição e satisfazer interesse alheio. Tendo em vista que faculdades e ônus têm por premissa a disponibilidade, outorgando ao titular a opção de cumpri-las ou não, é inconcebível que o juiz, por justamente cumprir

²²¹ Nesse sentido: AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 237, vol. II.

interesse alheio, possa deles dispor. E até mesmo por não visar vantagem própria, a omissão não lhe acarreta qualquer desvantagem, o que afasta ainda mais a ideia de que teria ônus dentro do processo.

Dessa forma, não age ele de acordo com preferências pessoais, fazendo escolhas livremente. Se optou por determinada conduta, assim o fez em razão de um *dever*, e não por *faculdade* ou *ônus*.

No que diz respeito especificadamente às faculdades, Bandeira de Mello explica que essa situação jurídica sequer é compatível com o conceito de função, já que nesta “o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira”, mas o exercita porque é um dever.²²³ Haja vista que o juiz necessariamente exerce uma função, não há como sustentar que teria faculdades.

A propósito desse mesmo tema, Heitor Sica aborda a questão de o juiz possuir ou não faculdades e insere esse tema no campo da discricionariedade judicial. De acordo com o jurista, “prevalece, ao que parece, a opinião de que o juiz não tem faculdades dentro do processo, haja vista que não lhe é dada a possibilidade de fazer juízos de conveniência e oportunidade”.²²⁴

De modo parecido também argumenta Dinamarco, para quem seria um exagero falar em discricionariedade judicial, já que na sua visão a discricionariedade consistiria no poder de escolha entre duas ou mais condutas igualmente legítimas e, geralmente, só existiria uma decisão legítima a ser proferida pelo juiz, como visto acima. Aproxima o autor a noção de discricionariedade com a de faculdade, sustentando que nenhuma das duas é exercida pelo juiz no processo, já que ambas pressupõem a tomada de posições ou presunções pessoais.²²⁵

Acerca do conceito de discricionariedade já se abordou acima, quando inclusive se reconheceu sua existência no âmbito judicial. No entanto, é importante destacar que não se entende aqui que a controvérsia sobre as faculdades estaria ligada ao debate da

²²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2012, p.13-14.

²²⁴ SICA, Heitor. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.

²²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 239, vol. II.

discricionariedade judicial. Como dito anteriormente, *faculdade* já se contrapõe à ideia de *função* (seja administrativa ou jurisdicional), pois o elemento essencial desta consiste no dever de cumprir uma finalidade em prol de outrem. Mesmo no exercício de competência discricionária está-se exercendo uma função, pois embora exista margem de liberdade o dever de atingir determinada finalidade (em benefício alheio) é sempre presente.

Nessa perspectiva, viu-se pelas lições de Bandeira de Mello, expostas em tópico acima, que embora seja comum a utilização da expressão “poder discricionário”, ela não reflete da melhor forma esse instituto, pois a discricionariedade possui caráter instrumental e tem sua razão de ser tão somente para que se cumpra o dever de atingir a finalidade. Assim, o administrativista prefere falar em “dever discricionário”.

De todo modo, entende-se aqui que faculdades e discricionariedade (judicial ou administrativa) não se confundem, não só porque as primeiras são incompatíveis com o exercício de função, mas também porque a discricionariedade está inserida em um dever (ou ao menos em um poder).

Aproveitando esse breve apanhado que se fez sobre o conceito de função, passa-se a tratar agora das situações jurídicas que de fato são atribuídas ao juiz, quais sejam, os *deveres* e os *poderes*.

Como repisado inúmeras vezes, o juiz exerce uma função, e esta consiste em um dever de atingir uma finalidade em prol de outrem. O poder exercitado no desempenho de uma função só é outorgado na medida em que existe também o dever de alcançar a finalidade. Isto é, o *dever* vem antes do *poder*, já que este só se justifica diante da existência daquele.

Até em razão disso, quando se diz que o juiz possui determinado poder, na verdade possui também um dever de atuar dessa maneira. A título exemplificativo, será tratado adiante do “poder de direção” do juiz, o que pressupõe o seu *dever* de dirigir o processo dando efetividade ao contraditório, não se comportando como mero espectador de um duelo. Traduz-se, assim, a expressão *poder-dever* (ou dever-poder, como prefere Bandeira de Mello).

Dinamarco é bastante sucinto e esclarecedor ao afirmar que “o próprio exercício do poder é para ele [juiz] um dever perante as partes e uma inerência da garantia constitucional do controle jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV)”.²²⁶ Nessa mesma linha, Paulo Nagao explica que “os poderes e deveres que circundam a atuação judicial apresentam íntima conexão entre si, pois ambos se fundam na mesma origem ética e no próprio ordenamento jurídico”. Por consequência, caso o juiz abstenha-se de desempenhar eventual *poder* a ele conferido pela norma jurídica, poderá sofrer sanções derivadas de diversos fundamentos (art. 143 do CPC/2015, e artigos 40 a 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar n.º 35/1979), vez que tem o correspectivo *dever* de agir conforme determina o ordenamento.²²⁷

Em resumo, o desempenho de um poder não consiste em uma faculdade outorgada pela lei, mas sim em um dever.

Mais abaixo serão tratados especificamente os poderes do juiz, realçando também os deveres a eles correlatos.

2.5.1 O aumento dos poderes do juiz: fatores e problemas dele decorrentes

No primeiro capítulo deste trabalho, foram abordados elementos que ajudam a compreender a fase contemporânea da ciência processual civil. Pela realização dessa abordagem verificou-se uma nova postura do Judiciário na dinâmica com os demais poderes estatais e, conjuntamente, uma mudança de paradigma da função jurisdicional, proporcionada pela ótica instrumentalista do processo e pela necessária relativização do binômio direito processual e direito material. Tendo em vista ainda que o exercício da jurisdição passou a preocupar-se também com a justiça material e com os fins previstos na Constituição, monta-se um cenário pautado pela intensificação das possibilidades hermenêuticas decorrentes da eficácia das normas constitucionais e da aplicação de normas com enunciados abertos, sem mencionar ainda a margem de liberdade outorgada expressamente pela própria lei no comando da norma.

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 239, vol. II, p. 228.

²²⁷ NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90-91.

Nesse sentido, foi possível observar que o exercício da função jurisdicional não se resume à mera aplicação da norma ao caso concreto, em uma operação de subsunção, mas também à criação do direito pela complementação do texto normativo. Diante disso, torna-se inegável o aumento dos poderes do juiz, sendo inconcebível e desprovida de realismo a concepção positivista do magistrado como “boca da lei”.

Outros dois aspectos relevantes para entender sobre a postura do juiz no atual estágio do sistema processual brasileiro foram tratados nos tópicos anteriores. Assim, a adoção pela legislação brasileira de técnicas características da *common law*, principalmente no que diz respeito à valorização dos precedentes, claramente tem efeitos no exercício da função jurisdicional, exigindo do magistrado maior observância de decisões judiciais pretéritas e a elaboração de uma decisão voltada também para o futuro.

Quanto à contraposição modelos adversarial e inquisitorial, muito embora criticado esse método de análise por parte da doutrina, observa-se que o sistema brasileiro, antes pautado mais no modelo inquisitorial, ganhou feições cooperativistas, cabendo ao juiz gerenciar o processo e trabalhar junto com as partes para alcançar o melhor resultado (pelo menos é o que almeja o CPC/2015).

Diante desse cenário em que se verifica maior margem de liberdade de atuação do juiz, é inevitável o surgimento de discussões (muitas delas pertinentes) acerca dos problemas dele decorrentes. O próprio debate travado entre as correntes garantistas e ativistas, como tratado acima, exteriorizam um pensamento crítico a respeito da postura ativa assumida pelo magistrado.

Como visto, o garantismo processual sustenta o prejuízo do dever de imparcialidade do juiz com a dilatação da margem de liberdade deste na busca de uma “justiça”, o que se observa principalmente nas tomadas de iniciativa no campo probatório (esse tema será melhor abordado abaixo, quando se debruçará sobre os poderes instrutórios). Ao determinar por conta própria a produção de uma prova, o juiz, segundo essa corrente, estaria agindo de forma parcial e favorecendo alguma das partes.

No entanto, não há que se confundir o juiz ativo com o parcial, sendo que este último de fato não é desejável pelo sistema processual. Puoli explica que essa confusão é feita

pela doutrina que enxerga que ao juiz caberia apenas o papel de espectador do embate das partes, e o processo dependeria única e exclusivamente da atividade (ou inatividade) por parte destas últimas. Ocorre que, como ensina o doutrinador, essa concepção não é condizente com a instrumentalidade do processo e não leva em conta o seu caráter público.²²⁸

Nesse sentido, é importante lembrar que o processo possui finalidades públicas que transcendem os interesses individuais das partes. Sustentar que o juiz deve limitar-se a ser espectador do duelo travado no processo seria permitir a sobreposição dos interesses das partes frente aos interesses públicos de fazer atuar o Direito estatal e pacificar com justiça. Nas palavras de Puoli, o juiz “deverá estar consciente de que uma postura sua mais ativa não estará destinada a ajudar esta ou aquela parte (...), mas sim, estará contribuindo para a melhoria da qualidade do produto jurisdicional”, de modo que se faz necessário ter noção da diferença entre imparcialidade e neutralidade, devendo esta última ser repelida.²²⁹

Essas críticas, baseadas em um entendimento mais tradicional do princípio da imparcialidade, adotam como argumentos os excessos de subjetivismo, arbitrariedades, enfim, todos os elementos que constituem a extrapolação da ideia de liberdade, para atacar a adoção de uma postura participativa do julgador. No entanto, como se tem repisado neste trabalho, essas mesmas críticas, apesar de em determinado ponto terem sua pertinência, não condizem com a atual fase do sistema processual.

Além dessas questões envolvendo o juiz ativo, surgem também as críticas à participação política por parte do magistrado. Fábio Peixinho Gomes Corrêa esclarece que é comum a opinião de que a politização da magistratura é um mal a ser combatido, e que essa linha de entendimento, como afirma Campilongo, é fruto de três dimensões críticas comuns ao “Juiz-político”: parcialidade, contestação à lei e intromissão em funções que não são suas (pretensão de substituir o povo).²³⁰

Em resposta a essas críticas, Fábio Corrêa explica que a política e a atuação partidárias são ideias distintas, sendo um equívoco confundi-las. Também não é possível sustentar que a independência do juiz em face dos demais poderes não esteja submetida à lei

²²⁸ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 39-40.

²²⁹ *Ibidem*, p. 41-43.

²³⁰ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 29.

(o que foi frisado neste estudo, principalmente quando abordada a discricionariedade judicial).

Ainda, não se acredita que

(...) é dado ao Juiz corromper a forma de operação e reprodução dos sistemas político e jurídico, o que certamente afetaria o exercício da democracia. Na verdade, a politização da magistratura nada mais é do que atribuir aos Tribunais a função de permitir o ‘acoplamento estrutural’ entre os sistemas político e jurídico, mantendo a integridade interna de cada sistema.²³¹

Assim, o autor defende a busca por participação política dos juízes, sem que dessa forma possa prejudicar sua imparcialidade ou invadir o campo de atuação do legislador. Na verdade, a conexão entre sistemas político e jurídico deve ser encarada com naturalidade, posto que a própria Constituição consiste no mecanismo de acoplamento desses sistemas que, por sua vez, devem atender os anseios teleológicos por ela dispostos.²³²

Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso, ao fazer a distinção entre judicialização e ativismo judicial, salienta que a primeira é uma “circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”. Dessa forma, o Judiciário decide questões de ordem política não por simples desejo, mas porque a própria norma constitucional assim determinou. Já o ativismo judicial, prossegue o jurista, “é uma atitude, escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Desenvolve-se geralmente em um ambiente de retração do Poder Legislativo, “de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.²³³

De qualquer modo, em ambos os cenários verifica-se, em determinado grau, a participação política do juiz, o que evidencia que o próprio modelo constitucional exige a adoção de uma postura como essa.

O que se procurou reforçar neste tópico é que os diversos fatores que conduzem ao incremento dos poderes do juiz são uma realidade e o efetivo desempenho da função jurisdicional depende também de uma postura participativa do juiz, de modo a cumprir as finalidades previstas no ordenamento. É claro que riscos decorrentes dessa atuação sempre

²³¹ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 29.

²³² *Ibidem*, p. 30.

²³³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em 27.12.2017.

vão existir, mas até por isso que se deve assumir a necessidade de se adotar tal postura e assim traçar seus devidos limites. Vale apenas ressaltar que não se quer dizer aqui que o aumento dos poderes do magistrado seria a solução para os problemas de eficiência do sistema processual brasileiro, uma vez que este possui déficit em diversos aspectos, inclusive físicos e estruturais. Mas é relevante tratar desses poderes na medida em que consistem especial ferramenta para alcançar os fins dispostos na Constituição.

2.6 Os poderes do juiz: classificações

Muito embora aqui se venha a adotar uma classificação dos poderes do juiz, é importante deixar claro desde já que a doutrina não tem uma opinião unânime e pacífica sobre o tema, de modo que diversas classificações são encontradas com a adoção de variados critérios.

Vicente Miranda apresenta valoroso trabalho, trazendo diversas classificações de doutrinadores nacionais e estrangeiros, deixando claro que não existe uma que possa ser considerada a mais correta, já que cada qual expõe fundamentos de acordo com sua convicção jurídico-processual ou alicerçado no direito positivo de seu país; em suma, cada um leva em conta nessa tarefa um determinado critério classificador.²³⁴

Nesse sentido, vale citar, inicialmente, a classificação proposta por Moacyr Amaral Santos, para quem um primeiro critério de distinção consiste em saber se o juiz exerce os poderes como sujeito da relação processual, no processo, ou como autoridade, visando ao normal e respeitoso desenvolvimento do processo. No primeiro caso (*poderes jurisdicionais*), o juiz exerce os poderes no exercício da função jurisdicional, desde o instante da formação da relação processual até a sua extinção. Já, no segundo caso, são exercidos os *poderes de polícia* em que o juiz está investido como autoridade judiciária, assegurando a ordem dos trabalhos forenses quando perturbada ou ameaçada, como é o caso do disposto no art. 360 do CPC/2015.²³⁵

²³⁴ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 105-117.

²³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 330-331, vol. 1.

Em sequência, utilizando como critério a finalidade, o doutrinador classifica os poderes jurisdicionais em: (i) *poderes ordinatórios ou instrumentais*, que se traduzem em provimentos destinados ao desenvolvimento do processo e que estão compreendidos no poder de direção do processo; (ii) *poderes instrutórios*, também inseridos no poder de direção, e que são destinados à colheita da prova dos fatos, formando-se o material de convicção em que se fundamentará a decisão; e, (iii) *poderes finais* (ou *decisórios finais*), que compreendem os (a) *poderes decisórios*, consistentes nas decisões que se proferem no processo, e os (b) *poderes satisfativos ou executórios*, exercidos pelo juiz na prestação das providências jurisdicionais de execução.²³⁶

Vicente Miranda adota como critério de classificação dos poderes do juiz o fim último processual visado, isto é, leva em conta a finalidade do ato judicial. Justifica esse critério uma vez que o “que qualifica juridicamente o poder é a finalidade processual visada pelo exercício desse mesmo poder”.²³⁷

Nessa perspectiva, assim formula sua classificação: (i) poderes ordinatórios, que tem como finalidade última e essencial a movimentação do processo, tendo como instrumento o despacho; (ii) poder geral de direção, que tem como finalidade dirigir o processo, exercendo controle e fiscalização; (iii) poderes instrutórios, com a finalidade de instruir a causa e que “consistem na admissão ou não das provas requeridas, na direção e fiscalização da produção das provas deferidas, na valoração das provas produzidas e na determinação de ofício da produção probatória”; (iv) poderes decisórios, que tem por fim decidir e visa a resolver uma questão processual ou o mérito; e, (v) poderes executórios, em que o juiz se utiliza da coação para o cumprimento da decisão.²³⁸

Já Sidnei Amendoeira Jr. analisa os seguintes dispositivos do CPC/1973 para traçar sua classificação: art. 125 (art. 139 do CPC/2015), art. 126 (art. 140 do CPC/2015), art. 128 (art. 141 do CPC/2015), art. 130 (art. 370 do CPC/2015) e art. 131 (art. 371 do CPC/2015). A partir daí, extrai quais são as principais atividades do juiz no processo: (i) dirigir o processo; (ii) determinar (ou indeferir) a produção de provas, participação de sua colheita e apreciá-las; (iii) combater a má-fé processual; (iv) decidir as questões que lhe forem

²³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 331, vol. 1.

²³⁷ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 119.

²³⁸ *Ibidem*, p. 120-125.

postas; (v) impor o quanto decidido; e, (vi) evitar que a tutela entregue não seja justa, efetiva e tempestiva.²³⁹

Com base nisso, Amendoeira Jr. conclui que os poderes do juiz podem ser assim classificados: ordinatórios, instrutórios, decisórios, éticos, executivos e geral de cautela.²⁴⁰

Como dito acima, há mais de uma classificação que pode ser feita no que diz respeito aos poderes do juiz, uma vez que podem ser utilizados distintos critérios para tanto. Neste trabalho, optou-se por utilizar a classificação proposta por Amendoeira Jr., que se mostra bastante coerente com a legislação processual civil. Cumpre ressaltar apenas que não se procurará nos próximos tópicos adequar todas as disposições do CPC/2015 a um tipo de poder, mas será dado destaque aos principais textos de norma acerca de cada poder, tratando também das inovações mais relevantes verificadas sobre cada tema.

2.7 Poderes ordinatórios

As classificações expostas acima, até em razão da diversidade delas, permitem verificar que, muitas vezes, há situações jurídicas que não se configuram puramente como um determinado poder. Vale dizer, pode existir hipótese em que uma atividade exercida pelo juiz tenha, por exemplo, traços de poder ordinatório ou instrutório, sem constituir uma situação pura e facilmente identificável. Nesse sentido, cumpre fazer uma ressalva inicial para atentar que alguns exemplos ou previsões legais aqui expostos não necessariamente encaixam-se com perfeição a um determinado poder nos moldes da classificação aqui adotada.

Feita essa observação, passa-se agora a tratar do poder que dá nome a este tópico. Como salientado linhas acima, os poderes ordinatórios consubstanciam-se em provimentos destinados ao desenvolvimento do processo, traduzindo-se na competência do juiz de dirigir o processo de modo a assegurar a igualdade de tratamento às partes, velar pela duração razoável do processo, promover a qualquer tempo a autocomposição, entre outras atividades. Esses poderes-deveres relacionados à direção do processo estão concentrados (juntamente com outros) no art. 139 do CPC/2015.

²³⁹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 36-37.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 37.

Dinamarco explica que a “síntese dos poderes-deveres do Estado-juiz reside no binômio *dirigir e decidir*”, de modo que “ele atua no processo com o objetivo de preparar e afinal conceder a tutela pacificadora”.²⁴¹ Essa noção de *direção* citada pelo doutrinador é mais ampla que o *poder* aqui tratado, posto que abarca produção de prova e decisões interlocutórias em geral. Esse poder dá impulso em direção ao objetivo final (*ato final*), devendo ser respeitadas, nesse caminho, as limitações e a própria garantia de legalidade inerentes à cláusula do *due process of law* (art. 5º, inciso LIV, da Constituição).

A leitura do art. 139 deixa evidente o que aqui já foi dito acerca do modelo processual adotado pelo novo Código. Conforme visto, embora a tradicional classificação separe em dois polos distintos os modelos inquisitorial e adversarial, vê-se a profusão de um modelo pautado na colaboração entre juiz e partes na condução do processo, privilegiando a participação dos sujeitos processuais na formação do provimento judicial. Barbosa Moreira já observava que a atuação mais intensa do magistrado não indica, necessariamente, que os litigantes estariam relegados a uma posição passiva, mas “o lema do processo ‘social’ não é o da *contraposição* entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele: apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras”.²⁴²

Essa perspectiva cooperativista encontra, na ideia de participação, uma fonte de legitimação para a atividade desempenhada pelos juízes. Abordou-se, no início deste trabalho, a respeito de críticas que recaem sobre o Judiciário na medida em que seus membros não são eleitos pelo povo, o que atingiria sua legitimidade principalmente na tomada de decisões que contrariassem atos expedidos pelos demais Poderes estatais e que tratassem de interesses coletivos. Além da noção de freios e contrapesos já exposta, o incremento de mecanismos que contribuem para a participação no processo judicial responde os argumentos que procuram atingir a legitimidade de decisões que seriam contramajoritárias.

Nesse sentido, a participação no processo, potencializada na garantia do contraditório, cumpre imperativo democrático e constitui medida de controle da criatividade judicial. Cappelletti trata da importância do “sentimento de participação” do povo em um sistema essencialmente democrático e ressalta que o processo jurisdicional pode até ser o mais

²⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 266-267, vol. II.

²⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In _____. *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50. (grifos no original)

participatório de todos os processos da atividade pública, pois, nesse contexto, o juiz tem contato direto com a comunidade, resolvendo controvérsias não abstratas trazidas pelos seus interessados.

Vale dizer, a função jurisdicional permite aos tribunais terem contato direto com os problemas concretos e mais atuais da sociedade, “mantendo-se, ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento”.²⁴³

Assim, arremata o jurista italiano asseverando que a democracia não deve ser reduzida a uma simples ideia majoritária, já que significa também participação, tolerância e liberdade. Cabe ao Judiciário, no seu papel de contribuição à democracia, manter-se independente dos caprichos da maioria com vistas a preservar direitos e liberdades fundamentais, assegurando, nessa toada, o sistema de *checks and balances* em face do crescimento dos poderes políticos.²⁴⁴

Nessa mesma linha, Fábio Corrêa salienta que a legitimidade democrática do Poder Judiciário será fortalecida na proporção em que assegurar a garantia de participação, o que exigirá do juiz uma nova postura, devendo ele “abandonar sua posição passiva e adotar a iniciativa de provocar as partes”.²⁴⁵ Aliás, o autor defende a atribuição ao juiz de uma função gerenciadora com o intuito de atingir os escopos do Estado.

Já se repisou aqui em algumas oportunidades acerca do dever inerente ao exercício da função jurisdicional no cumprimento dos fins dispostos na Constituição, utilizando-se também dos meios nela previstos. Tomando como pressuposto que os objetivos do processo civil não podem ser diferentes daqueles do Estado, Fábio Corrêa destaca, com apoio nos ensinamentos de Dinamarco, que o Estado confia aos juízes uma missão política, de modo que o sistema processual reflete três aspectos fundamentais do próprio Estado já citados, mas que vale lembrar: “a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder)”, “o culto ao valor da liberdade”, e “assegurar a participação dos cidadãos”.²⁴⁶

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 100-104.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 107.

²⁴⁵ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 32.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 229.

A observância à garantia de participação no processo jurisdicional, então, cumpre também com o escopo político do Estado, visto que constitui aspecto essencial da ideia de democracia e fator legitimante para a decisão proferida pelo juiz, agente estatal não eleito pelo povo.

O que se pode observar, e isso já foi sugerido acima quando se tratou brevemente dos modelos adversarial e inquisitorial, é que há uma tendência, ao menos verificada nas reformas legislativas empreendidas em alguns países, de revisão na distribuição de trabalho entre juiz e partes. Os resquícios do liberalismo que muitos apontavam para uma postura do juiz como mero observador do embate das partes passam a ser, aos poucos, superados em sistemas que tradicionalmente adotam o modelo adversarial, exigindo uma postura mais ativa no gerenciamento do processo em colaboração com os demais sujeitos processuais; por outro lado, o modelo inquisitorial também tem suas características relativizadas em diversos sistemas processuais para destacar o aumento da participação das partes na condução do processo e na formação das decisões.

Essas mudanças, como ressaltado, foram influenciadas também pelo escopo político do processo, potencializando o caráter democrático da função jurisdicional ao mesmo tempo reconhecendo a postura ativa do juiz no cumprimento dos fins do Estado. No direito inglês, como já tratado linhas acima, as reformas promovidas no final da década de 1990 a partir das *Civil Procedure Rules* conduziram a um sistema processual pautado no gerenciamento judicial (*case management*), em que os litigantes passam a ter o dever de auxiliar a corte no cumprimento do objetivo supremo (*overriding objective*) de dirigir e decidir o caso de forma justa.

Alterações legislativas, nesse sentido, têm presente a contraposição entre modelos adversarial e inquisitorial, almejando o sistema proposto por Lord Woolf escapar dessa tensão e inaugurar um modelo pautado na cooperação. Esse novo comportamento dos sujeitos processuais exigido pelo ordenamento inglês tem por fim não apenas alcançar a solução justa, mas também obtê-la da forma menos custosa, tanto que são incentivadas soluções alternativas da controvérsia.

Não se trata tão somente de lidar com os casos de forma justa, pois ainda há que se ponderar se os custos do processo são proporcionais com o montante envolvido na

causa. Essa é uma preocupação expressa no *overriding objective* das CPR. A *Rule 1.1* prevê que lidar com o caso de forma justa significa também poupar despesas e conduzir o processo de modo proporcional com o montante envolvido, a importância do caso e a complexidade de suas questões, e a posição financeira de cada parte.

Embora seja cedo para dizer sobre o sucesso ou não dessas reformas, como inclusive conclui Sorabji em seu trabalho mencionado anteriormente, é relevante notar como o direito inglês é fortemente preocupado com os custos do processo e exige do magistrado que proceda a juízos de proporcionalidade para verificar se esses custos estão adequados com os recursos que podem ser dispensados pela corte. Assim, a ótica cooperativa desse sistema processual não parte de uma simples e ingênua crença de que os sujeitos processuais colaborarão entre si para que se chegue a uma decisão justa, mas é baseada em mecanismos que obrigam as partes a observar as regras do procedimento e as ordens do tribunal; e esses mecanismos, como não poderia deixar de ser, atribuem maiores poderes de direção ao juiz, que deve prezar pela eficiente tramitação do processo com custos proporcionais à causa em debate.

Essa mitigação do modelo adversarial, como já exposto acima, não é exclusividade do sistema britânico. Embora em menor intensidade, o sistema judicial estadunidense vem desenvolvendo, desde a década de 1970, diferentes técnicas de *case management* e o êxito verificado na postura mais ativa do juiz fez com que ganhassem relevância projetos pautados nesse gerenciamento.²⁴⁷

Essas mudanças foram, em boa medida, motivadas pela necessidade de combater a ineficiência do Judiciário, de modo que se previu ações para reduzir tempo e custos do processo, contribuindo também para a flexibilização do procedimento e incentivando mecanismos alternativos de solução de conflitos.²⁴⁸ A *Rule 16* das *Federal Rules of Civil Procedure* estabelece mecanismos de direção do processo com base em um modelo

²⁴⁷ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 107-108.

²⁴⁸ Fábio Corrêa menciona as medidas adotadas principalmente nas décadas de 1980 e 1990 que privilegiaram o “*active case management*”, a saber: “A era do ‘*active case management*’ teve início após a adoção de quatro medidas voltadas a combater a ineficiência do Poder Judiciário, quais sejam, (i) a organização de grupos de trabalho nos distritos da Justiça federal norte-americana, com o fito de apoiar o planejamento de ações destinadas a mitigar custos e tempo dos processos; (ii) as *Federal Rules of Civil Procedure* sofreram alterações pontuais, em especial o artigo 16, que trata do *Pre-trial*; (iii) a aprovação do *Civil Justice Reform Act* de 1990 pelo Congresso; e (iv) a implementação de reformas pela Casa Branca nos órgãos estatais que mais frequentemente se socorriam do Poder Judiciário.” (Ibidem, p. 108).

gerencial, o que inclui a previsão de audiência na fase *Pretrial* para realizar um cronograma (principalmente no que diz respeito à produção de provas e à *discovery*), desencorajar qualquer atividade preparatória desnecessária, permitir que o juiz faça uso de seus poderes e deveres no gerenciamento do feito de modo a controlá-lo para que não se protraia, e facilitar acordos.²⁴⁹

Não se tem aqui obviamente a pretensão de analisar de forma densa os sistemas processuais britânico e estadunidense, mas apenas destacar o papel mais ativo do juiz que se verifica em ambos e a aproximação para um modelo cooperativista no primeiro caso. Ainda por essa breve análise foi possível observar a preocupação nesses sistemas com os custos do processo e sua duração, fatores esses que inclusive foram relevantes para a adoção do gerenciamento judicial, experimentando assim o aumento dos poderes do juiz em modelos antes marcados pelo desenvolvimento do processo por ações dos litigantes.

Essa mudança, ao menos sensível, do modelo de direito processual é verificada também em sistemas tradicionalmente reconhecidos como inquisitoriais, o que já foi apontado em tópicos anteriores. As reformas promovidas na legislação processual portuguesa, que inspiraram também o modelo brasileiro, direcionam-se na implementação de regras que destacam o ativismo judicial e exigem dos sujeitos processuais uma postura de cooperação. Nesse sentido, o art. 6º²⁵⁰ do Código de Processo Civil português estabelece o dever de gestão processual, cabendo ao juiz “dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere”, inclusive atuando de ofício; o art. 7º²⁵¹ do mesmo diploma trata do princípio da

²⁴⁹ *Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management*

(a) *Purposes of a Pretrial Conference. In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as:*

(1) *expediting disposition of the action;*

(2) *establishing early and continuing control so that the case will not be protracted because of lack of management;*

(3) *discouraging wasteful pretrial activities;*

(4) *improving the quality of the trial through more thorough preparation; and*

(5) *facilitating settlement.*

²⁵⁰ Artigo 6.º (art.º 266.º CPC 1961). 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.

²⁵¹ Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961). Princípio da cooperação

cooperação, estabelecendo que devem o juiz e as partes cooperarem entre si para se obter a justa composição do litígio com brevidade e eficácia.

O Código de Processo Civil brasileiro segue linha semelhante. O art. 6º traz expressamente essa ótica colaborativa ao estabelecer que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Cumpre destacar que o dispositivo fala em “todos os sujeitos do processo” e que todos eles devem cooperar “entre si”. Vale dizer, em uma primeira leitura, pode-se concluir que o juiz tem o dever de colaborar com cada parte, e cada parte deve cooperar com o juiz e com a outra.

Todavia, essa última constatação acaba se mostrando bem polêmica, pois exige que duas partes com interesses conflitantes e que naturalmente assumem posições opostas passem a colaborar mutuamente, como se buscassem o mesmo fim. É da própria natureza do litígio que as partes duelem entre si, objetivando o êxito a seu favor ao final, o que corresponde à derrota do outro litigante.

Lenio Streck, Lúcio Delfino e outros reconhecem a discrepância com a realidade do texto normativo que aposta na cooperação entre as partes, acreditando que “com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio”. De acordo com os autores, é indevido colocar os sujeitos processuais em pé de igualdade como se todos tivessem o dever de colaborar entre si para a obtenção de decisões justas, dado que, no processo, há verdadeiro embate entre os litigantes e compete ao Estado, por determinação constitucional, prover a decisão de mérito justa. Assim, há que se falar em uma “*comunidade de trabalho* com a finalidade de regulamentar o diálogo entre juiz e partes”, reconhecendo que estas últimas têm “o direito de participar na decisão judicial (coisa

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

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

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

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

pública), mas o juiz não pode intervir na defesa técnica de uma parte (coisa privada), senão para velar pelos mínimos limites assegurados à ação da contraparte”.²⁵²

Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e outros também sustentam que o dever de cooperar previsto no art. 6º precisa ser entendido como uma “comunidade de trabalho”, já que até seria utópico imaginar um vínculo de solidariedade entre os litigantes para se chegar ao resultado mais correto de acordo com o ordenamento jurídico. Conforme salientam, “esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho”.²⁵³

Diante disso, a leitura a ser feita desse dispositivo consiste em tratar a cooperação com perfil participativo, privilegiando o contraditório como influência na formação das decisões e vedação à decisão surpresa.²⁵⁴ A isso, soma-se o poder do juiz de exigir das partes o comportamento vinculado à boa-fé processual, o que será mais bem abordado em tópico mais adiante. Embora não se possa exigir que os litigantes colaborem entre si, por outro lado, há que se primar pela boa-fé na relação processual, e é nesse ponto que deve ser entendida a cooperação entre as partes.

O CPC/2015, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e outros, “elevou o grau de participação e influência das partes na preparação e formação do provimento judicial como se haverá de solucionar o litígio em juízo”. De acordo com os doutrinadores, o novo diploma processual adapta-se ao perfil democrático dos Estados de Direito da alta modernidade ao não estabelecer focos e centralidade nas partes, nos advogados ou nos juízes, existindo, na verdade, o chamado “policentrismo processual” no plano da técnica processual. Esse novo modelo procura superar tanto o modelo liberal (de esvaziamento do poder do juiz), quanto o social autoritativo (de exercício solitário do juiz na aplicação compensadora do Direito).²⁵⁵

²⁵² STRECK, Lenio et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 27.12.2017. (grifos no original)

²⁵³ THEODORO JR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 70-71.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 72-77.

Nessa perspectiva, fica mais clara a ideia de “comunidade de trabalho” pretendida pelo CPC/2015, sem dar enfoque necessariamente a algum sujeito da relação processual. É com essa mentalidade que devem ser lidos os dispositivos da lei processual, afastando concepções liberais ou que adotam o protagonismo judicial, de modo a reconhecer o policentrismo processual. Já se disse neste trabalho que não se afasta aqui a noção de ativismo, já que o ordenamento jurídico, incluindo a Constituição, propositadamente abriu espaço para uma postura mais ativa do juiz, mas isso não se confunde com a ideia de protagonismo, pois esta potencializa o papel do Estado e dá enfoque à figura do juiz, reduzindo o papel das partes. Para ser mais claro, a postura ativa do juiz não pressupõe a diminuição da participação das partes e é condizente com a concepção de “comunidade de trabalho”, vez que o ativismo, em uma perspectiva democrática, deve conviver com a garantia do contraditório.

O modelo cooperativista prevê a repartição da direção do processo, de modo a permitir que as partes influenciem a forma como se dá a marcha processual. Todavia, por óbvio, é o juiz quem está investido na função pública e, por consequência, tem o poder de definir imperativamente a direção do processo, dentro das balizas legais. Esse poder, na linha do que vem sendo dito ao longo deste trabalho, é atrelado a diversos deveres e só será legítimo quando estes forem observados.

A esse respeito, Freddie Didier Jr., ao analisar a recente reforma processual portuguesa e dialogando com os ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa, trata dos poderes-deveres do magistrado decorrentes do que ele chama de “princípio da cooperação”, quais sejam: (i) dever de esclarecimento; (ii) dever de consulta; (iii) dever de prevenção; e, (iv) dever de auxílio.²⁵⁶

Nesse sentido, o *dever de esclarecimento* “consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas com base em percepções equivocadas/apressadas”. A título ilustrativo, Didier Jr. cita que, com base nesse dever, não

²⁵⁶ DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 15.

cabe ao magistrado indeferir a petição inicial em razão da obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante.²⁵⁷

Esse exemplo do dever de esclarecimento é verificado no art. 321 do CPC/2015, que determina que o juiz intime o autor da ação a emendar ou completar a petição inicial quando esta não preencher os requisitos essenciais, valendo ressaltar que o dispositivo estabelece expressamente que o magistrado deverá indicar “com precisão o que deve ser corrigido ou completado”. Como se observa, texto legal exige que o esclarecimento seja feito *com precisão*, o que aumenta a responsabilidade do juiz e até mesmo revela um caráter paternalista do dispositivo, facilitando o trabalho do advogado que eventualmente não se preocupou em formular pedidos devidamente claros.

Theodoro Jr. e outros explicam que o dever de esclarecimento, no processo alemão e no italiano, cumpre dupla função: “(i) a de facilitar a obtenção de elementos de convencimento; e (ii) a de proporcionar uma assistência à parte débil, por meio de suprimento eventual de uma defesa deficiente”. Estão aí os elementos que condizem com o que foi dito logo acima sobre o art. 321, e complementam os doutrinadores afirmando que esse poder-dever “cumpre um papel assistencial, visando obter a melhor defesa para as razões do litigante débil, o que, em última análise, cumpre a técnica do ‘processo com finalidade social’, e promove aquilo que se costuma qualificar como ‘paridade real de armas’”.²⁵⁸ Encontra-se implícito o dever de preservação da igualdade, cabendo ao juiz, na presidência do processo, tratar de forma igualitária os litigantes, levando em conta as condições de cada um (igualdade real).

Não se nega aqui a importância de se preservar essa finalidade social ou mesmo de cumprir o papel assistencial para promover a paridade real de armas, mas é bom ter em mente que a previsão de um dever tão amplo como esse acarreta também maior peso nas atribuições do juiz, já tão sobrecarregado de trabalho. Fazendo aqui uma frágil comparação com o sistema processual britânico tratado linhas acima, o dever de chamar as partes a qualquer tempo para buscar esclarecimentos e prestar informações impacta o “amplo interesse público” (*wider public interest*), já que isso terá influência no custo e no tempo do processo. É

²⁵⁷ DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 15-16.

²⁵⁸ THEODORO JR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 84.

a balança utilizada pelas últimas reformas inglesas na tentativa de equilibrar a decisão de mérito justa e o amplo interesse público que leva em conta os recursos dos tribunais. Nesse sentido, ainda que difícil de precisar objetivamente, há que se valer de uma análise pautada na proporcionalidade e avaliar a duração do processo (dever de prestação de tutela jurisdicional em tempo razoável – art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição).

Marcelo Bonizzi menciona três critérios para verificar se a duração do processo é razoável: (i) complexidade do assunto; (ii) comportamento dos litigantes; e, (iii) atuação do órgão jurisdicional.²⁵⁹ Esses critérios mostram-se relevantes até para pautar a atividade do juiz na direção do processo, abrindo espaço para esclarecimentos quando a complexidade da causa exige e repelindo os excessos (inclusive aqueles relacionados à falta de zelo) praticados pelas partes e por seus advogados. Apenas para ilustrar, no cotidiano forense não é raro encontrar em litígios de massa defesas genéricas apresentadas por grandes litigantes e que chegam a abordar matérias que sequer são objeto da ação. Nesses casos não se trata de promover a paridade real de armas, pois não se verifica a condição de vulnerabilidade, de sorte que não cabe ao juiz, prejudicando tempo e recursos do tribunal, abrir espaço para maiores esclarecimentos em benefício daquele litigante que poderia contar com uma defesa menos débil.

Aliás, o art. 139 do CPC/2015, que traz diversos elementos inerentes ao poder de direção, ao mesmo tempo faz referência ao dever de esclarecimento (inciso VIII) e também impõe ao juiz o dever de velar pela duração razoável do processo (inciso II). É óbvio que as duas ideias não são contraditórias, mas no cumprimento do dever de esclarecimento há que se atentar também para a celeridade processual, o que exige que a condução do processo dê-se de forma a equilibrar essas incumbências postas ao magistrado, tendo em vista ainda a igualdade de tratamento dispensada às partes (inciso I) para promover a paridade real de armas.

Bonizzi explica que para alcançar a eficiência que se espera do Judiciário faz-se necessário encontrar um justo equilíbrio entre o fator tempo e o fator segurança. Fazendo

²⁵⁹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo – A garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 59.

uma análise do princípio da proporcionalidade e a duração razoável do processo, o doutrinador salienta que

(...) o juiz poderá analisar o material trazido pelas partes e eventualmente determinar a realização de provas complementares, mas sempre deve estar presente a preocupação com o momento em que a tutela jurisdicional será efetivamente prestada, pois o fator tempo é preponderante para a eficiência (*rectius*: efetividade) do processo.²⁶⁰

Os artigos 4º e 6º do CPC/2015 estabelecem a primazia do mérito, determinando a observância do máximo aproveitamento para que se obtenha a decisão, que deverá ser fruto de debate e esclarecimentos necessários para que não contenha vícios. Nesse debate está compreendido não apenas o contraditório como forma de influenciar o convencimento do magistrado (artigos 9º e 10), mas também a decisão devidamente fundamentada e estruturada (art. 489), o que será mais bem abordado abaixo, quando se tratar dos poderes decisórios do juiz. ccc

O art. 139, *caput*, inciso VIII, do CPC/2015, incumbe ao juiz determinar o comparecimento das partes para inquiri-las sobre os fatos da causa, o que pode ser feito a qualquer tempo e a critério do juiz, quando este verificar, em um juízo de proporcionalidade, que essa medida é necessária para privilegiar o máximo aproveitamento e a decisão de mérito. Esse dever de esclarecimento ganha destaque também no saneamento e na organização do processo, já que o § 3º do art. 357 dispõe expressamente que o saneamento será feito em cooperação com as partes, em audiência, oportunidade em que o juiz as convidará para integrar ou esclarecer suas alegações, caso verifique que a causa apresenta complexidade em matéria de fato ou de direito.

Essas medidas que potencializam a cooperação, é claro, devem ser tomadas de forma racional, quando não é possível ter um grau razoável de probabilidade sobre o direito em discussão, não se mostrando proporcional sua adoção indiscriminada na tentativa de se alcançar grau de certeza quase que absoluto.

Nessa mesma linha que busca o máximo aproveitamento e a primazia do mérito, surge o *dever de prevenção*, que impõe ao magistrado “apontar as deficiências das

²⁶⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo – A garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 64.

postulações das partes, para que possam ser supridas”.²⁶¹ Um exemplo desse dever está expresso no já citado art. 321 do CPC/2015, que além de demandar do magistrado que determine esclarecimentos sobre pedidos obscuros formulados pela parte, exige que ele também indique “com precisão” para a parte os defeitos ou irregularidades da petição inicial que podem dificultar o julgamento de mérito.

Em perspectiva semelhante é o inciso IX do art. 139, que estabelece que na direção do processo incumbe ao juiz determinar à parte faltante “o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”; também seguindo essa linha é possível mencionar o art. 317, que prevê a possibilidade de a parte corrigir o vício antes de ser proferida decisão sem resolução de mérito. Privilegia-se, desse modo, a decisão de mérito, permitindo às partes o aperfeiçoamento de suas razões e fomentando o debate para aprimorar a matéria discutida.

Quanto ao *dever de consulta*, por sua vez, de acordo com Didier Jr., é imprescindível relacioná-lo ao princípio do contraditório. Por esse dever, “não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se”. Os artigos 9º e 10 do CPC/2015 expressam bem esse dever do juiz de abrir o contraditório mesmo a respeito de matérias sobre as quais lhe caiba decidir de ofício.

Por fim, há ainda o *dever de auxílio*, segundo o qual, conforme esclarece Didier Jr., valendo-se das lições de Teixeira de Sousa, “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”. Nesse sentido, ao juiz cabe “providenciar, sempre que possível, a remoção do obstáculo”.²⁶²

Theodoro Jr. e outros explicam que esses deveres, inerentes ao poder de direção, indicam que não se pode falar mais em centralidade do juiz ou das partes no processo civil brasileiro, uma vez que o CPC/2015 é policêntrico.²⁶³ Ganha força, então, a tese da

²⁶¹ DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 19.

²⁶² *Ibidem*, p. 20.

²⁶³ THEODORO JR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 88.

mitigação da polarização entre sistemas adversarial e inquisitorial, destacando-se a ideia de cooperação.

É bom frisar novamente que esse dever de colaboração não deve ser entendido no que diz respeito à relação dos litigantes entre si, uma vez que perseguem interesses divergentes no processo civil.²⁶⁴ Às partes, então, cabe agir de boa-fé dentro do processo, enquanto é o juiz quem tem o dever de cooperar com os demais sujeitos processuais, abrindo diálogo efetivo para a formação de uma decisão justa.

Nesse sentido, o juiz vale-se do poder de direção, com a prevalência do contraditório a ele inerente, para obter o máximo aproveitamento e chegar à decisão de mérito justa, ou mesmo, antes disso, promover a autocomposição (artigos 3º, incisos II e III, 139, inciso V, e 334, do CPC/2015). Sobre essa atividade do juiz, Marinoni, Arenhart e Mitidiero prelecionam que “o processo civil brasileiro é *dirigido pelo juiz* (art. 139), que deve fazê-lo de *forma paritária* ao longo de todo procedimento, primando pelo diálogo com as partes, assumindo uma *posição assimétrica* apenas quando decide as questões da causa”. E arrematam que o “*juiz do novo processo civil brasileiro é um juiz paritário no diálogo e assimétrico na decisão da causa*”.²⁶⁵

O art. 357 do CPC/2015, que trata do saneamento e da organização do processo, também é um bom exemplo desse diálogo entre juiz e partes na formação da decisão de mérito. Marinoni, Arenhart e Mitidiero explicam que a organização do processo tem dupla direção, *retrospectiva* e *prospectiva*, sendo que a primeira tem por objetivo verificar eventuais óbices à apreciação do mérito, enquanto a segunda trata das questões envolvendo a preparação para a adequada apreciação do mérito. A organização retrospectiva pode ser verificada no inciso I do art. 357, que confere ao juiz a incumbência de resolver as questões processuais pendentes. Já a prospectiva está delineada nos demais incisos do dispositivo, tendo por objeto a delimitação do *thema probandum* e a especificação dos meios de prova (inciso II), a definição da distribuição do ônus da prova (inciso III), a delimitação do

²⁶⁴ Marinoni, Arenhart e Mitidiero possuem esse entendimento: “Ao contrário do que acontece no plano material, em que as partes contraem obrigações visando à satisfação de *interesses convergentes*, no processo civil, as partes perseguem *interesses divergentes*. Vale dizer: cada qual persegue o seu *próprio interesse*. Essa é a razão pela qual as partes não têm o dever de cooperar entre si. Certamente, as partes têm o dever de agir de boa fé no processo (art. 5º) – mas é certo que a necessidade de boa fé não se confunde com a necessidade de colaboração.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73, vol. 2).

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 74.

thema decidendum (inciso IV) e a designação de audiência de instrução e julgamento (inciso V).²⁶⁶ Isso em consonância com os deveres de esclarecimento e prevenção.

Esses deveres que a doutrina relaciona ao modelo cooperativista ajudam a ilustrar bem o que se tem dito neste trabalho a respeito do exercício de função. Quando se fala em *poder de direção*, pressupõe-se uma gama de deveres que justificam a investidura desse poder, e isso para que sejam cumpridos deveres mais amplos como formar decisão de mérito justa, atingindo-se os fins da jurisdição.

Conforme já adiantado acima, o art. 139 do CPC/2015, em seus incisos, traz uma relação de poderes-deveres do juiz vinculados com a direção do processo. Esse importante dispositivo contém uma síntese de como deve o magistrado dirigir o processo, sem prejuízo, é claro, de outras disposições legais e inclusive da Constituição.

Identifica-se, na linha do que se esboçou anteriormente, o dever de assegurar o contraditório efetivo e a paridade de armas às partes (inciso I), velando pela duração razoável do processo (inciso II) inclusive indeferindo postulações meramente protelatórias (inciso III). Como se tem dito aqui, e que pode ser observado por esses incisos, o juiz não é mero espectador de um duelo, cabendo a ele dirigir efetivamente o processo, por atos de impulso oficial (art. 2º do CPC/2015), para que possa, junto com as partes, formar o material adequado que servirá de base para o julgamento.

Como se observa, muitas dessas disposições inerentes ao modelo cooperativista são compostas por conceitos jurídicos abertos e cláusulas gerais, e muito embora não exista sempre a previsão expressa de consequências para seu descumprimento (consequências típicas), é possível estabelecer diante das particularidades do caso concreto o efeito jurídico mais adequado (como a invalidade do ato, preclusão, sanção disciplinar etc.).

Nessa complicada empreitada que, ao final, servirá de sustento para sua livre convicção, o magistrado deve valer-se dos poderes conferidos pelo ordenamento processual para cumprir as incumbências por este determinadas. Uma dessas incumbências é aquela expressa no inciso I consistente em assegurar às partes igualdade de tratamento. Isso significa

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 232, vol. 2.

compensar as desigualdades e proporcionar a paridade de armas, o que exige uma postura ativa do juiz em cenários muitas vezes compostos por partes vulneráveis.

Para cumprir essa difícil tarefa de neutralizar as desigualdades, o juiz é dotado de poderes como a iniciativa probatória, a concessão de benefícios da assistência judiciária ou mesmo a redistribuição do ônus da prova, dentre outras técnicas disponíveis. No entanto, essa postura ativa não pode ser excessiva a ponto de colocar um pesado fardo sobre a outra parte, de modo que, mais uma vez, a noção de equilíbrio mostra-se fundamental. É claro que não é nada fácil determinar quais seriam as medidas razoáveis para cada caso, mas esse é um desafio imposto ao juiz, que somente assim será substancialmente imparcial no exercício de suas funções e poderá promover a isonomia.

Como já apontado linhas acima ao tratar do dever de esclarecimento, diversos elementos precisam ser considerados quando o magistrado assume postura ativa ao considerar as deficiências de defesa de uma das partes, isso para resguardar a efetividade do processo e não ocorrer a quebra da isonomia em detrimento do outro litigante. Isto é, outros deveres e mesmo valores também estão em jogo ao se tomar uma decisão principalmente baseada em texto legal de conteúdo amplo, o que mostra a importância da ideia de proporcionalidade. A igualdade de tratamento e os deveres inerentes ao modelo cooperativista (incisos VIII e IX) devem ser analisados em conjunto com a duração razoável do processo, por exemplo, valendo-se inclusive de poderes aptos a reprimir atos contrários à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias (inciso III).

Muito embora não seja sempre desejável que o magistrado tenha que realizar um exame de ponderação na direção do processo, já que isso poderia abrir margens a subjetivismos na aplicação de normas de procedimento, ao mesmo tempo é inegável que a amplitude e abstração desses deveres e poderes tornam frutífero o exercício da função jurisdicional, viabilizando uma relação mais profícua entre processo e direito material.

Há que se lembrar, sempre, que a cláusula do *due process of law*, cujo conteúdo parece ganhar mais significados diante da ideia de cooperativismo, impõe também legítimas restrições ao exercício da jurisdição estatal, exigindo do juiz que se mantenha nos limites da legalidade processual. Como ensina Dinamarco, essa cláusula é a proclamação da autolimitação do Estado no exercício da jurisdição, e “tem o significado sistemático de fechar

o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma”.²⁶⁷ Assim, cabe ao juiz empregar os meios ditados pela lei e pela Constituição, e não se utilizar de noções puramente subjetivas de justiça, respeitando os limites impostos pelo ordenamento no uso dos poderes de direção.

2.7.1 Flexibilização procedimental

Além dos poderes-deveres tratados acima, cabe agora dar destaque à possibilidade de flexibilização procedimental prevista no art. 139, inciso VI, do CPC/2015. Esse dispositivo introduz, ainda que de forma bastante tímida, a possibilidade de o juiz, dentro de seus poderes de direção, promover sensíveis adequações ao procedimento de acordo com as necessidades do conflito.

Essas adequações, conforme estabelece o texto legal, resumem-se à dilatação dos prazos processuais e à alteração da ordem de produção dos meios de prova. Se comparadas com as previsões a respeito nos sistemas processuais inglês e português, verifica-se que o diploma brasileiro introduziu de forma bastante tênue a flexibilização do procedimento.

O Código de Processo Civil português, por exemplo, atribui ao juiz amplos poderes-deveres para que proceda à “adequação formal”, como prescreve o artigo 547.º: “Adequação formal. O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.”

O sistema inglês, por sua vez, traz diversas disposições que tratam do poder de *case management* e permitem ao juiz adotar uma postura ativa para flexibilizar o procedimento e adequá-lo às particularidades do caso em discussão. Já no *overriding objective* (objetivo fundamental) a Regra 1.4 (2)²⁶⁸ das *CPR* elenca inúmeras providências que

²⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 377, vol. I.

²⁶⁸ 1.4 (2) *Active case management includes –*

(a) *encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;*

(b) *identifying the issues at an early stage;*

estão compreendidas na ideia de *active case management*, dentre elas, cabe destacar aqui a de fixar cronogramas ou controlar o progresso do caso, considerar se os benefícios de um determinado ato processual justifica o custo de adotá-lo, e dirigir o processo de modo a assegurar que seu trâmite dê-se de forma rápida e eficiente.

Ainda, a já anteriormente citada Regra 3.1 traz um rol exemplificativo de providências que a corte pode adotar na direção do processo, tais como aumentar ou diminuir prazos (mesmo quando um pedido de extensão é feito depois do termo final do prazo), decidir a ordem em que as questões serão levadas a julgamento, tomar qualquer outra medida ou ordem com o intuito de gerir o processo e cumprir o *overriding objective* etc.

Por essas brevíssimas menções aos dois ordenamentos estrangeiros já é possível observar, em uma análise comparativa, como o legislador brasileiro foi pouco generoso ao conferir o poder-dever de flexibilizar o procedimento ao magistrado. O CPC português faz uso de inúmeros termos imprecisos para conceder amplos poderes ao juiz no que diz respeito à adequação formal, e o faz conferindo considerável liberdade para que sejam atingidos os fins do processo e assegurando ainda um “processo equitativo”. As *CPR* inglesas elencam diversas providências que podem ser adotadas pelo juiz para que o procedimento seja o mais adequado para lidar com a causa de maneira justa e para que os custos do processo sejam proporcionais.

No Brasil, o tema da flexibilização do procedimento não é uma discussão que ganhou relevância apenas com o advento do CPC/2015. A previsão do inciso VI do art. 139 é também fruto de um clamor da doutrina ligada à proposta instrumentalista e preocupada em conciliar a técnica processual com o seu escopo. Antes mesmo da chegada do CPC/2015 Bedaque defendia uma efetiva postura do juiz como condutor do processo, com ampla

(c) *deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;*

(d) *deciding the order in which issues are to be resolved;*

(e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;*

(f) *helping the parties to settle the whole or part of the case;*

(g) *fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;*

(h) *considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;*

(i) *dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;*

(j) *dealing with the case without the parties needing to attend at court;*

(k) *making use of technology; and*

(l) *giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.*

participação no contraditório desenvolvido pelas partes. Nas palavras do doutrinador, caberia ao juiz “aplicar a técnica processual de modo a atender os objetivos do processo, competindo-lhe até mesmo flexibilizá-la, desconsiderando formas inúteis e incompatíveis com a natureza instrumental desse método de trabalho”.²⁶⁹

A relação direito material e processo é fundamental para esse debate. O sistema processual deve mostrar-se preparado para garantir, de modo eficaz, o interesse juridicamente protegido, o que exige a existência de uma tutela jurisdicional adequada para os variados direitos presentes no plano substancial. Como já mencionado no tópico acima, a cláusula do *due process of law* vem ganhando significados ao longo do tempo e hoje se verifica que possui conteúdo bem mais abrangente do que tinha em sua origem. Retomando os ensinamentos de Bedaque, o devido processo legal não se resume aos princípios da ampla defesa, contraditório, igualdade, uma vez que também é preciso “assegurar às partes a perfeita adequação do instrumento a ser utilizado, a fim de que possa ele proporcionar aos interessados acesso à ordem jurídica justa, isto é, assegurar ao titular de um direito praticamente tudo aquilo que o ordenamento jurídico lhe garante”.²⁷⁰

Assim, com o intuito de tornar o processo mais efetivo e de alcançar a decisão mais justa, o CPC/2015 prevê, ainda que de forma bem tímida, uma concepção de modelo procedimental flexível em que o magistrado, em alguma medida, pode realizar sensíveis adequações no procedimento tendo em vista as necessidades do conflito. Dessa forma, procura-se reduzir incompatibilidades entre o procedimento e as particularidades do caso concreto, de modo a evitar que o formalismo constitua um obstáculo ao alcance dos escopos do processo.

É claro que disposições legais como essa acarretam incremento dos poderes do juiz, que passa a assumir a tarefa de adequar a forma do melhor modo que o conflito exige. Em seu poder de direção, então, o magistrado tenta suprir a deficiência natural do legislador, que não tem condições de prever todos os tipos de demandas que os cidadãos levarão perante o Judiciário. No exercício dessa atividade, cabe ao juiz conferir ritmo equilibrado ao procedimento para que a atuação jurisdicional seja efetiva, atentando-se para a duração razoável do processo e o máximo aproveitamento na formação da decisão de mérito.

²⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 101.

Gajardoni explica que usualmente faz-se referência a quatro modelos de flexibilização procedimental. Os dois primeiros derivam da lei, que prevê disposição legal expressamente autorizando o juiz a adaptar o procedimento da causa, o que se pode dar dos seguintes modos: (i) incondicionado, quando o texto normativo não indica expressamente a variação procedimental adaptadora, deixando isso a critério do juiz (*flexibilização legal genérica*); ou (ii) condicionado, hipótese em que o legislador prevê tramitações alternativas para a causa, cabendo ao magistrado eleger, dentre as opções elencadas no rol legal, aquela que se mostre a mais adequada para a tutela do caso concreto (*flexibilização legal alternativa*).²⁷¹

Pelos dispositivos das leis processuais portuguesa e inglesa, mencionados acima, é possível afirmar que esses dois sistemas adotam o modelo de flexibilização legal genérica (artigo 547.º do CPC português e Regras 1.4 (2) e 3.1 das *CPR*). Mas isso não indica que não se valem também da flexibilização legal alternativa. Por exemplo, o artigo 546.º da lei processual portuguesa prevê que o “processo pode ser comum ou especial”, havendo ainda disposições que permitem adaptações necessárias trazendo técnicas de outro tipo de procedimento (como é o caso do artigo 551.º); já as *CPR* estabelecem, a princípio, três tipos de procedimento (Regra 26.1): *small claims track*, *fast track* e *multi-track*. A escolha de um desses três ritos baseia-se, em regra, no valor da causa, mas a *Rule* 26.8 expressamente prevê a possibilidade de o juiz, na qualidade de gerenciador do processo e utilizando-se de atuação discricionária, adotar o rito mais adequado tendo em vista, entre outros fatores, a natureza do pedido, a complexidade dos fatos, do direito e das provas, o número de partes, as condições das partes etc.

Além dos dois modelos que derivam da lei, Gajardoni também faz referência ao da *flexibilização procedimental judicial*, em que o julgador, analisando as variantes do caso concreto e com fundamento na cláusula do devido processo legal, poderia modelar o procedimento para a obtenção da tutela da forma mais adequada, mesmo inexistindo previsão legal a respeito. Nesse modelo, entretanto, como salienta o autor, a flexibilização só se daria

²⁷¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do Novo CPC. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 144.

em caráter excepcional e de acordo com uma série de condicionamentos com vistas a preservar, como regra, o regime da legalidade das formas.²⁷²

Por fim, a *flexibilização voluntária das regras do procedimento* permite às partes elegerem o procedimento ou alguns atos processuais específicos, conforme se verifica no disposto no art. 190 do CPC/2015, o que será mais bem abordado no tópico abaixo. Nessa perspectiva, como explica Gajardoni, o sistema processual brasileiro, com o CPC/2015, trabalha com os quatro modelos de flexibilização procedimental, mas a regra geral continua sendo a da *flexibilização legal alternativa*. O modelo de *flexibilização legal genérica*, como visto e comparado com os sistemas estrangeiros, mostra-se bem tímido ao permitir o art. 139, inciso VI, apenas a ampliação do prazo e a inversão da ordem de produção de provas. E ainda, a flexibilização judicial do procedimento, a despeito de inexistir previsão legal expressa, é admitida pelo CPC/2015 “exatamente por ser a regra da adaptação princípio geral do processo (implícito)”.²⁷³

Mas conforme é facilmente verificável por essas breves considerações acerca dos modelos de flexibilização, há nítida ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, o que traz novamente a debate aquelas questões pontuadas anteriormente sobre arbitrariedades e subjetivismos no exercício da função pública.

A esse respeito, Gajardoni faz referência a condicionantes na aplicação do art. 139, inciso VI. De início, a flexibilização tem caráter subsidiário, de forma que se não existir elemento a justificar o uso de alguma variação do procedimento, “o processo deverá necessariamente seguir o rito e o prazo fixado em lei, mantendo, assim, a previsibilidade e a segurança que se espera do procedimento processual”.²⁷⁴

Em segundo lugar, a flexibilização deve atender a uma finalidade, e o doutrinador menciona três situações em que se autoriza a variação ritual. A primeira delas está ligada com o direito material, quando se mostra cabível a flexibilização sempre que o instrumento previsto pelo ordenamento não for apto à tutela eficaz do direito, como é o caso

²⁷² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do Novo CPC. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 144-145.

²⁷³ Ibidem, p. 146.

²⁷⁴ Ibidem, p. 147.

da ampliação do prazo para garantir a defesa. A segunda situação guarda relação com a higidez e utilidade dos procedimentos, competindo ao juiz dispensar eventual empecilho formal irrelevante para a marcha processual, desde que se atinja de todo modo seu escopo sem prejuízo para as partes, o que ocorre, por exemplo, na inversão da ordem de produção de provas (art. 361 do CPC/2015). Por derradeiro, a terceira situação leva em conta a condição da parte, autorizando-se o juiz a proceder à variação ritual de modo a proporcionar uma igualdade processual e material em favor do necessitado cuja defesa técnica e gratuita não seja adequada.²⁷⁵

Em terceiro lugar, e na esteira do que se disse também linhas acima, deve ser observado o princípio do contraditório, permitindo às partes que participem da própria formação dos procedimentos, tanto por meio de manifestação prévia quanto pela possibilidade de apresentar recurso contra decisão que altere o rito. Por fim, a quarta condicionante à flexibilização é a fundamentação da decisão que altera o iter previsto em lei.²⁷⁶

A despeito da importância de tentar estabelecer critérios para a possibilidade de flexibilização do procedimento, não se pode negar que ainda há espaço para subjetivismos. Como já abordado anteriormente, avaliar a condição da parte e da qualidade de sua defesa para então proceder à variação do iter processual acaba conferindo ao juiz margem ampla para o emprego de critérios pessoais e de difícil controle.

Nesse sentido, a despeito de ser válida a utilização desse critério, não se pode perder de vista que ele não elimina a possibilidade de ocorrência de subjetivismos exagerados, de forma que se torna sempre fundamental lançar mão dos mecanismos de controle sobre a decisão que flexibiliza o procedimento.

2.7.2 O negócio jurídico processual

Se é possível verificar um incremento dos poderes do juiz no que diz respeito à flexibilização procedimental, em relação aos negócios jurídicos processuais observa-se uma mitigação da atuação do órgão estatal na direção do processo e um aumento da autonomia

²⁷⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do Novo CPC. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 147.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 147-148.

privada no ajuste do procedimento de acordo com as especificidades da causa e na alteração da disciplina da própria relação processual (ônus, poderes, faculdades e deveres).

Preleciona Dinamarco que, “da condição do processo como ramo do direito público decorre o dogma da indisponibilidade das situações processuais, segundo o qual toda a disciplina do processo e dos procedimentos viria exclusivamente da lei”.²⁷⁷ Esse cenário, que não admitiria espaço para o autorregramento pelas partes de seus interesses processuais, experimentou relevante mudança com o advento do CPC/2015 que, em seus artigos 190 e 191, prevê a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais.

Essas inovações, como explica Dinamarco, não chegam ao ponto de “colidir com a natureza publicista do processo como ramo do direito público nem de dar preponderância à vontade das partes sobre a do Estado responsável pela edição das normas processuais e pelo exercício da jurisdição”.²⁷⁸ O que se verifica, de fato, é uma mitigação da estrita legalidade na regência do processo e da exclusividade das normas estatais como únicas disciplinadoras dos procedimentos.

A possibilidade de as partes convencionarem situações processuais e estabelecerem regramentos no procedimento está relacionada com a tensão existente entre autonomia das partes e poderes do juiz, que se mostra presente na época moderna do processo civil, como explica Remo Caponi. De acordo com o doutrinador italiano, essa tensão não consiste em algo inscrito na própria natureza da coisa, mas se trata de um fenômeno historicamente condicionado a dois fatores. O primeiro deles diz respeito ao próprio desenho do Estado moderno, verificado já no século XVII, de apropriar-se do monopólio de legislar a matéria processual. O segundo fator encontra-se no plano da história do pensamento jurídico, e que teve seu epicentro na metade do século XIX, consistente na alocação do direito processual civil entre o *ius publicum*.²⁷⁹

²⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 112, vol. I.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 115.

²⁷⁹ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, p. 44, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19&embedded=true>. Acesso em 27.12.2017.

Até mesmo em razão dessa tensão, Caponi aponta que concepções classicamente liberais não reconhecem um campo intermediário entre a justiça estatal e a justiça arbitral, de modo que só se poderia falar nesses dois extremos, sem abrir espaço para o autorregramento das partes sobre interesses processuais na jurisdição estatal. Todavia, o autor sustenta que é o momento de liberar-se dessa polaridade e trabalhar na construção de um direito intermediário, de forma a reconhecer a possibilidade de acordos processuais.²⁸⁰

Como se observa, uma das críticas, embora não justificável, da não admissibilidade dos negócios processuais reside no argumento de que haveria, em certa medida, o retorno à era processual privatista, como se houvesse a negação do caráter público do processo. Mas se o Estado não pode permanecer alheio ao modo como seu próprio poder é exercido, o que dentre outros fatores justifica a publicização do processo, também não se poderia exigir das partes que permanecessem alienadas à forma como seus interesses são disputados em juízo.

Didier Jr., inclusive, destaca que o direito ao autorregramento está inserido no conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade, já que o direito processual civil, até mesmo por ser ramo de direito público, também é regido por essa dimensão da liberdade, resultando do próprio princípio da liberdade, que também atua no processo, e o subprincípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. Aliás, o doutrinador salienta que o exercício do poder de autorregramento é ainda garantido pelo princípio do devido processo legal, pois um “processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido”.²⁸¹

Assim, segundo Didier Jr., o processo jurisdicional acaba por possuir terreno propício ao exercício da liberdade pelas partes, e o CPC/2015 faz uso desse espaço, e a própria noção de cooperativismo tem papel importante na delimitação da autonomia da vontade, já que se caracteriza “exatamente por articular os papéis processuais das partes e do

²⁸⁰ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, p. 44, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19&embedded=true>. Acesso em 27.12.2017, p. 49-56.

²⁸¹ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005, p. 20-21.

juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado”.²⁸²

Essa liberdade, no entanto, assim como todas as liberdades, possui seus limites, e constitui um dos grandes desafios no que diz respeito a esse tema delimitar até onde pode ir a autonomia da vontade das partes sem conflitar com as regras do sistema processual e com a autoridade do poder estatal.

A ideia de convenção das partes em matéria processual não consiste em uma novidade trazida pelo CPC/2015. Apenas a título ilustrativo, o CPC/1973 já facultava convenção sobre eleição de foro e distribuição do ônus da prova, constituindo esses negócios jurídicos processuais típicos, já que a própria legislação fixou o seu regime, regulando-o. A grande novidade veio com o artigo 190 CPC/2015, que consiste em uma cláusula geral de acordo de procedimento e prevê a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos.

Dentre os negócios processuais típicos, cabe apontar as seguintes novidades trazidas pelo novo diploma processual: redução de prazo peremptórios (art. 222, § 1º); fixação de calendário processual (art. 191); escolha consensual do perito (art. 471); apresentação pelas partes de delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV do art. 357 (§ 2º do mesmo dispositivo); e possibilidade de desistência unilateral de documento cuja falsidade foi arguida (art. 432, parágrafo único), quando o CPC/1973 previa, para tanto, um negócio processual típico bilateral (art. 392).

Apenas em relação ao calendário processual (art. 191), é importante destacar que constitui negócio plurilateral e dependerá da participação do juiz na sua fixação, tanto que este também ficará vinculado ao que dispõe. Todavia, não parece que para o juiz possam ser estabelecidos prazos. Nessa linha, Leonardo Carneiro da Cunha defende que não seria possível, por exemplo, estabelecer uma data para a prolação da sentença sem respeitar a ordem cronológica (art. 12 do CPC/2015), “pois isso atinge terceiros que aguardam, na fila formada a partir das conclusões, a sentença de seus processos”. Assim, de acordo com o autor, a compatibilidade dessas regras (artigos 12 e 191) pode operar-se pelo entendimento de que a

²⁸² DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005, p. 22.

sentença não é ato a ser inserido no calendário processual, ou pela fixação no calendário de que a sentença será proferida em audiência designada para tanto, isso porque a sentença proferida em audiência está excluída da ordem cronológica (art. 12, § 2º, inciso I).²⁸³

Ainda sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell afirma que não se mostra possível estabelecer prazos ao juiz, vez que a este cabe respeitar aqueles fixados em lei. A participação do magistrado na elaboração do calendário, segundo o doutrinador, não vai substancialmente além do que ocorre no controle do negócio processual, e sua posição não é rigorosamente como “parte” do negócio, posto que, do contrário, não poderia ele fazer o seu controle. Na esteira do posicionamento citado acima, Yarshell explica que o juiz tem sob sua presidência outros processos “e não parece desejável ou sequer factível que o juízo estabeleça regras diferenciadas que, inclusive, poderiam comprometer o respeito à ordem cronológica que a própria lei cuidou de estabelecer (art. 12)”.²⁸⁴

Quanto à cláusula geral de negociação sobre procedimento (art. 190), é possível afirmar que o negócio processual atípico recai sobre dois objetos: (i) mudanças no procedimento; e, (ii) ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O parágrafo único do citado dispositivo estabelece que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções, afastando sua aplicação nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte encontre-se em manifesta situação de vulnerabilidade.

De início, é importante destacar que as convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres dizem respeito a relações processuais das partes, de modo que não pode o negócio estipular mudanças sobre poderes e deveres do juiz, visto que este não participa das convenções como “parte”, como já tratado acima, cabendo a ele o papel de controlá-las e não delas participar.

Dessa forma, não é possível aos litigantes negociarem poderes e deveres de quem sequer faz parte do negócio, o que afrontaria inclusive a autoridade do órgão julgador. Ao juiz incumbe, dentro de seus poderes-deveres, efetivar o controle das convenções das

²⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005, p. 53.

²⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005, p. 79.

partes, afastando aplicação também daquelas que procurem injustificadamente mitigar os aspectos inerentes ao exercício da função jurisdicional.

Dando enfoque à questão do controle, Yarshell explica que “o regime do negócio processual há que ser *misto*: por um lado, o negócio jurídico processual não corresponde exatamente a um ato processual; mas, por outro, sua função é a de produzir efeitos no processo”.²⁸⁵ Tendo em vista esse aspecto, as disposições do art. 190 do CPC/2015 não devem ser observadas isoladamente, mas também tem que se atentar para as disposições gerais dos artigos 166 e seguintes do Código Civil. Assim, além dos casos de nulidade que podem ser conhecidos de ofício pelo juiz (art. 190, parágrafo único, do CPC/2015; artigos 166 e 167 do Código Civil), há aqueles de anulabilidade (art. 171 do Código Civil) que, segundo Yarshell, devem ser impugnados por iniciativa do interessado e por meio de ação autônoma, já que o objeto enseja cognição própria, “que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material)”.²⁸⁶

Com base nessas considerações, é possível verificar que o juiz possui amplo campo de controle dos negócios processuais. Além de verificar inicialmente se os direitos envolvidos admitem autocomposição (art. 190, *caput*), deverá recusar a aplicação das convenções nos casos: (i) de nulidade; (ii) de inserção abusiva em contrato de adesão; e, (iii) em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Além dessas hipóteses, como se depreende dos ensinamentos de Yarshell expostos acima, o magistrado ainda realizará o exame com base nos dispositivos do Código Civil que tratam da invalidade do negócio jurídico, incluindo os casos de anulabilidade.²⁸⁷

No plano da nulidade, há que se avaliar se o negócio processual está adequado ao devido processo legal, pois sua aplicação depende da observância ao contraditório, ampla defesa, igualdade, imparcialidade etc. Entretanto, adverte Yarshell que “limitações bilaterais e isonômicas ao contraditório não devem necessariamente ser vistas como inconstitucionais”, e

²⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005, p. 68.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 76-77.

²⁸⁷ João Paulo Lordelo Guimarães Tavares também menciona que “embora uma das hipóteses de invalidade do negócio seja a ‘nulidade’ – regra evidentemente tautológica, que equivale a dizer que ‘o juiz entenderá nula a convenção se ela for nula’ –, o controle judicial dos negócios processuais é amplo, devendo ser sempre exaustivamente fundamentado.” (TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. In *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 254, ano 41, p. 106-107, abr/2016).

cita o exemplo da possibilidade de as partes dispensarem a intervenção de assistentes técnicos, confiando tão somente no laudo a ser elaborado pelo perito judicial.²⁸⁸

Seguindo essa questão envolvendo o respeito ao devido processo, Yarshell ainda menciona a nulidade do negócio que “tiver por objeto fraudar lei imperativa” (art. 166, inciso VI, do Código Civil). Nessa seara, explica que se mostra muito difícil qualificar o que seria norma imperativa na esfera processual. Diante de um cenário de poucas definições, seria possível pensar em um critério que levaria em conta a adequação da regra processual aos escopos da jurisdição. Não se descarta, ainda, “que, eventualmente, seja preciso recorrer à técnica da ponderação de valores, como forma de conter eventual excesso na intervenção estatal sobre a atividade das partes”, de modo que o juiz terá que avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito para que não crie óbice ilegítimo à autonomia da vontade das partes.²⁸⁹

Nessa perspectiva, o legislador deixou extenso espaço interpretativo ao juiz quando previu genericamente a inaplicabilidade das convenções que se mostrem nulas. É claro que outra solução seria impossível caso constatada a nulidade, mas isso não elimina a amplitude das hipóteses em que a convenção pode ser tida como nula. Ilustrando a amplitude desse controle, João Paulo Tavares defende, e com razão, que seria possível negar validade se o ato influenciar em questões relativas à intimidade do Poder Judiciário, como poderia ocorrer no aumento do número de testemunhas, o que causaria dispêndios públicos desnecessários. Assim, “a autogestão do Poder Judiciário é, também, uma forma de imprimir maior eficiência à prestação de justiça ao jurisdicionado e não pode ficar sujeita a interesses meramente particulares”.²⁹⁰

Essa é uma preocupação exposta linhas acima, quando se tratou do amplo interesse público preconizado pelo atual sistema processual inglês. Remo Caponi também faz observações a respeito, sustentando que os acordos processuais devem ter como limites o respeito à norma imperativa, à ordem pública e aos bons costumes, e também levar em conta a

²⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005, p. 70.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 71-72.

²⁹⁰ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. In *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 254, ano 41, p. 107, abr/2016.

alocação proporcional dos recursos estatais de modo a assegurar à coletividade um serviço eficiente de justiça civil.²⁹¹

Ainda sobre o controle judicial, o parágrafo único do art. 190 também menciona como inválidas as convenções que tratem de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. A previsão dessas hipóteses tem como objetivo privilegiar a liberdade de escolha e a boa-fé, em que as partes tenham a adequada consciência da realidade. Já se tratou anteriormente sobre a igualdade substancial e a necessidade de se proporcionar a paridade de armas, corrigindo, na medida do possível, o desequilíbrio entre as defesas técnicas dos litigantes. E é atendendo a esses valores que o citado dispositivo legal invalida o negócio processual da parte em condição de manifesta vulnerabilidade, condição esta que deverá ser avaliada pelo juiz no caso concreto.

Sobre esse ponto, Yarshell faz a ressalva de que, apesar da desigualdade no plano substancial, o negócio processual poderá ser válido se contiver regras que assegurem o contraditório e também a igualdade real. Vale dizer, quando se diz “que a igualdade substancial é decisiva para a validade do negócio processual, está-se na premissa de que eventual preponderância de um dos sujeitos não deve resultar em regras a ele favoráveis e desfavoráveis ao adversário”.²⁹² Nessa perspectiva, o negócio processual celebrado por parte em situação de vulnerabilidade não necessariamente conduz à sua invalidade, devendo o juiz analisar se as regras proporcionam a igualdade real.

Pelo que se viu deste tópico, muitos desafios abrem-se ao magistrado ao conferir a lei maior espaço à autonomia da vontade das partes no plano processual, principalmente no que se refere à identificação dos limites ao autorregramento de interesses processuais.

²⁹¹ CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual. *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, p. 49, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19&embedded=true>. Acesso em 27.12.2017.

²⁹² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005, p. 69.

2.8 Poderes instrutórios

Quando se aborda a oposição entre as correntes garantista e ativista, ou mesmo nos casos em que se discutem os tradicionais modelos adversarial e inquisitorial, um tema que sempre ganha destaque nesses debates diz respeito aos poderes instrutórios do juiz. E isso tem sua razão de ser não apenas devido à fundamental importância desses poderes na colheita do material que servirá para a solução da lide, mas especialmente porque o seu exercício pode implicar em uma tomada de posição ativa do magistrado, inclusive abrindo campo para subjetivismos.

Essa atividade pode ganhar contornos muito complexos a depender do caso concreto e exige do juiz uma avaliação equilibrada dos elementos constantes nos autos. Se, de um lado, é desejável que se aproveitem ao máximo os meios de investigação para se chegar ao final a uma decisão de mérito justa, de outro é necessário reconhecer que é impossível reconstruir a verdade absoluta ou ter a certeza de como os fatos que fundamentam a ação exatamente ocorreram.

Nesse ambiente de escolhas é que o magistrado deve agir para valer-se do livre convencimento na apreciação dos fatos e de sua prova. Não se pode olvidar que a reconstrução de um fato objeto de discussão no processo faz-se a partir de elementos trazidos pelas partes e também da apreensão subjetiva de pessoas que o presenciaram. Assim, não haverá a certeza absoluta do julgador quando este proferir a decisão de mérito sobre essas questões, embora o objetivo seja que sua cognição aproxime-se o máximo possível da realidade.

O juiz, nesse cenário, tem o dever de julgar o mais próximo possível do que realmente ocorreu, esclarecendo a situação fática que formou seu convencimento. Nessa tarefa, como ensina Dinamarco, a prerrogativa do livre convencimento é mais precisamente um convencimento racional e motivado à luz dos autos. Isso se verifica a partir da interpretação do art. 371 do CPC/2015, que disciplina o livre convencimento segundo os autos, com o art. 93 da Constituição Federal, que exige a motivação das decisões judiciais.²⁹³

²⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 126, vol. III.

Assim, segue-se que o livre convencimento deve ser *racional*, em oposição a emoções e impulsos pessoais do magistrado, atingindo-se o resultado por meio de operações intelectuais. Além disso, esse convencimento deve ter por base elementos concretos extraídos *dos próprios autos*, afastando-se o emprego daquilo que seria estranho a estes e não levado a debate pelas partes. Por fim, o convencimento ainda precisa ser *motivado*, pois, do contrário, de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta nos autos, dado que a motivação serve como forma de controle da decisão e por meio dela é possível verificar os porquês que levaram o juiz a adotar determinado entendimento.²⁹⁴

É devido a essas exigências que o livre convencimento não vira arbítrio do magistrado, de modo que funcionam efetivamente como limitações à liberdade do juiz em formar seu convencimento com o intuito de evitar subjetivismos desmedidos ou até mesmo tomada de decisões autoritárias.

Embora sejam importantes na garantia do devido processo legal, essas limitações não fecham por completo a liberdade do julgador na apreciação dos fundamentos fáticos e da sua prova. Dessa forma, entra em cena mais uma vez a utilização do princípio da proporcionalidade, do qual deve valer-se o juiz conjuntamente na observância das exigências referidas acima. Na verdade, a própria ideia de racionalidade pressupõe muitas vezes a ideia de ponderar os elementos em jogo (presentes nos autos), cabendo ao juiz demonstrar essa operação em decisão devidamente motivada.

Aliás, a noção de proporcionalidade permeia o exercício dos poderes instrutórios. O art. 370 do CPC/2015 estabelece que o juiz determinará as provas necessárias ao julgamento do mérito, de ofício ou a requerimento da parte, cabendo a ele avaliar sua pertinência e eventualmente indeferir de forma fundamentada as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O art. 372, por sua vez, permite ao juiz, a critério deste, admitir a prova emprestada e atribuir o valor a ela que considerar adequado. Ainda, o art. 373, § 1º, traz diversas hipóteses de conteúdo bem genérico em que o magistrado poderá atribuir o ônus da prova de maneira diversa.

²⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 126-127, vol. III.

Esses dispositivos legais, como se verifica, outorgam ao juiz considerável liberdade na colheita de material probatório e na formação de seu convencimento, o que torna fundamental a aplicação do princípio da proporcionalidade, mesmo porque haverá situações em que será necessário ponderar sobre valores em discussão.

Nesse sentido, Marcelo Bonizzi menciona que, no campo das provas, o juiz deve observar o princípio da proporcionalidade na condução da fase instrutória, de modo a não ferir o direito das partes de produzir provas, e ao mesmo tempo (e por outro lado) zelar pela rápida solução do litígio.²⁹⁵ Essa ideia de equilíbrio deve servir como parâmetro para a correta aplicação do art. 370, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015, cabendo ao juiz indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias com o objetivo de preservar a duração razoável do processo, o que não acarreta violação ao direito das partes de produzir prova, já que a própria lei delimitou esse direito e deixou de fora as diligências que não contribuirão para a solução da lide.

Outro tema relevante apontado pelo doutrinador diz respeito à exigência de certeza para julgar. Como dito linhas acima, não se mostra possível reconstruir de forma precisa fatos pretéritos, de sorte que nunca se chegará à verdade absoluta. Nas palavras de Bonizzi, não deve haver nenhum excesso de rigor na análise das provas, já que “nenhuma prova é capaz de proporcionar um juízo de certeza absoluta, mas apenas um grau, maior ou menor, de mera probabilidade, nada mais do que isso”.²⁹⁶

Diante disso, o juiz tem que trabalhar com a ideia de probabilidades e o princípio da proporcionalidade tem a função de retirar do magistrado a exigência de atingir grau absoluto ou muito elevado de certeza para julgar. O livre convencimento, então, está relacionado em contentar-se com probabilidades no momento do julgamento.

Além desses casos, cabe ainda citar a questão envolvendo provas ilícitas quanto à aplicação da proporcionalidade. Como explica Bedaque, hipóteses como essa exigem “encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da

²⁹⁵ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo* – a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 81.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 83.

atividade jurisdicional”. Para o autor, não seria o caso de simplesmente desconsiderar toda e qualquer prova ilícita, e sua vedação constitucional (art. 5º, LVI) não possui natureza absoluta.²⁹⁷

Nessa perspectiva, sustenta que nenhum princípio é absoluto, devendo-se atentar para diversos valores inerentes ao modelo constitucional do processo, como a sua efetividade e o interesse público nela presente. Aliás, Bedaque faz referência expressa ao princípio da proporcionalidade para analisar esse tema. Além da ponderação dos valores que se contrapõem, explica que também é preciso realizar juízo acerca da necessidade e da conveniência na produção da prova ilícita.²⁹⁸

Dinamarco também segue essa mesma linha e assevera que a Constituição adotou posição radical ao estabelecer a absoluta ineficácia da prova ilícita no processo, vez que isso “transgride princípios constitucionais do processo ao exigir que o juiz finja não conhecer dos fatos seguramente comprovados”. E continua afirmando que “a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mas ainda quando o fosse), suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito”.²⁹⁹

Por esses temas abordados acima, é bastante claro que o exercício dos poderes instrutórios, até em razão da margem de liberdade concedida pelo legislador ao juiz, deve-se pautar em diversos momentos pela proporcionalidade, de modo a evitar arbítrios e trazer decisões fundamentadas com racionalidade. Nos próximos dois itens serão tratados especificamente duas questões relevantes para compreender a amplitude desse poder no processo civil brasileiro contemporâneo.

2.8.1 Iniciativas instrutórias pelo juiz e o princípio dispositivo

Parágrafos atrás foram abordadas as críticas feitas pela corrente chamada *garantista* contra o aumento dos poderes do juiz e a postura mais ativa por ele adotada.

²⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

²⁹⁸ Ibidem, p. 157.

²⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 55, vol. III.

Naquela oportunidade (item 2.1), apontou-se a posição de Juan Montero Aroca que acusa esse ativismo de promover uma “justiça” autoritária, de forma que encara como mito a publicização do processo que, no seu entender, ainda esconde mitos derivados, como o de o juiz fazer “justiça” apesar das partes e o de que quanto maiores os poderes do magistrado mais “justiça” se poderá conseguir.³⁰⁰

Um tema que ganha destaque nessa crítica de Aroca é o da iniciativa instrutória por parte do julgador. Para o doutrinador, o aumento dos poderes nesse campo é um reflexo do próprio aumento dos poderes do Estado na sociedade e que corresponde a uma concepção autoritária de Estado.³⁰¹ Na atribuição desses poderes, segundo o jurista, deve questionar-se não propriamente a imparcialidade judicial, mas a condição do juiz como terceiro e se continua existindo a exigência de distinção entre funções da parte e do juiz no processo.³⁰²

Como já foi dito quando expostos esses argumentos de Aroca, ainda que não se adote essa linha no presente trabalho, as críticas feitas mostram-se muito pertinentes e devem ser levadas em conta ao debater o aumento dos poderes do juiz, já que os receios inerentes a essas críticas permeiam a discussão.

De todo modo, a divisão de trabalhos entre juiz e partes é objeto de polêmica entre os estudiosos principalmente quando se trata de poderes instrutórios. Barbosa Moreira afasta as concepções que veem a tomada de iniciativa probatória como incompatível com a imparcialidade do juiz e como expressão de autoritarismo de forma a aniquilar a autonomia da vontade.³⁰³

Conforme explica o processualista, “julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial”, de modo que um bom julgamento pressupõe a ideia de correta aplicação da lei a fatos reconstituídos com a maior precisão possível.³⁰⁴ E, para tanto, faz-se necessário que o juiz disponha de poderes que lhe permitam reconstruir os fatos de forma mais próxima da realidade.

³⁰⁰ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria. In _____. (coord.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 148.

³⁰¹ Ibidem, p. 153.

³⁰² Ibidem, p. 157.

³⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In _____. *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

³⁰⁴ Ibidem, p. 47.

Barbosa Moreira esclarece que esse incremento dos poderes oficiais acompanha a transição do Estado absenteísta para o Estado com preocupações sociais, “empenhado em avançar da igualdade puramente formal até algo que se aproxime, tanto quanto possível, de uma igualdade substancial”.³⁰⁵ Nessa perspectiva, descabido simplesmente falar em postura autoritária, como se existisse uma linha lógica e inevitável que conduzisse o aumento de poderes do juiz ao autoritarismo.

É claro que o uso incorreto desses poderes pode levar a uma situação de ordem arbitrária e autoritária, extrapolando os limites estabelecidos pelo poder-dever inerente à função jurisdicional. Em razão disso é que se mostram essenciais os mecanismos de controle, como, inclusive, cita Barbosa Moreira ao fazer referência à garantia do contraditório e o dever de motivar. Nas palavras do doutrinador, no “controle da observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz, é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações de parcialidade”.³⁰⁶

Essas ideias estão em consonância com a publicização do processo e seu caráter instrumental. Como já visto neste trabalho, o direito processual constitui ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas, que não se confundem e não são contaminados pelas normas que regem a relação de direito substancial. O processo tem fins distintos daqueles que nele se discutem, alinhando-se na verdade com os propósitos do próprio Estado dispostos na Constituição.

O processo, todavia, não pode ignorar o direito material envolvido e deve atuar de forma que seu resultado seja o mais próximo possível da vontade expressa na norma substancial. Assim, tendo em vista que a atividade jurisdicional tem como objetivo a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a conseqüente pacificação, afirma Bedaque que ao magistrado cabe imprimir todos os esforços para alcançar esse objetivo e, “como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes”.³⁰⁷

³⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In _____. *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 49.

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

O juiz é destinatário³⁰⁸ da prova e ninguém melhor que ele para avaliar sobre os meios necessários para a formação de seu convencimento. Assim, como ressaltado no tópico anterior, deve o magistrado diligenciar para alcançar o maior grau de probabilidade possível quanto ao conhecimento dos fatos, não lhe sendo exigido (o que até seria impossível) chegar a uma certeza absoluta. Esse modo de proceder tem inclusive o escopo de alcançar a denominada *verdade real*. Como explica Bedaque, “verdade formal é sinônimo de mentira formal, pois ambas constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material”.³⁰⁹

Nesse sentido, não há mais que se falar em vinculação do juiz à verdade formal no processo civil, como se a verdade real coubesse apenas ao âmbito penal. Pelo exercício da função jurisdicional, embora se contente com probabilidades no que diz respeito ao livre convencimento do juiz, é exigível que este busque a verdade real, não se contentando com a aplicação da regra do ônus da prova quando existem meios de suprir suas dúvidas, ainda que não seja possível chegar à verdade absoluta.

Por essas ideias até aqui expostas é possível afirmar que a iniciativa instrutória do juiz constitui elemento fundamental para a efetividade do processo, pois ao pressupor o máximo empenho em se alcançar a verdade dos fatos contribui para a decisão de mérito justa e a pacificação social. Retomando os ensinamentos de Bedaque, “se não é possível a certeza quanto à verdade dos fatos retratados no processo, ao menos devem-se esgotar os mecanismos aptos a proporcioná-la”, o que “aumenta a probabilidade de o resultado ser justo”.³¹⁰

Mas é nessa atividade que reside um dos grandes desafios para o juiz. Se é desejável que diligencie de ofício para a obtenção de material para se chegar o mais próximo da certeza sobre os eventos que tratam a ação, também é imprescindível reconhecer que nunca

³⁰⁸ Afirmar que o juiz é destinatário da prova não quer dizer que seja o único, já que as partes também o são. A esse respeito, vale trazer as lições de Flávio Luiz Yarshell: “A ideia de dirigir as regras de distribuição do ônus da prova exclusivamente para o juiz parece estar ligada à convicção de que o magistrado é o destinatário exclusivo da prova. Trata-se de ideia que precisa igualmente ser revista, porque as partes são também, embora de forma diversa, destinatárias das provas existentes ou que possam ser pré-constituídas – mercê de atos praticados antes do processo ou mesmo pela instauração de processo para essa finalidade. Tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos. Nessa ótica, as partes também julgam e deliberam (ir ou não ir a júízo, resistir a dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente); o que as distingue do juiz é que este julga e decide imperativamente.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68-69).

³⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19-20.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 28.

atingirá a verdade absoluta sobre o caso e que, tendo em vista isso, também deve velar pela duração razoável do processo (art. 139, inciso II, do CPC/2015). Na tarefa de cumprir esses dois objetivos, terá o magistrado que se valer do princípio da proporcionalidade, como visto no tópico acima.

O art. 370 do CPC/2015 é expresso ao atribuir ao juiz a possibilidade de determinar, de ofício, as provas necessárias ao julgamento do mérito. Até pela clara disposição legal, que insere a iniciativa instrutória do juiz na concepção de devido processo legal, não há que se falar em ofensa ao princípio dispositivo. Inclusive, diversas outras regras do diploma processual indicam o poder-dever do julgador de diligenciar na colheita do material fático, em harmonia com o citado art. 370. Nessa perspectiva, pode-se citar (i) o art. 139, inciso I, que impõe o dever de tratar igualmente as partes; (ii) art. 385, que estabelece o poder do juiz de, de ofício, ordenar o comparecimento da parte para depor sobre fatos da causa; (iii) art. 461, que outorga ao juiz o poder de ordenar a inquirição de testemunhas referidas (inciso I) e a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte (inciso II); e, (iv) art. 480, que trata da possibilidade de o magistrado determinar a realização de nova perícia quando verificar que a matéria não se encontra suficientemente esclarecida.

Como se verifica, a legislação processual está alinhada com a noção publicista do processo, de modo que, como explica Dinamarco, “não há mais clima para tanto predomínio do *princípio dispositivo*, que exclui comportamentos *inquisitivos* do juiz no processo e na sua instrução”, ideia esta radical que constitui um espelho das premissas privatistas do processo civil.³¹¹

Na verdade, o próprio conceito de *princípio dispositivo* gera confusão inclusive na doutrina diante de sua proximidade ao *princípio da demanda*. Este último trata de impor ao juiz a inércia inicial, admitindo-se apenas à parte a iniciativa de instaurar o processo. Já o *princípio dispositivo* diz respeito a regras pelas quais não cabem ao juiz iniciativas probatórias. Embora as duas noções tenham como fundamento a disponibilidade dos direitos, Dinamarco sintetiza a distinção: “(a) o veto à iniciativa *do processo* pelo juiz é inerente ao *princípio da demanda* (CPC, art. 2º); (b) a proibição de fazer-se ativo na busca de elementos

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 357, vol. III.

de convicção, agora já no processo instaurado e pendente, é a expressão do princípio *dispositivo*”.³¹²

Bedaque sustenta que a verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo é aquela que o vincula à relação material, e não à processual. Dessa forma, “tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão”.³¹³ Essa é a dimensão do princípio dispositivo cunhada pelo doutrinador, cujo conteúdo deve expressar tão somente as limitações impostas ao juiz em razão da disponibilidade do direito.

Coerente com esse posicionamento, William Santos Ferreira esclarece que o princípio dispositivo orienta aquilo que é submetido à resolução judicial, vez que relativo à relação material, porém o instrumental para essa resolução é informado pelo princípio inquisitivo (ou da oficialidade), “o que ainda é mais aclarado quando se constata que as partes têm a esperança, e a garantia (!), da atuação ou reintegração objetiva do direito derivando desta o dever-poder de *diligências para melhor decidir*”.³¹⁴

Ao mencionar os *deveres-poderes* (ou poderes-deveres) instrutórios, o doutrinador evoca a ideia de *função*, que pressupõe a atividade do juiz. Em outra passagem de sua obra, afirma que o “Estado-juiz exerce uma *função* em prol dos jurisdicionados, por meio da solução dos conflitos de interesses destes, para tanto *deverá* resolver questões de direito e de fato, o que importa na existência de *poderes instrutórios* viabilizadores, instrumentos, portanto”. E complementa que o Estado-juiz maneja “*deveres-poderes* (instrutórios) no interesse alheio”.³¹⁵

De acordo com Dinamarco, a “fórmula do desejável compromisso de equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo consiste em prosseguir reconhecendo a estática

³¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 57-58, vol. III. (grifos no original)

³¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

³¹⁴ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 236-237. (grifos no original)

³¹⁵ *Ibidem*, p. 244-245. (grifos no original)

judicial como norma geral mas mandar que o juiz tome iniciativas probatórias em certos casos”.³¹⁶

A esse respeito, o jurista menciona casos em que são pertinentes a iniciativa instrutória do magistrado. Assim é a hipótese em que se discutem direitos indisponíveis ou direitos sobre os quais as partes não tenham plena disponibilidade, como ocorrem nas relações de direito de família e nas relações de massa. Ainda que o Ministério Público intervenha no feito, como guardião do interesse público, poderá o juiz determinar de ofício a realização de provas que entenda pertinentes.³¹⁷

Outra hipótese mencionada por Dinamarco é aquela em que se verificam desigualdades econômicas e culturais entre as partes, existindo uma nitidamente mais frágil e vulnerável que a outra, especialmente quando se trata de assistência judiciária. Nesses casos, o magistrado, devendo proporcionar a paridade de armas e preservar o princípio da isonomia (art. 139, inciso, do CPC/2015), atuará de modo a compensar essa fragilidade, valendo-se inclusive da busca e produção de meios de prova.³¹⁸

Já se referiu acima, quando abordados os poderes de direção, sobre as dificuldades e até mesmo problemas de imparcialidade quando o juiz exercita seus poderes para compensar a fragilidade (inclusive técnica) de uma das partes. Ressoam novamente as críticas de Aroca sobre essa tomada de posição que, segundo o doutrinador espanhol, ignora que são as partes os melhores juízes de sua própria defesa, e ainda parte do pressuposto de que o advogado da parte pode ser negligente ou ignorante.³¹⁹

No entanto, e isso ganha maior relevo em um país como o Brasil em que as desigualdades são imensas, não pode o juiz simplesmente ignorar a vulnerabilidade da parte e a deficiência de sua defesa, cabendo a ele assegurar o tratamento igualitário e atentar-se para o interesse público consistente no resultado de uma decisão de mérito justa. Mas é claro que isso também exige equilíbrio. Já se sustentou aqui que não é função do julgador compensar deficiência técnica de uma parte que não se encontra em condição de vulnerabilidade, como

³¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 60, vol. III.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 58.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 58-59.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 161.

podem ocorrer em casos envolvendo grandes litigantes. Dinamarco também adverte que o juiz não deve exceder-se em iniciativas probatórias e nem mesmo promover ajudas às partes, “sob penas de transmudar-se em *defensor* e acabar por perder a serenidade, além de comprometer, pela perda de tempo, o pontual cumprimento de seus próprios deveres perante a massa dos consumidores do serviço jurisdicional”.³²⁰

Assim, como também mencionado no tópico sobre poderes de direção, o magistrado ainda tem que levar em conta fatores que vão além do processo analisado, uma vez que a estrutura dos tribunais brasileiros e a sobrecarga do número de processos não permitem o desmedido uso de iniciativas probatórias.

Acima dessas razões citadas que ensejam o exercício de ofício dos poderes instrutórios (indisponibilidade dos direitos e vulnerabilidade de uma das partes) encontra-se, de acordo com Dinamarco, a consciência de que a jurisdição estatal é uma função pública e possui escopos voltados ao interesse da sociedade, como visto também pelas lições de William Santos Ferreira expostas linhas acima.³²¹ Isto é, na linha do que se disse sobre publicização do processo, cabe ao juiz defender a dignidade da jurisdição e o interesse público a ela inerente, de forma a proferir decisão justa sem ficar à mercê das condutas e desídias das partes.

Esses fatores devem ser ponderados pelo juiz na tomada de iniciativas probatórias, cabendo a ele também levar em conta as razões que vão no sentido oposto a essas iniciativas, como elenca Dinamarco: “a) a ordinária *disponibilidade* dos direitos versados em processo civil, (b) o conseqüente caráter predominantemente *dispositivo* deste, (c) o sistema de *ônus processuais* pelo qual em princípio cada qual responde por suas próprias omissões, e (d) a indispensável *imparcialidade* do juiz”.³²²

Perseguindo uma ótica mais cooperativa entre os sujeitos processuais, com a busca coletiva pelo esclarecimento dos fatos, William Santos Ferreira traça requisitos cumulativos para o juiz exercer seus poderes instrutórios mesmo sem pedido da parte. Nesse sentido, a prova a produzir deverá ser: (i) necessária, quando o esclarecimento do fato

³²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 62, vol. III.

³²¹ *Ibidem*, p. 59.

³²² *Ibidem*, p. 62. (grifos no original)

probando ainda não ocorreu; (ii) útil, quando o meio de prova a ser empregado tiver potencialidade efetiva para o esclarecimento da questão fática; e, (iii) possível, quando existirem condições para a produção da prova (por exemplo, o objeto pericial ainda existir).³²³

Esses requisitos constituem um ótimo parâmetro para pensar a iniciativa instrutória do juiz, embora se entenda aqui que deverão ser observados em conjunto com as ressalvas feitas acima, inclusive as que vão na contramão dessa iniciativa. A noção de cooperação imaginada pelo doutrinador inclusive é coerente com o disposto no art. 357 do CPC/2015, principalmente no que se refere ao seu § 3º, que prevê a possibilidade de designação de audiência pelo juiz para que o saneamento seja feito em colaboração com as partes, oportunidade em que também poderão ser definidas as provas a serem produzidas. É claro que é bom lembrar algumas ponderações já feitas anteriormente sobre o processo cooperativista, dado que as partes não raramente assumem postura nada colaborativa, bem como não é necessariamente papel do juiz suprir a desídia e a omissão de algum litigante, de modo a buscar, a qualquer preço, a realidade dos fatos e adivinhar os melhores meios para produção de prova no caso concreto.

Portanto, é nesse cenário complexo que o juiz assume o desafio de adotar uma postura equilibrada com base nessas razões que influenciam a possibilidade de iniciativas probatórias, e assim formar seu livre convencimento quando verificar um razoável grau de probabilidade de um direito (ou da inexistência deste).

2.8.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova

A despeito dos poderes instrutórios que lhe são conferidos, haverá situações em que o juiz não estará convencido sobre como se deu a ocorrência dos fatos que interessam à lide. Ainda que não trabalhe para alcançar a certeza e a verdade absoluta, nem sempre o magistrado identificará um alto grau de probabilidade acerca das alegações de fato trazidas pelos litigantes. Nessas hipóteses, mesmo em estado de dúvida, o juiz tem o dever de proferir uma decisão com vistas à pacificação social e em atendimento à garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF), de modo que adotará a regra de julgamento baseada no ônus da prova.

³²³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 249.

Nesse sentido, caberá à parte provar as próprias alegações, pois é de seu interesse demonstrar a ocorrência dos fatos que sustentam sua pretensão. O tema do ônus da prova, como se vê, pressupõe a noção de *interesse*, já que incumbe ao interessado o encargo de provar o fato constitutivo de seu direito ou o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte adversária.

E é com base nessa ideia de interesse que o art. 373 do CPC/2015 distribui o ônus da prova, colocando sobre o autor o peso de demonstrar a ocorrência do fato constitutivo de seu direito, já que, caso não o faça, a demanda inicial será julgada improcedente. Como explica Puoli a esse respeito, “o maior interessado na demonstração do fato que evidencie não ter o réu direito a continuar mantendo consigo o bem da vida tem, a ele destinado, o ‘peso’ da necessidade de demonstrar que assim é”.³²⁴

Até em razão disso, a conduta das partes ao longo do processo (e mesmo antes dele) é também pautada no conhecimento prévio que cada uma tem acerca do ônus da prova que lhe incumbe. No entanto, a regra geral contida no *caput* do mencionado art. 373 comporta exceções que permitem ao juiz distribuir de modo diverso o ônus probatório.

Antes da vigência da nova lei processual, os estudiosos e profissionais do direito estavam habituados com a possibilidade de o magistrado decidir pela inversão do ônus da prova, isso porque já havia disposição legal prevendo tal hipótese, como é o caso do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que o § 1º do art. 373 do CPC/2015 é uma novidade a respeito do tema na medida em que abre o leque de possibilidades para o juiz atribuir de modo diverso o ônus da prova.

Pela leitura desse dispositivo, é possível identificar três hipóteses de inversão judicial do ônus probatório: (i) nos casos previstos em lei; (ii) diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput*; ou, (iii) em razão da maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

³²⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 234-235.

Como é fácil observar, além de criar novas possibilidades para ser determinada a inversão, o dispositivo ainda se vale de expressões que deixam ampla margem de interpretação pelo juiz. Fala-se em “peculiaridades da causa”, “excessiva dificuldade de cumprir o encargo” e “maior facilidade de obtenção da prova”, termos um tanto vagos que acabam por conferir margem de liberdade ao juiz na avaliação do caso concreto e na distribuição do ônus da prova.

É inegável que essa inversão tem por objetivo assegurar um processo justo e equilibrado, mas é importante mencionar que se trata de uma medida excepcional e que só pode ser levada a efeito quando presentes os requisitos para tanto, sob pena de cometer-se injustiça contra o litigante não beneficiado pela distribuição diversa do ônus.

Nessa perspectiva, torna-se fundamental compreender as hipóteses permissivas para tais alterações. Como visto, a regra do § 1º do art. 373 prevê três hipóteses, além de impor outros requisitos para tanto. A primeira delas trata dos “casos previstos em lei”, sobre a qual não cabe discorrer muito neste momento, já que consiste em cláusula que apenas faz referência, de forma genérica, a outras normas que também estabeleçam essa inversão, como é o caso da legislação consumerista, reafirmando que a previsão feita por outras leis não lhe são incompatíveis.

Já a segunda hipótese da regra em comento traz maiores desafios interpretativos. Ao estabelecer a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova quando verificada a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo, a lei vale-se de fórmula bastante genérica, conferindo ao juiz ampla margem para interpretação na incidência da norma.

Dinamarco também aponta para esse caráter genérico e amplo das expressões empregadas e ainda ressalta que o CPC/2015 não foi tão específico quanto o Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 6º, inciso VIII, estabelece como critérios para a inversão do ônus da prova a verossimilhança da alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente. Apesar desse silêncio da nova lei processual, o doutrinador explica que a hipótese em comento deve ser avaliada pelo juiz “segundo sua própria sensibilidade às peculiaridades de cada caso concreto”, e cita que um dos critérios que pode ser utilizado é a insuficiência e recursos de uma das partes, bem como outras circunstâncias, “como o acesso

de uma das partes a documentos relevantes, o conhecimento de testemunhas capazes de esclarecer os fatos *etc.*”³²⁵.

A esse respeito, Puoli esclarece que uma questão fundamental a ser levantada é a de “quão excessiva terá de ser a dificuldade na busca pela prova para legitimar a dinamização”, haja vista ainda que pelo seu emprego não se pode chegar a uma *probatio diabolica* em prejuízo do litigante a quem então foi depositado esse encargo probatório.³²⁶ Assim, sabendo que se trata de uma hipótese excepcional, “a excessiva dificuldade deve ser objeto de demonstração concreta e objetiva, não devendo se contentar o juiz com a mera alegação sobre ser mais simples, ou fácil, a produção da prova pela parte situada no polo contrário da relação processual”. Em conjunto com esse requisito, no que se refere à parte eventualmente onerada, “deverá haver demonstração do porque teria ela efetiva e objetivamente ‘maior facilidade’ quanto à realização da prova do fato de seu interesse”.³²⁷

Aliás, Puoli sustenta que essa hipótese deve ocorrer concomitantemente com a terceira expressa no § 1º do art. 373, qual seja, a “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”. Vale dizer, a dinamização só poderá ocorrer quando se verificar a excessiva dificuldade para uma parte e a facilidade para a outra. O doutrinador é ainda mais enfático ao afirmar que, de um lado, “a alegação de excessiva dificuldade para provar somente poderá ser aceita quando for evidenciado que realmente era absolutamente escusável para o sujeito não ter tomado cuidados básicos que lhe poderiam dar condições de provar, redundando em agora não ter a condição de realizar a prova”; de outro, e em paralelo, a esse requisito também deve ser cumulado o da “demonstração sobre haver objetiva e razoável evidência de que a prova é factível de ser realizada pela parte contrária, eis que sua atividade diuturna torna possível supor que ele possui a prova consigo e/ou tem melhor condição concreta para realizá-la”.³²⁸

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 87, vol. III.

³²⁶ Flávio Luiz Yarshell escreveu, ainda sob a égide do CPC/1973, que mesmo nos casos em que a lei autorize o juiz a estabelecer a regra de atribuição do ônus da prova no caso concreto, deverá fazê-lo “atento à circunstância de que não pode, a pretexto de afastar ônus excessivo de uma das partes, atribuir outro de idêntica natureza à parte contrária.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88).

³²⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 241.

³²⁸ *Ibidem*, p. 243.

Como se observa, ainda que aplicados concomitantemente os dois requisitos, remanesce alto grau de liberdade ao juiz na aplicação da dinamização, que constitui medida excepcional. Além da configuração dessas hipóteses, Puoli ainda faz referência a dois outros requisitos não expressamente mencionados pela lei, quais sejam, a solicitação pelo interessado e a verossimilhança das alegações. Até em razão de o ônus da prova ter “umbilical ligação com a regra do interesse”, faz todo sentido que caiba ao interessado expor a situação que o leva a ter excessiva dificuldade de cumprir o encargo. Coerente com essa ideia, as alegações também devem mostrar-se verossímeis, pois a redistribuição do ônus probatório não pode servir “para permitir que o autor de demanda judicial se sinta dispensado de apresentar alegações minimamente substanciais”.³²⁹ Esse requisito é inclusive coerente com a inversão permitida pela lei consumerista e pretende coibir demandas sem fundamentos mínimos, exigindo da parte uma litigância responsável.

Além desses requisitos, o § 1º do art. 373 impõe ao juiz o dever de fundamentar a decisão sobre eventual dinamização. Como já mencionado ao longo deste trabalho, e que será mais bem abordado no próximo capítulo, a motivação constitui fundamental mecanismo de controle da decisão judicial, exigindo do magistrado justificativas com raciocínio lógico e embasadas no ordenamento jurídico. Esse dever de motivar mostra-se ainda mais premente quando a lei traz fórmulas amplas e genéricas, como é o caso do dispositivo em comento.

Não tem o juiz apenas o dever de motivar, mas também o de “dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, como expressamente prevê a parte final do § 1º do art. 373. Assim é que se possibilitará ao litigante realizar o devido controle da decisão e adotar a estratégia que lhe pareça mais pertinente diante do encargo que lhe passou a ser atribuído.

Até em razão disso é que a decisão sobre a dinamização deve ocorrer em momento adequado, que de acordo com o art. 357, inciso III, do CPC/2015, dá-se com o saneamento do processo. Segundo Dinamarco, caso o magistrado ainda se disponha a realizar o saneamento compartilhado em audiência (art. 357, § 3º), “será um momento de sadia

³²⁹ PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 238-239.

cooperação e diálogo, que são valores democráticos alimentados com veemência pelo novo Código, no qual o juiz terá como melhor avaliar as situações e decidir o que for mais adequado às peculiaridades da causa”. Caso não decida sobre a inversão nesse momento, explica o doutrinador, poderá ainda fazê-lo depois, mas desde que abra a oportunidade de manifestação pela parte onerada, que não poderá ser surpreendida com uma inversão realizada no ato de sentenciar, em afronta ao contraditório (artigos 9º e 10 do CPC/2015).³³⁰

Esse entendimento é coerente com a própria natureza do ônus da prova, que não pode ser visto exclusivamente sob o prisma objetivo, como regra de julgamento, mas também pela influência que exerce no comportamento dos litigantes ao longo do processo. Como explica Flávio Luiz Yarshell, as partes avaliam suas chances e riscos em um dado processo (futuro ou em curso) muito com base na prova que possuem ou que necessitem dispor, e “dessa avaliação não pode ser simplesmente desconectado o tema do ônus de provar, porque a consciência da atribuição do encargo há também que nortear aquele tipo de avaliação”.³³¹

Dessa forma, as regras sobre ônus da prova não se dirigem apenas ao juiz, já que, “ainda que não exclusivamente, é com base no conhecimento de seus ônus – inclusive o de provar – que as partes determinam suas condutas no processo”.³³² E até por isso deve haver um momento adequado para o magistrado decidir sobre a dinamização, de modo a permitir que as partes, principalmente aquela onerada, possam planejar como irão se comportar no processo.

Como visto, a dinamização tem caráter excepcional, o que reforça a ideia de que a parte não pode ser surpreendida por uma decisão que tardiamente lhe atribui um encargo que, a princípio, não possuía. Isso constituiria não apenas uma afronta ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, mas também à própria visão colaborativa de processo que o CPC/2015 procura fomentar. O dispositivo que prevê a dinamização vale-se de termos bastante vagos, de sorte que não é exagero afirmar que a parte muitas vezes não tem condições de saber previamente qual será o entendimento do juiz sobre eventual pedido

³³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 89, vol. III.

³³¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

³³² *Ibidem*, p. 69.

nesse sentido, e uma decisão em momento inoportuno a esse respeito pode consistir em uma armadilha para a parte onerada.

Assim, além dos requisitos expressos no § 1º do art. 373, e dos não expressamente mencionados, há que também o juiz atentar-se para o momento de proferir a decisão acerca da distribuição do ônus da prova, pois isso influenciará a conduta das partes no processo.

2.9 Poderes decisórios

Abordados os poderes de direção e instrutórios do juiz, exercidos no decorrer e desenvolvimento do processo, cabe agora tratar daqueles que visam a compor o conflito e constituem, nas classificações de Cintra, Grinover e Dinamarco,³³³ os *poderes fins* (ao lado dos executórios). Assim como os outros poderes inerentes à função jurisdicional aqui analisados, os poderes decisórios também são um *dever* para o magistrado, de modo que não lhe é permitido deles não se valer quando a situação exige, e isso decorre de previsão constitucional (art. 5º, inciso XXXV) e da própria lei (art. 140, *caput*, do CPC/2015).

Tendo em vista esses dispositivos, que refletem a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao ser devidamente provocado o juiz não pode eximir-se de atuar no processo. Ainda que se depare com uma causa extremamente complexa, não é admissível que o magistrado profira o *non liquet*. Isso seria denegação da justiça e, como explica Carnelutti, “o Estado moderno não pode permitir que ele [juiz] não administre a justiça; a necessidade de justiça, é dito, deve ser satisfeita em qualquer caso”. Não se pode furtar de pronunciar sua “declaração de vontade: o juiz não apenas julga, mas manda, expressa opinião e quer que ela seja seguida”.³³⁴

Por esse poder-dever, o juiz terá que julgar as pretensões das partes por meio de uma atividade interpretativa e solucionar em caráter definitivo a controvérsia a ele exposta, reproduzindo o preceito que deverá ser obedecido pelos litigantes diante do caso concreto

³³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 313.

³³⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Campinas: Minelli, 2002, p. 135-136.

apresentado.³³⁵ Nas palavras de Vicente Miranda, “decidir consiste em emitir um juízo que obriga, que vincula, que ordena, no curso do processo”; “o poder decisório visa a resolver ou uma questão processual ou o mérito”, colocando fim a um ponto duvidoso ou controvertido de uma questão processual, ou solucionando o conflito de interesses, resolvendo o litígio, em suma, decidindo o mérito.³³⁶

Dinamarco faz referência à variedade de *crises jurídicas* que levam o interessado a buscar a tutela jurisdicional e aponta que para cada uma dessas crises existe uma técnica diferente para que essa tutela seja adequada. Assim, quanto às *crises de certeza*, estas são debeláveis por decisões *meramente declaratórias*, tornando certa a relação jurídica sobre a qual havia dúvida. Já as *crises de adimplemento* são superadas pelas decisões *condenatórias*, com o intuito de proporcionar ao credor o resultado que o devedor teria produzido se adimplisse. Por fim, as *crises de situações jurídicas* são eliminadas pelas decisões *constitutivas*, cujo efeito é a instituição de uma situação jurídica nova.³³⁷

No entanto, não é sempre que o juiz terá condições de proferir uma decisão de mérito de modo a extinguir o conflito levado pelas partes a juízo. Há situações em que a sentença, embora constitua o ato final do processo e a este dê cabo, não resolve a discórdia objeto da lide, frustrando de certo modo o escopo de pacificação social. Como salienta Carnelutti, o “dispositivo processual é complicado e difícil de manejar, de modo que, humanamente, não se podem excluir erros e, com eles, a possibilidade de que o processo termine em uma decisão negativa”,³³⁸ isto é, sem o julgamento do mérito.

Como já discorrido nos tópicos acima referentes aos poderes ordinatórios e instrutórios, a condução do processo deve observar o máximo aproveitamento e a primazia do mérito (art. 6º do CPC/2015), tanto que os deveres decorrentes da ótica cooperativista do processo incentivam o diálogo entre o juiz e as partes para que se chegue ao final a uma decisão de mérito justa. Já se apontou também que esses mesmos deveres, haja vista o cenário

³³⁵ Para Dinamarco, a atividade do juiz de “estabelecer o preceito a ser observado” não significa criar a norma, já que, segundo o doutrinador, esta preexiste ao processo “e o juiz simplesmente a *revela* na sentença”. Quando se trata de “sentenças constitutivas ele cria a situação jurídica nova mas não cria a norma que dê ao autor o direito a esse resultado.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 232, vol. III). Esse debate sobre a “criação” da norma pela atividade jurisdicional foi tratado no primeiro capítulo deste trabalho e ainda será abordado neste tópico.

³³⁶ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 235-236.

³³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 232, vol. III.

³³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Campinas: Minelli, 2002, p. 137.

do Judiciário brasileiro com seus tribunais atolados de processos, precisam também ser vistos com cautela para que não prejudique a duração razoável do processo e nem corresponda a aumento de custos desproporcionais em razão da desídia da parte ou de seu advogado, não cabendo ao juiz suprir todas as deficiências da sociedade, como as de ordem técnica dos que atuam em juízo. Vale dizer, embora no plano ideal esses deveres sejam relevantes para o processo mais justo possível, há que se levar em conta também a realidade brasileira, mais precisamente a estrutura dos tribunais, devendo o magistrado buscar o equilíbrio.

De todo modo, a atividade cognitiva a ser desenvolvida para a prolação da sentença não pode prescindir dos elementos colhidos com a condução e a instrução do processo, pautadas no máximo aproveitamento. Esse poder-dever desempenhado pelo juiz na construção da decisão tem se mostrado ainda mais importante e seu controle potencializado. Theodoro Jr., Nunes e outros apontam que isso se observa de forma mais premente com a tendência de fortalecimento do uso do direito jurisprudencial, contexto esse em que os *repeat players* (litigantes habituais) “articulam-se com a finalidade de promoção de uma litigância estratégica perante os Tribunais (especialmente superiores) mediante o uso dos recursos (extraordinário e especial) e/ou dos *amici curiae* com o nítido intuito de forjar entendimentos-padrão passíveis de atender a seus interesses”.³³⁹

Um outro exemplo que intensifica essa necessidade de racionalização das decisões jurisdicionais é mencionado por Puoli. O doutrinador cita a hipótese de o juiz ter que decidir, em uma ação civil pública, a abusividade que contaminaria cláusulas modelo de contrato utilizado por determinado fornecedor. Passando por enorme espectro de especulações, e à luz das circunstâncias do caso concreto, cabe ao juiz definir quais expressões contratuais serão tidas como representativas de obrigações iníquas, ou de desvantagem exagerada, ou excessivamente onerosa. Com base nesses e outros conceitos vagos presentes nos incisos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, o magistrado tem que determinar quais cláusulas o fornecedor deve abster-se de utilizar, decisão essa que possui nítido caráter regulamentar da futura atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor.³⁴⁰

³³⁹ THEODORO JR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 301.

³⁴⁰ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 137-138.

Em contextos como esse, torna-se ainda mais fundamental a criação e a observância de mecanismos de fiscalização da atividade desempenhada na função jurisdicional, mecanismos esses que vão desde a possibilidade de os sujeitos processuais influenciarem a decisão até o controle do discurso argumentativo exposto na sentença.

Como observa Puoli, com a participação das partes, “a responsabilidade pelo ato jurisdicional final é, de certa forma, repartida entre o agente jurisdicional e os interessados, na medida em que a atuação destes irá também ter repercussão (maior ou menor, conforme o tipo de interesse debatido) na formação da convicção do juiz e na qualidade do produto jurisdicional final”.³⁴¹ Essa assertiva ganha maior evidência pelas diversas disposições do novo Código que conduzem a um processo mais participativo e colaborativo.

Nessa perspectiva, verifica-se que o dever de fundamentação das decisões judiciais ganha contornos ainda mais complexos com essas normas que procuram otimizar o diálogo entre juiz e partes. Essa complexidade pode ser vista pelo próprio conteúdo do art. 489 do CPC/2015, que traz diversas exigências para que uma decisão possa ser considerada fundamentada, incluindo o de “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (§ 1º, inciso IV). Esse tema da fundamentação da decisão judicial será mais bem abordado no próximo capítulo, mas já é possível adiantar que esse dever previsto na própria Constituição (art. 93, inciso IX) permite o controle do discurso argumentativo exposto na sentença, dando-lhe transparência e racionalidade de modo a afastar arbitrariedades e promover a segurança jurídica.

Ronaldo Kochem escreve que sem a fundamentação não existe a almejada controlabilidade e nem se garante a racionalidade da aplicação do direito, e no que toca à atividade dos sujeitos processuais, o autor identifica duas relevantes consequências acerca do tema do dever de fundamentar: “a primeira delas é determinação ao respeito do *direito ao contraditório*, entendido como direito de participação e de influência, a segunda, é a *vedação de decisões judiciais irracionais*”.³⁴² Em relação ao direito de participação e influência, retoma-se o que já foi dito aqui sobre o debate entre juiz e litigantes que a visão colaborativa

³⁴¹ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 85-86.

³⁴² KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e decisão – a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 244, ano 40, p. 62, jun. 2015. (grifos no original)

do processo procura fomentar. Nesse sentido, como corolário do dever de fundamentar, as decisões tem que abordar as afirmações essenciais trazidas pelas partes que, por sua vez, possuem o direito de ver seus argumentos considerados (art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC/2015).

Até em razão disso, Kochem afirma que “o parâmetro para a aferição da correção da motivação deixa de ser somente intrínseco (isto é, tendo em conta a justificação da decisão) para assumir também uma feição extrínseca (isto é, relativo aos argumentos dos participantes)”.³⁴³ Assim, ainda que uma decisão possa ser coerente, racional e apta a justificar sua conclusão final sem tratar todos os argumentos expendidos pelas partes, faz-se necessário ao menos enfrentar aqueles que, em tese, poderiam ao menos enfraquecer o resultado a que se chegou.

Quanto à questão da racionalidade, exige-se que a decisão seja racionalmente justificada de modo a não apenas possuir coerência interna entre os raciocínios expostos de forma lógica (justificação interna), mas que ainda atenda ao parâmetro externo, qual seja, o ordenamento jurídico. Do contrário, a decisão será fruto da arbitrariedade do julgador e não cumprirá os anseios de pacificação inerentes ao processo.

Kochem, que também segue o entendimento de que o Estado-juiz realiza atividade de reconstrução normativa e não se resume a meramente *declarar* a norma aplicável ao caso, aponta que, em razão disso, a solução para a questão da racionalidade deve vir de uma compreensão adequada da atividade interpretativa, isso porque a aplicação do direito no processo dá-se por uma prática argumentativa, como inclusive já exposto acima. Assim, quando se fala em racionalidade das decisões judiciais, entende-se como a possibilidade de realizar uma recongnição analítica da própria decisão, vale dizer, “*a possibilidade de reconhecer na decisão judicial, analiticamente, as diferentes operações realizadas (ou melhor: justificadas) pelo intérprete e, tendo em conta o método de cada uma dessas operações, de aferir a correção das operações*”.³⁴⁴

³⁴³ KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e decisão – a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 244, ano 40, p. 66, jun. 2015.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 69. (grifos no original)

Essa justificação racional leva em conta, segundo o autor, um duplo aspecto determinativo: “*a determinação dos fatos e a determinação das normas jurídicas aplicáveis*”, de forma que a verificação da racionalidade “depende da justificação quanto à *aproximação da vontade sobre as alegações de fato* e quanto à *adequada interpretação e aplicação do Direito*”.³⁴⁵ Pelos incisos do art. 489, *caput*, do CPC/2015, é possível observar que os “elementos essenciais da sentença” ali descritos são condizentes com a exigência de racionalidade da decisão judicial.

No discurso argumentativo que justifica a decisão, cabe ao juiz, nos termos do inciso I, fazer o relatório identificando o caso, com o resumo do pedido e da contestação. Em seguida (inciso II), na parte dos fundamentos, deverá analisar as questões de fato e de direito, abordando todos os argumentos levantados pelas partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão da sentença. No dispositivo (inciso III), o magistrado resolverá as questões principais que as partes lhe submeteram, de forma coerente com as etapas anteriores. Essa é a estrutura do discurso argumentativo em que consiste a sentença, que exige do juiz a realização de uma atividade cognitiva quanto às alegações de fato e à reprodução do direito no caso concreto. Essa prática argumentativa deve ser tal que permita a seus interlocutores reconhecer as operações interpretativas nela realizadas e analisar se o raciocínio feito é provido de lógica. Desse modo é que se fará o controle da decisão judicial.

Mas é claro que nem toda decisão judicial possui esse formato, o que não exime o dever de fundamentar. O poder decisório, embora muito vinculado a atos finais por ocasião da sentença, não se resume a esta, como é o caso, por exemplo, do julgamento antecipado parcial do mérito, previsto no art. 356 do CPC/2015, que inclusive consiste em decisão interlocutória sujeita ao recurso de agravo de instrumento (artigos 356, § 5º, e 1.015, inciso II, ambos do CPC/2015).

Vale aqui citar também a possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido, sem nem mesmo citar o réu, nos casos previstos nos incisos do art. 332 do CPC/2015. Embora a relação processual não chegue a ficar completa, o magistrado deve fundamentar sua sentença e justificar claramente por que incide a hipótese que conduz

³⁴⁵ KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e decisão – a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 244, ano 40, p. 69, jun. 2015. (grifos no original)

ao julgamento liminar do mérito, até mesmo em razão da possibilidade de o autor apresentar recurso de apelação (art. 332, § 3º, do CPC/2015).

Pelas colocações até aqui feitas, é possível afirmar que a atividade interpretativa e a fundamentação que expõe essa atividade são potencializadas no exercício dos poderes decisórios, o que se justifica até em razão da natureza destes. Como já salientado no primeiro capítulo, a decisão judicial é fruto da interpretação e esta é responsável pela reprodução da norma. Faz-se a distinção entre texto legal e norma, sendo esta última consequência da interpretação daquele.

Retomando os ensinamentos de Eros Grau, o intérprete produz a norma, mas não no sentido de fabricá-la, mas no de reproduzi-la. Nas palavras do próprio doutrinador, a

(...) norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição). O intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma.³⁴⁶

Essa atividade interpretativa é realizada não apenas pelo juiz na decisão de um conflito levado a juízo, mas também pelos advogados, juristas e cidadãos que aplicam o texto legal em variadas situações da vida, a concretar a lei em cada caso. Estes últimos (advogados, juristas e cidadãos), embora *produzam a norma* a regular o caso concreto, não *criam* direito no sentido de definir normas de decisão. Apenas a *interpretação autêntica*, como esclarece Eros Grau, feita pelo órgão estatal aplicador do direito, cria a norma jurídica.³⁴⁷

O intérprete autêntico, revestido do poder de criar direito, expede um ato de vontade consistente em “uma escolha entre as possibilidades reveladas através da interpretação cognoscitiva”. Ao realizar a produção prática do direito, além de compreender e apreender os *textos legais*, também o faz em relação à *realidade* em cujo contexto serão eles aplicados. Em razão disso é que Eros Grau afirma que “inexistem soluções previamente estruturadas – como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem – para os problemas jurídicos”.³⁴⁸

³⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 53-54.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 55.

Até em relação à apreensão dos fatos, o jurista salienta que no direito não existe o verdadeiro, que é inútil buscar a verdade dos fatos, já que “os fatos que importarão na e para a construção da norma são *aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete autêntico*”.³⁴⁹ Isso é coerente com o que se disse acima acerca das iniciativas instrutórias do juiz que, muito embora esteja investido de poderes para buscar a realidade dos fatos, deve ter em mente que nunca alcançará a verdade absoluta, cabendo a ele julgar com base no grau de probabilidade.

Diante dessas observações, Eros Grau afirma que a lógica jurídica consiste na escolha entre várias possibilidades corretas, de forma que “a norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*”, não se aplicando ao direito a alternativa baseada na oposição *verdadeiro/falso*, mas deve levar em conta o que é *aceitável*. E arremata o autor: “o sentido do justo comporta sempre mais de uma solução, nenhuma exata”.³⁵⁰

Portanto, o exercício dos poderes decisórios consiste na escolha de uma entre várias interpretações possíveis. Todavia, deverá o juiz, por meio de um discurso argumentativo, justificar por que sua decisão mostra-se a mais adequada. Vale dizer, admite-se aqui a possibilidade de existir mais de uma decisão correta e justa para o caso concreto, mas caberá ao intérprete autêntico demonstrar que a sua escolha é ainda a melhor.

2.9.1 Valorização dos precedentes

Um tema que sem dúvida gera grande influência nos poderes do juiz, com mais impacto nos decisórios, consiste no modelo de precedentes inaugurado pelo CPC/2015, conforme previsão dos artigos 926 a 928 desse diploma. Essa influência dá-se de dois modos, vez que de um lado exige que o juiz observe as decisões jurisdicionais elencadas no art. 927, e de outro demanda que a sentença seja devidamente motivada para que eventualmente sirva do precedente para casos futuros. Vale dizer, essa racionalidade que visa a uniformizar a jurisprudência determina que o juiz olhe tanto para o passado quanto para o futuro.

Conforme visto no capítulo anterior, o debate entre as doutrinas anglo-saxônica e romano-germânica encontra-se sempre presente e o seu confronto tem aberto terreno fértil

³⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57. (grifos no original)

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 63. (grifos no original)

para o aprimoramento de ordenamentos jurídicos, passando por variados ramos da ciência jurídica.

Muito embora, como já dito, as noções iniciais possam refletir a ideia equivocada de que a distinção entre as duas famílias seja algo claro e de fácil constatação, o aprofundamento na matéria revela o contrário. Ao se fazer um apanhado histórico, verifica-se que a evolução dessas tradições não traduz um engessamento de suas características iniciais mais marcantes, mas indica na verdade uma abertura gradual que conduz a uma moderada confluência entre ambas.

No Brasil, a evolução da *civil law* não foi e nem tem sido diferente, havendo nítidos pontos de contato com a tradição anglo-americana, o que fica bem evidente com essa valorização dos precedentes.³⁵¹ Nesse aspecto, verifica-se com maior destaque a função criativa do juiz no sistema pátrio, vez que a criação do direito que decorre da interpretação do texto normativo, agora também pode estabelecer um precedente que passa a influenciar casos futuros.

Até em razão desse incremento no exercício da função jurisdicional, torna-se indispensável que os juízes brasileiros estejam confortáveis com os conceitos de identificação dos precedentes. Diante do poder criativo do magistrado, a quem é dada a função de aplicar princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos de conteúdo aberto, a consciência do respeito aos precedentes é fundamental para garantir a segurança jurídica.

Sem dúvida, as premissas interpretativas inauguradas pelo artigo 927 do CPC/2015 dão novos contornos à atuação do juiz. Se de um lado é dada maior importância à decisão judicial por esta refletir sua influência em julgados futuros, ao mesmo tempo a capacidade criativa do magistrado pode encontrar freios diante do dever de respeitar precedente que versa sobre caso semelhante. Como dito, há concomitantemente o aumento de poder decorrente da maior relevância da decisão judicial e a conformação do poder criativo com os julgados que tratam de hipótese similar.

³⁵¹ Humberto Theodoro Jr. et al. explicam que ocorre uma confluência entre os sistemas da *civil law* e da *common law*: “Se lá [*common law*] se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do uso dos precedentes (*stare decisis*), nós, do *civil law*, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, diante de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades.” (THEODORO JR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 334-335).

Nesse cenário, o dever de motivar ganha ainda maior relevância, como será abordado no próximo capítulo. De qualquer modo, o bom uso da técnica de invocar precedentes é essencial e torna a decisão judicial mais previsível. Conforme preleciona Tucci, a técnica de utilização de precedentes opera, “outrossim, como importante fator a favorecer a uniformização da jurisprudência. Essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência”.³⁵²

O juiz, ao aplicar um princípio ou dispositivo de conteúdo aberto ao caso concreto, além de fundamentar a decisão que demonstrará quem está protegido pelo direito, tem o condão de delimitar o próprio conceito dessa norma e enriquecer o seu conteúdo. De acordo com Puoli, em hipóteses como essa, “o juiz declara o conteúdo concreto do princípio e acaba por enriquecer seu espectro de atuação, ainda que aquela assertiva específica tenha eficácia direta e imediata restrita ao caso concreto”.³⁵³

Essa constatação feita por Puoli acaba se mostrando coerente com o que Michael J. Gerhardt assinala acerca das funções do precedente. Em sua obra *The Power of Precedent*, Gerhardt identifica inúmeras funções do precedente e, dentre elas, aponta a “definição da estrutura constitucional” (*shaping constitutional structure*), de modo que os precedentes judiciais podem tornar claros os princípios operativos de certas condições constitucionais, influenciar juízes que possuem diferentes visões sobre temas constitucionais, moldar o funcionamento do sistema legal.³⁵⁴

Na mesma linha, Ronald Dworkin, demonstrando a necessidade de unidade e integridade do direito em face da interpretação criativa, elabora a teoria do “direito em cadeia” (*The Chain of Law*). Por essa teoria, Dworkin faz uma analogia da atividade do juiz com a da composição de um romance em série escrito por vários romancistas. Cada escritor dessa cadeia interpreta o capítulo que lhe foi dado e em seguida deve escrever um outro capítulo em sequência. Assim, cada um tem a função de escrever um capítulo de modo a

³⁵² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 17.

³⁵³ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 63.

³⁵⁴ GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 158 (tradução livre).

construir o romance da melhor forma, e a complexidade dessa tarefa ilustra a complexidade de decidir um “*hard case*” sob a regra da integração.³⁵⁵

Essa duas passagens de doutrinas trazidas do mundo da *common law* ilustram bem a preocupação que os juízes brasileiros devem ter na formulação e aplicação de precedentes. A metáfora criada por Dworkin é esclarecedora nesse sentido, já que destaca a necessidade de se pensar o direito em sua integralidade, como uma cadeia em que um julgado deve ser coerente com o anterior e fundamentado o suficiente para orientar futuras decisões.

Há que se destacar esse novo paradigma no exercício da função jurisdicional, que certamente favorece uma “definição da estrutura constitucional”, como assinala Gerhardt. Assim, a ideia de constitucionalismo vai ganhando mais facetas, impactando na interpretação do texto normativo pelo juiz e na conseqüente criação do direito.

Zaneti Jr. e Pereira sustentam que a efetiva incorporação desse modelo de precedentes exige uma ruptura com as crenças ligadas à nossa tradição, advindas da Revolução Francesa com o surgimento da Escola da Exegese e a universalização dos códigos napoleônicos. Assim, em resposta àqueles que afirmam que a vinculação dos precedentes seria inconstitucional por invadir competência legislativa, os autores apontam a diferenciação entre texto e norma, como já abordado acima, e esclarecem que a norma é resultado e não pressuposto da interpretação, de modo que existe necessariamente a reconstrução da norma pela atividade jurisdicional “e a devolução ao ordenamento jurídico de conteúdo normativo reconstruído”.³⁵⁶

Essa interpretação operativa, como se tem dito aqui, é natural no exercício da função jurisdicional, pois os juízes constantemente deparam-se com textos vagos que exigirão a reconstrução do seu conteúdo normativo. A criação da norma geral e abstrata continuará sendo uma prática privativa do Poder Legislativo, e caberá ao Judiciário, partindo da lei, reconstruir os significados normativos de acordo com a Constituição e a legislação. Dessa forma, concluem Zaneti Jr. e Pereira, o modelo de precedentes não tem a intenção de introduzir normas gerais e abstratas no ordenamento, mas por uma questão de racionalidade

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 229.

³⁵⁶ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 257, ano 41, p. 378-380, jul/2016.

busca-se “vincular a solução jurídica de determinados juízes e tribunais às circunstâncias fáticas do caso concreto”³⁵⁷.

Eros Grau, como foi possível observar pelo exposto no tópico anterior, sustenta que o intérprete autêntico (no caso, o juiz) *produz* a norma jurídica, o que é diferente da *elaboração de textos normativos* cuja competência é do Poder Legislativo. Para o jurista, essa é uma distinção fundamental e é compatível com a ideia de separação dos Poderes, em que se propõe uma divisão com harmonia e autêntica divisão entre eles.³⁵⁸

Nesse sentido, viu-se que é inevitável a capacidade criativa dos juízes pela interpretação, mas a vinculação de precedentes tende a trazer um maior controle quanto aos resultados dessa interpretação, exigindo coerência e racionalidade por parte daqueles responsáveis por reconstruir a norma editada pelo legislador.

O que é essencial a respeito desse tema, inclusive para que não se diga que o Judiciário estaria invadindo de forma não harmônica a competência do Legislativo, é a própria forma como são empregados os precedentes formalmente vinculantes (art. 927 do CPC/2015). Isso porque não pode o juiz simplesmente aplicar um enunciado de súmula, por exemplo, sem realizar o exame das circunstâncias que motivaram a edição desse enunciado e sua semelhança com o caso concreto a ser julgado. Essa é a exigência do art. 489, § 1º, inciso V, do CPC/2015, que considera não fundamentada a decisão que invoca precedente ou enunciado de súmula deixando de “identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Do contrário, o juiz que adota o precedente ou o enunciado de súmula estaria simplesmente encarando-os como normas abstratas, quando deveria ater-se às suas circunstâncias e avaliar se o caso em análise efetivamente possui essa identidade a permitir chegar à mesma conclusão.

³⁵⁷ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 257, ano 41, p. 381-382, jul/2016.

³⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 43.

Diante disso, torna-se importante abordar as técnicas na aplicação dos precedentes, com o intuito também de avaliar como se dá o poder decisório do juiz nesse contexto.

Para tanto, vale trazer a própria noção de precedente judicial, que é composto por duas partes distintas: (i) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e, (ii) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. Na tradição anglo-americana, como é tradicionalmente dito, o precedente é vinculante (*binding authority*), enquanto na *civil law*, tradicionalmente, seria meramente persuasivo (*persuasive authority*).³⁵⁹

Nesse sentido, é importante destacar que a noção de precedente leva em conta os fatos discutidos na controvérsia, de sorte que o juiz, para aplicar uma decisão anterior como precedente vinculante, deve verificar se os fatos abordados nesta última são semelhantes ao caso a ser julgado, como pressupõe o já citado inciso V do art. 489.

Tucci traz uma breve explicação acerca da aplicação do precedente pelo juiz da *common law*, assinalando que este “deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do precedente.” Por meio dessa análise, o juiz poderá verificar se o precedente será interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).³⁶⁰

A *ratio decidendi* é a regra que vincula os casos futuros e constitui a essência da tese jurídica do precedente e que se mostra suficiente para decidir o caso concreto. Três são os elementos que a integram: (i) indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); (ii) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e, (iii) juízo decisório (*judgement*). Tucci preleciona ainda que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão que profere a decisão, mas caberá “aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como

³⁵⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 171.

precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”.³⁶¹

Vale dizer, o precedente não ganha essa qualificação no momento em que a decisão judicial é proferida, pois só será considerado de fato precedente quando uma outra decisão lhe fizer referência e vincular o caso analisado ao entendimento antes exposto. Isso não quer dizer que o magistrado, quando do julgamento, não tem consciência de que sua decisão poderá servir de precedente para casos futuros. Muito pelo contrário, deve estruturar sua decisão e formulá-la de forma fundamentada visto que poderá, futura e eventualmente, ser utilizada como parâmetro decisório.

Talvez essa seja uma diferença importante entre o sistema brasileiro e os característicos do *common law*. Nestes não se vale de um precedente já como enunciado, como se separado das circunstâncias do caso, o que exige um esforço analítico dos juízes para utilizá-lo em um caso futuro. No Brasil, parece haver mais um apego ao enunciado que necessariamente ao conjunto de fundamentos que formaram a tese.

É bom ainda ressaltar que nem tudo o que é abordado no julgado é aproveitado para a formação do precedente, havendo proposições que são dispensáveis para a solução do caso. A esse material judicial dá-se o nome de *obiter dictum* que, nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, constitui “aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução”.³⁶² Vale dizer, caberá ao intérprete, além de analisar as circunstâncias do caso que serve como precedente, verificar aquilo que de fato é essencial para a matéria e separar do que é dispensável e não guarda relação com a solução.

Como se pode observar, o breve histórico aqui traçado e os conceitos também trazidos procuraram demonstrar a importância em entender as novas técnicas trazidas pelo CPC/2015, bem como apresentar a formação da norma no sistema anglo-americano e a cultura de precedentes, que agora estreitaram relação com o sistema brasileiro. Nesse sentido, ao exercer seu poder decisório, o juiz deve ter em conta essa racionalidade de modo a

³⁶¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 614, vol. 2.

observar os casos passados e enriquecer o debate para casos futuros, não se descurando de justificar adequadamente seu discurso argumentativo com base nessa nova ótica de valorização dos precedentes.

2.10 Poderes éticos

Como se tem dito ao longo do presente trabalho, a legislação processual possui diversas disposições normativas com o intuito de proporcionar a entrega da tutela jurisdicional de forma justa, tempestiva e efetiva, e conseqüentemente promover a pacificação social, escopo do processo civil. Também já foi aqui repisado que a atuação dos sujeitos processuais deve dar-se de forma cooperativa para que se chegue a uma decisão de mérito, primando pelo máximo aproveitamento para que esse objetivo seja alcançado. Logo nos primeiros dispositivos, o CPC/2015 expressa essas ideias, tanto que chega a repetir nos artigos 4º e 6º a primazia da solução integral do mérito, ressaltando naquele dispositivo a inclusão da atividade satisfativa, e neste último o dever de cooperação.

No entanto, já se afirmou que esse dever de colaboração entre os sujeitos processuais (art. 6º) não se aplica na relação entre litigantes. Estes se encontram em posições opostas no combate e têm por objetivo vencê-lo, de modo que não seria razoável esperar deles uma postura a colaborar com o seu oponente. Isso não quer dizer, todavia, que as partes não precisem obedecer deveres de lealdade e boa-fé nesse embate.

Liebman explica que a lei impõe a obrigação de lealdade e probidade das partes, e ao fazer isso se vale de fórmulas elásticas e genéricas, devendo ser adaptada pelo intérprete de acordo com o caso e as circunstâncias. Assim, embora o processo desenvolva-se em uma luta em que cada um vale-se livremente das armas disponíveis, essa liberdade encontra um limite no dever de observar a “regra do jogo”.³⁶³

Nesse cenário, cabe ao juiz fiscalizar a observância das “regras do jogo” e eventualmente aplicar sanções contra a parte que as desrespeita. E isso é realizado por meio dos poderes éticos a ele atribuídos. Vicente Miranda fala em “poderes de fiscalização processual” para se referir a esses poderes “atribuídos ao julgador para prevenir e reprimir

³⁶³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale de Diritto Processuale Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 98, vol. 1.

atos que atentem contra a ordem e a dignidade do processo”, e que “visam a manter a disciplina, a educação, o respeito, a dignidade e a boa-fé no processo”.³⁶⁴

Os poderes éticos devem ser exercitados com a devida motivação e também com cautela para que não afrontem de forma ilegítima os direitos de ação e defesa. O que deve ser reprimido são os abusos das partes com relação às possibilidades abertas a elas através do processo, abusos esses que prejudicam o regular desenvolvimento do feito e atentam contra a dignidade da Justiça. A esse respeito, Sidnei Amendoeira Jr. explica que “o juiz é figura fundamental para dar vazão a essas regras de combate ao abuso no processo, à má-fé processual, visando sempre à preservação da dignidade da Justiça”; e arremata que esse é “o sentido que demos à ideia de poderes éticos, ou seja, todos os poderes-deveres que o juiz possui para prevenir ou reprimir o abuso do direito no processo”.³⁶⁵

Quando analisados os dispositivos específicos do CPC/2015 que tratam dos deveres de lealdade processual e boa-fé (artigos 77 a 81 e 774), verifica-se o caráter genérico das expressões utilizadas, o que potencializa os poderes éticos do juiz e exige deste um esforço interpretativo para sua correta aplicação, além de tornar ainda mais essencial a motivação de decisão nesse sentido. Como já esclarecido por Liebman na citação feita acima, é nesse contexto de fórmulas elásticas e abertas que o julgador tem a incumbência de verificar se a regra do jogo é respeitada no caso concreto.

Nesse ambiente que preza a boa-fé como norma de conduta, ensina Puoli que a utilização de termos vagos pelo Código retira “a solução do caso concreto do âmbito de aplicação de esquemas normais de subsunção para conferir ao juiz o poder de, a um só tempo, produzir a norma aplicável à espécie e imediatamente aplicar a regra por ele criada”.³⁶⁶ Não há dúvidas que essa opção tomada pelo legislador confere maiores poderes ao juiz para que o processo não sirva de instrumento à parte que queira agir de má-fé e obter fins ilegítimos.

O exercício dos poderes éticos pelo juiz também tem como fundamento a própria inserção do processo como ramo do Direito Público, já que a partir dessa nova ótica restou incontroverso que o processo busca objetivos maiores que a realização dos interesses

³⁶⁴ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 185.

³⁶⁵ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 124.

³⁶⁶ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 187.

privados dos litigantes.³⁶⁷ E tendo em vista que se procura alcançar a solução justa, tempestiva e efetiva para o caso concreto e a consequente pacificação social, não se pode permitir que as partes primem pelos seus sentimentos egoísticos e atentem contra os fins da função jurisdicional. Como se tem aqui dito, ao julgador não cabe adotar a mera postura de espectador do duelo travado entre os litigantes, mas deve zelar pela probidade da relação processual.

Nesse contexto de exercício dos poderes éticos, além das hipóteses do CPC/2015 que podem configurar (i) litigância de má-fé (artigos 79 a 81) e (ii) atos atentatórios à dignidade da Justiça (artigos 77, parágrafos 1º e 2º, e 774), a doutrina também reconhece que são contrárias aos princípios da boa-fé e da lealdade (iii) as condutas que, ainda que não tipificadas, caracterizem abuso de direito no processo. Dinamarco preleciona que esse *abuso de direito no processo* constitui violação ao dever de boa-fé (art. 5º do CPC/2015) e sua vedação tem por base a regra geral de direito contida no art. 422³⁶⁸ do Código Civil. Esse abuso, como complementa o jurista, é verificado quando o emprego de meios legítimos de defesa de direitos é desprovido de razoabilidade e proporcionalidade.³⁶⁹

Essa abertura disponibilizada ao juiz no controle ético da relação processual também pode ser vista, em certa medida, no que diz respeito aos atos atentatórios à dignidade da justiça e à litigância de má-fé. Neste último caso, o art. 80 do CPC/2015 elenca hipóteses em que a parte será considerada litigante de má-fé e por uma simples leitura do dispositivo é possível enxergar o uso de expressões amplas e vagas.

O inciso I fala em “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”. Ora, a redação trata de “texto expresso de lei”, o que não traz necessariamente clareza sobre a aplicação do dispositivo. Como já aqui dito, a aplicação de texto legal exige, na verdade, a reprodução da norma para o caso concreto, e não raras vezes

³⁶⁷ Puoli é bastante esclarecedor a esse respeito ao discorrer que essa inclusão do processo no ramo do Direito Público, “de molde a permitir vislumbrar a existência de outras finalidades do processo em contraposição a uma visão privatística que pudesse examinar o fenômeno somente pelo prisma dos contendores, o que, num raciocínio extremo (para não dizer maquiavélico), poderia até mesmo legitimar a utilização de quaisquer meios (mesmo que não éticos) para o atingimento dos fins almejados.” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 179-180).

³⁶⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 305, vol. II.

essa reprodução demanda um esforço interpretativo do julgador diante da incidência de dispositivos legais que se valem de cláusulas gerais e conceitos vagos. Assim, para que qualquer divergência interpretativa não seja considerada litigância de má-fé, a locução “texto expresso de lei” deve ser entendida como as regras dotadas de clareza e precisão. Quanto aos “fatos incontroversos”, Dinamarco explica que “são os notórios ou aqueles que resultem de conquistas científicas idôneas, ou aqueles que de algum modo a parte haja reconhecido ou afirmado no processo mesmo ou extraprocessualmente (incontrovérsia *inter partes*)”.³⁷⁰

O inciso II do art. 80 dispõe que constitui litigância de má-fé “alterar a verdade dos fatos”. Assim age aquele que intencionalmente procura falsear os fatos, afirmando mentiras. Esse dispositivo guarda relação com o inciso I, do art. 77, que expressa o dever do litigante de “expor os fatos em juízo conforme a verdade”. Vale apenas mencionar que esse dever de veracidade no processo precisa ser visto com cautela pelo magistrado, isso porque não parece razoável exigir que a parte exponha todos os fatos de que tenha conhecimento e que interesse a causa. Não se entende aqui que a simples omissão de informações caracterize ilícito processual, uma vez que não cabe à parte oferecer à outra os subsídios para a vitória desta. As partes são sujeitos parciais e é natural e esperado que tenham como objetivo principal fazer valer seus próprios interesses nesse duelo. É o magistrado quem busca o ideal de Justiça, e até em razão disso é que, conforme entende ainda Sidnei Amendoeira Jr.,³⁷¹ defende-se a iniciativa probatória do juiz. As partes agem de forma parcial no processo, buscando apenas a vitória, de modo que o juiz ativo deve suprir eventuais omissões dos litigantes para averiguar a ocorrência dos fatos que formarão seu convencimento.

A utilização de termos vagos e imprecisos também é verificada nos demais incisos, em que o dispositivo utiliza expressões como “objetivo ilegal” (inciso III), “resistência injustificada” (inciso IV), “proceder de modo temerário” (inciso V), “manifestamente infundado” (inciso VI) e “manifestamente protelatório” (inciso VII), para caracterizar a litigância de má-fé. Ao tratar desses dispositivos, Dinamarco esclarece que “as situações concretas devem ser interpretadas com sensata *razoabilidade* e pela óptica da

³⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 306, vol. II.

³⁷¹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 129.

proporcionalidade, de modo a evitar a repressão a condutas que somente revelem astúcia ou espírito de luta, sem transbordar o campo do *excesso*”.³⁷²

Isso só reforça o que se tem dito acerca do incremento dos poderes do juiz, já que cabe a este, no uso de seus poderes éticos, interpretar o texto legal de conteúdo aberto e decidir sobre sua incidência no caso concreto, e então fixar a multa nos limites estabelecidos pelo art. 81, limites esses que concedem boa margem ao magistrado para avaliar as circunstâncias do caso e aplicar a multa que melhor atende à hipótese. E toda essa operação deve ser pautada com base na proporcionalidade.

Além dos casos de *abuso do direito processual* e de *litigância de má-fé*, o Código ainda prevê a possibilidade sanção por *ato atentatório à dignidade da Justiça*, como estabelecem principalmente os artigos 77, § 2º, e 774, além de outros dispositivos como os artigos 903, § 6º, e 918, parágrafo único. Essa conduta de coibição é inspirada no instituto do *contempt of court* presente no direito anglo-saxão, que, segundo esclarece Puoli, “está justamente ligado à necessidade de repressão dos atos das partes que, de forma direta ou indireta, estejam impedindo o bom desempenho da função jurisdicional ou permitindo um descabido e injustificado descumprimento do sentido da decisão final do caso concreto”.³⁷³ De acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, esse instituto pode ser utilizado “com maior rigor e não apenas como mera regra intimidadora como consta no CPC/1973”, até em razão do princípio da cooperação, “erigido à condição de norma fundamental de direito processual civil”.³⁷⁴

Isso porque, ao lado dos poderes executivos, os poderes éticos também podem ser de grande valia para a efetividade da tutela executiva.³⁷⁵ Assim é que o § 4º do art. 77

³⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 313, vol. II. (grifos no original)

³⁷³ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 121.

³⁷⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40, p. 105, junho/2015.

³⁷⁵ Tratando da *contempt of court* ainda no CPC/1973, ensina Dinamarco: “Essa repressão foi concebida em 1973 como instrumental destinado a acelerar a obtenção, pelo exequente, do bem devido. Apoiou-se o legislador na premissa de que o título executivo é em si um atestado da existência do direito, que só excepcionalmente pode ser posta em questão” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 315, vol. II.). Sidnei Amendoeira Jr. trata também da contribuição dos poderes éticos para a satisfação da tutela executiva, fazendo referência ao CPC/1973: “como o grande problema da tutela executiva é justamente a falta de efetividade oriunda das manobras realizadas pelos devedores visando à ocultação patrimonial, entendemos por bem tratar das formas que podem ser encontradas para coibir os atos atentatórios à

estabelece de forma expressa que as multas referentes a ato atentatório à dignidade da Justiça (hipóteses dos incisos IV e VI do *caput* do art. 77) podem ser fixadas independentemente das sanções previstas nos artigos 523, § 1º, e 536, § 1º. Vale dizer, a multa pelo não cumprimento de sentença que determina o pagamento de quantia certa (art. 523, § 1º) ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer (art. 536, § 1º) podem ser cumuladas com a multa aplicada por ato atentatório à dignidade da Justiça, mais precisamente por ofensa ao dever da parte de “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação” (art. 77, *caput*, inciso IV).

Pela leitura dos citados incisos IV e VI do art. 77 é possível constatar que foi seguida pelo legislador a regra de valer-se de expressões amplas e genéricas, o que pode dificultar em estabelecer o alcance dessas disposições, mas ao mesmo tempo viabiliza ao juiz tornar o processo mais efetivo e probo para reproduzir a norma no caso concreto e aplicar a respectiva sanção. Na verdade, esses são dois objetivos que podem ser ressaltados na aplicação dos mencionados dispositivos, isto é, a efetividade da decisão judicial, já que constitui mais uma medida a induzir o adimplemento pelo devedor, e a proibidade na relação processual, por impor sanção àquele que não age de acordo com a boa-fé. De todo modo, é bom destacar, a finalidade principal dessa multa é punir em razão do ato atentatório à dignidade da Justiça, tanto que seu pagamento é destinado aos cofres públicos (art. 77, § 3º), mas isso não lhe retira contornos coercitivos.

A esse respeito, até soa um tanto contraditório o disposto no parágrafo único do art. 774, posto que a multa fixada por conduta atentatória à dignidade da Justiça (conforme hipóteses descritas no *caput*) será revertida em proveito do exequente. A despeito dessa questão, é importante destacar que esse dispositivo também deixa aberta a possibilidade de ser imposta outra sanção ao *contemptor* (“sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material”), assim como o faz o § 2º do art. 77 (“sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis”). Assim, como inclusive explica Dinamarco a respeito dessas disposições legais, não há impedimento para que o *contemptor* também seja tratado como litigante de má-fé, de modo que sua conduta desleal poderá receber cumulativamente o tratamento estabelecido no art. 81: “estando convencido da ocorrência do prejuízo, o juiz da

dignidade da Justiça descritos no art. 600 do CPC, não só punindo a conduta, como também garantindo meios para a efetividade do processo de execução” (Op. cit., p. 187).

execução impõe-lhe a obrigação de pagar as perdas e danos pelo valor do prejuízo causado ao adversário”.³⁷⁶

Embora o art. 774 procure elencar hipóteses que configurem condutas atentatórias à dignidade da Justiça, também se vale de fórmulas amplas e vagas, cabendo ao juiz analisar o caso concreto e eventualmente reproduzir a norma de acordo com algum dos casos arrolados pelo citado artigo legal.

Pelo que se pode observar a partir do que aqui foi dito, o uso dos poderes éticos exige do magistrado fundamentalmente a interpretação dos dispositivos acima mencionados pela óptica da proporcionalidade. Isso para que também não se ofendam os direitos de acesso à justiça e de defesa, que embora não sejam absolutos, não devem ser suprimidos em nome de um excessivo dever de lealdade.

A opção do legislador de fazer uso de conceitos indeterminados, termos vagos e genéricos, permite a melhor avaliação do caso concreto e deixa nas mãos do magistrado meios de tornar o processo mais efetivo e ético. Essa escolha, todavia, é uma via de duas mãos e, conforme bem sintetiza Puoli, “por um lado, expõe-se as partes à possibilidade de ocorrência de eventuais abusos por parte da autoridade judiciárias”, enquanto que, por outro lado,

(...) dá-se vazão à esperança de que, pelo maior exercício desses poderes (e eventuais revisões nas esferas recursais), não apenas se possa ter um processo mais célere e de resultados mais condizentes com a justiça e a vontade do direito material, como, ainda, não seja tolerado seu uso deturpado pela eventual má-fé das partes.³⁷⁷

2.11 Poderes executivos

Passa-se agora a tratar daqueles poderes que, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco,³⁷⁸ também constituem *poderes-fins* ao lado dos decisórios, quais sejam, os executivos. Com a utilização desses poderes, o que se busca não é mais solucionar a

³⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 320, vol. II.

³⁷⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 193.

³⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 313.

controvérsia existente entre as partes e dizer qual delas tem o direito, mas sim tornar efetivo esse direito e dar pleno cumprimento à decisão judicial ou àquilo que se esperava caso adimplido fosse o título executivo extrajudicial.

Já se pontuou diversas vezes linhas acima sobre a importância de observar o máximo aproveitamento e a primazia do mérito, cabendo ao juiz valer-se de seus poderes para impor a efetividade do processo. O art. 4º do CPC/2015 estabelece ser direito das partes “obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, e o art. 6º do mesmo diploma prescreve que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A leitura dos dois dispositivos permite facilmente inferir que o direito das partes de obter, em tempo razoável, a solução da causa engloba também a atividade satisfativa, isto é, a tutela jurisdicional executiva que viabiliza alcançar o resultado prático pretendido pelo direito. Para tanto, a legislação processual confere poderes ao magistrado com o objetivo de produzir resultados úteis aos litigantes e eliminar as crises jurídicas existentes nas relações entre os sujeitos ou grupos de pessoas.

Cumpra anotar que os poderes executivos aqui tratados não se confundem com o processo ou fase de execução em si. Durante a execução, o juiz vale-se também de poderes decisórios, instrutórios, éticos e ordinatórios para a entrega da tutela executiva. E nem os poderes executivos são exercidos tão somente na execução, muito embora nesse contexto é que estejam potencializados e sejam mais comuns. Assim, por exemplo, é o caso de aplicação das astreintes na fase de conhecimento, seja em tutela de urgência ou na sentença.

Nesse sentido, os poderes executivos são exercidos quando a decisão judicial não é cumprida espontaneamente pela parte ou para que esta a cumpra sob pena de aplicação de uma sanção previamente estabelecida. Nessa atividade de fazer cumprir a decisão ou título executivo extrajudicial, o juiz deve utilizar medidas efetivas para que ocorra o adimplemento, ao mesmo tempo em que não pode impor sacrifícios desnecessários ou até mesmo humilhantes ao devedor.

Sobre esse ponto, retoma-se mais uma vez uma questão essencial apresentada neste trabalho, qual seja, a busca de equilíbrio no exercício da função jurisdicional, mais

precisamente na atuação dos poderes do juiz. No que diz respeito especificamente ao tema deste tópico, há dois dispositivos no CPC/2015 que merecem destaque e cuja aplicação deve ser feita conjuntamente. O art. 139, em seu inciso IV, estabelece que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Já o art. 805 prevê que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Como se observa, o citado inciso IV deixa abertura bastante ampla ao julgador para adotar as medidas que entenda necessárias a assegurar o adimplemento, mas até em razão dessa amplitude torna-se essencial realizar a ponderação com o disposto no art. 805, de modo que cabe ao magistrado verificar se os meios a serem adotados mostram-se os menos gravosos para o executado. Fica bem clara aqui a incidência do princípio da proporcionalidade a nortear o uso dos poderes executivos. Dessa forma, de um lado há de buscar-se a satisfação do credor e também o devido cumprimento da ordem judicial; de outro, o devedor não pode ser exposto a situações gravosas desnecessárias ou ter direitos básicos violados.

Vê-se, então, um possível conflito, a ser sopesado pelo magistrado, entre os princípios do resultado e da menor gravosidade ao executado. Cassio Scarpinella Bueno, ao tratar mais especificamente dos artigos 612 e 620 do CPC/1973, fala da necessidade de conduzir uma “execução equilibrada”, com o fim de produzir os resultados materiais voltados à satisfação do exequente, sem que isso se dê ao arrepio dos limites quem também se encontram expressos no “modelo constitucional do processo civil”. Nessa linha, a “execução equilibrada”, segundo o doutrinador, constitui “um verdadeiro resultado *desejável* da esmerada aplicação, em cada caso concreto, dos princípios do ‘resultado’ e da ‘menor gravosidade da execução’”.³⁷⁹

Essa busca por equilíbrio de modo algum pode ser entendida como tolerância a uma proteção excessiva ao devedor. O mencionado inciso IV do art. 139 vem justamente tentar suprir os anseios por resultados mais efetivos diante das crises de adimplemento. Ao atribuir ao juiz esses poderes para adotar diversas medidas com vistas a alcançar a plena

³⁷⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25, vol. I.

satisfação do direito do credor, o ordenamento jurídico impõe ao mesmo tempo o dever de o magistrado determinar tais medidas na proporção em que sejam suficientes para assegurar o cumprimento da ordem judicial, não se admitindo, todavia, comportamento complacente por parte do Judiciário ante o inadimplemento.

O citado dispositivo acaba por autorizar a adoção de meios executivos atípicos, já que se utiliza de expressões com bastante abertura interpretativa, permitindo o uso de “todas as medidas” a “assegurar o cumprimento de ordem judicial”. Essa redação exige que se reavalie o chamado princípio da tipicidade dos atos executivos que, segundo Cassio Scarpinella Bueno ainda sobre o CPC/1973, justificava-se a partir de uma compreensão tradicional de “devido processo legal”. Por essa diretriz, busca-se “restringir os *deveres-poderes* do magistrado para atuar em detrimento do executado e de seu patrimônio”.³⁸⁰ Todavia, a nova previsão legislativa dá maior ênfase aos poderes executivos do juiz, estabelecendo a atipicidade das medidas a serem adotadas para a satisfação material do interesse do credor.

Nessa perspectiva em que é fundamental a noção de equilíbrio, faz-se necessário discorrer sobre os limites que reduzem o espectro de atuação do juiz na satisfação da execução forçada. Assim, Dinamarco explica que esses limites são de natureza política e de natureza física. De acordo com o doutrinador, os “*limites políticos* integram um binômio de equilíbrio entre valores, segundo o qual a execução deve buscar a satisfação integral do credor, mas sem sacrificar demasiadamente o devedor”. Essas regras de limitação política dizem respeito (i) à pessoa do obrigado, (ii) ao seu patrimônio e (iii) aos meios processuais empregados para chegar à satisfação do credor.³⁸¹

³⁸⁰ Scarpinella Bueno deixa claro que mesmo na vigência do CPC/1973 já se verificava a necessidade de reanálise do princípio da tipicidade dos atos executivos: “É que ao mesmo tempo que diversos dispositivos do Código de Processo Civil continuam, ainda, a autorizar, apenas e tão-somente, a prática de atos jurisdicionais *típicos*, no sentido colocado em destaque pelos parágrafos anteriores, é inegável, à luz do ‘modelo constitucional do direito processual civil’, que o exame de cada caso concreto pode impor ao Estado-juiz a *necessidade* da implementação de técnicas ou métodos executivos não previstos expressamente na lei e que, não obstante – e diferentemente do que a percepção tradicional daquele princípio revelava –, não destoam dos valores ínsitos à atuação do Estado Democrático de Direito, redutíveis à compreensão do ‘devido processo legal’”. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22, vol. I).

³⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55, v. IV.

Por essas observações, não é difícil extrair a ideia de proporcionalidade inerente ao delineamento dos limites políticos, com o intuito de afastar medidas arbitrárias e extremamente gravosas à pessoa do obrigado e ao seu patrimônio. Com base nessas regras, não se mostra legítimo recair a execução sobre a própria pessoa do obrigado, como no caso da prisão civil por dívidas, salvo a exceção prevista na Constituição no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia (art. 5º, inciso LXVII). Na mesma linha que preza por um exame equilibrado acerca da medida a ser adotada, é preciso levar em conta a regra da menor onerosidade possível (art. 805 do CPC/2015) antes de atingir o patrimônio do devedor, bem como atentar-se para a impenhorabilidade dos bens essenciais para a vida digna do executado (art. 833 do CPC/2015).

A legitimidade da medida que busca produzir o resultado satisfativo a que o credor tem direito depende da observância desses limites, que servem como fronteiras a dividir o ato válido do ato autoritário (desproporcional). Não raras vezes é tortuosa a tarefa de traçar esses limites no caso concreto, já que a lei nem sempre traz de forma cristalina a regra a ser aplicada. Como se tem dito ao longo deste trabalho, esse acaba por ser um dos grandes desafios do juiz na atualidade, que tem que realizar um esforço interpretativo para que suas decisões, de forma devidamente justificada, estejam em consonância com o ordenamento jurídico.

Além desses limites políticos, Dinamarco ainda trata dos limites naturais à execução, que são “os óbices decorrentes das leis físicas, quer referentes aos bens, quer à vontade das pessoas”. Assim ocorre quando a coisa devida se perdeu ou destruiu, o que exigirá a conversão da obrigação em pecúnia; ou quando o obrigado insiste em não cumprir uma obrigação de fazer, vez que não é possível ao juiz colocar-se no comando e determinar os movimentos corporais do devedor para que se cumpra com a obrigação.

Esses limites permitem delinear até onde os poderes executivos são legítimos e em que medida efetivamente correspondem ao dever decorrente do exercício da função jurisdicional. A execução, como se vê, consiste em uma atividade substitutiva, em que o Estado-juiz assume o lugar do executado para praticar o ato que este último deveria ter realizado. Para que assim o faça, o inciso IV do art. 139 prevê medidas que o juiz poderá adotar na tentativa de satisfazer o direito do credor, quais sejam, indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

As medidas sub-rogatórias são as que melhor expressam o caráter substitutivo da atividade judicial. Constituem aquelas realizadas não apenas pelo juiz, mas também por seus auxiliares ou por terceiros, em substituição ou sucessão do obrigado, como explica Edilton Meireles, “seja praticando o ato que deveria ter sido realizado pelo devedor, seja adotando uma atividade que visa obter o resultado prático equivalente para obtenção da efetividade da tutela necessária à satisfação do titular do direito reconhecido”.³⁸²

Nessa hipótese, a colaboração comissiva do obrigado é dispensada, embora se exija, logicamente, que se abstenha de criar empecilhos para a efetivação da decisão judicial, sob pena de configuração de ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, inciso IV, do CPC/2015), conforme esclarece Edilton Meireles.³⁸³ Como exemplo de medidas sub-rogatórias, pode-se citar a busca e apreensão, cuja realização é feita por auxiliar da justiça, que efetua a procura do bem e o apreende para entregá-lo a outrem.

Embora o juiz possa valer-se dessas medidas sub-rogatórias, o ideal, é claro, seria que o próprio executado satisfizesse a obrigação. Ainda, há situações em que o juiz não possui meios de alcançar o resultado prático equivalente àquele que caberia ao obrigado concretizar. Essas situações são as que envolvem obrigações de fazer ou não fazer infungíveis, como é o caso de um renomado pianista contratado para uma apresentação e que não se mostra inclinado a comparecer ao evento. Como é óbvio, nessa hipótese apenas o executado pode satisfazer a obrigação, existindo um *limite natural* à adoção de medidas sub-rogatórias, de modo que pode o juiz então utilizar-se de medidas coercitivas.

Estas têm como objetivo pressionar o obrigado a cumprir sua obrigação, como são as multas cominatórias ou astreintes. O art. 537 do CPC/2015 prevê de forma bastante ampla a possibilidade de aplicação de multa nos casos de inadimplemento de obrigações de fazer ou não fazer. O juiz poderá aplicá-la tanto na fase de conhecimento quanto na de execução, independentemente de requerimento da parte, devendo fazê-lo de forma proporcional com a obrigação de forma a fixar valor compatível e prazo adequado para o seu cumprimento. Além disso, o § 1º do dispositivo legal confere ao juiz margem de liberdade

³⁸² MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 247, ano 40, p. 235, set./2015.

³⁸³ *Ibidem*, p. 234.

para exercer seu poder de “modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la” de acordo com o caso concreto.

Ao tratar da imposição de multa, Marcelo Bonizzi preleciona que a “insuficiência na atividade jurisdicional pode ser tão danosa quanto o excesso”, de modo que “há violação ao princípio da proporcionalidade quando há excesso no valor da multa, mas também há violação quando a multa é insuficiente”, e isso ocorre “por conta da absoluta falta de *adequação entre os meios adotados e os resultados* que, potencialmente, o sistema visa atingir”.³⁸⁴

Outro exemplo recorrente é a prisão do devedor de prestação alimentar, conforme estabelece o art. 528, § 3º, do CPC/2015. O caráter coercitivo dessa medida fica evidente até pelo fato de o juiz determinar a suspensão do cumprimento da ordem de prisão quando paga a prestação (§ 6º do art. 528), ou deixar de decretá-la quando verificada a impossibilidade de o devedor efetuar o pagamento, já que não faz sentido impor medida tão gravosa cujo objetivo por ela visado sabe-se de antemão que não será atingido, configurando a inadequação do meio. Trata essa prisão civil de uma opção política do sistema brasileiro, que leva em conta a relevância da obrigação que se procura assegurar, com o intuito de proteger o credor, que em geral não tem condições de sobreviver por conta própria.

Como se pode observar, é essencial realizar um juízo de proporcionalidade na utilização de medidas coercitivas, uma vez que elas não podem ser excessivamente gravosas a ponto de nem mesmo se justificarem diante da natureza da obrigação que pretendem ver cumprida. Isto é, o grau de importância do direito do credor impacta na intensidade da medida coercitiva a ser adotada, como ocorre no caso da prestação de alimentos cujo inadimplemento pode acarretar a prisão do devedor.

O fato de o CPC/2015 não delimitar precisamente quais são as medidas coercitivas acaba por proporcionar maior efetividade à tutela jurisdicional para o caso concreto e, ao mesmo tempo, aumenta consideravelmente a responsabilidade do juiz e suas atribuições. Tanto é assim que se discute a legitimidade de se adotar medidas atípicas como a

³⁸⁴ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo* – a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 130. (grifos no original)

apreensão de passaporte do devedor, suspensão de habilitação para dirigir, bloqueio de cartão de crédito etc. Casos como esses serão ainda tratados parágrafos abaixo, mas é importante destacar que o inciso IV do art. 139 pode ser de grande valia para a efetividade da execução, mas também abre ampla margem de atuação ao juiz, o que exige o controle sobre a proporcionalidade das medidas por ele adotadas.

O mesmo vale para as medidas mandamentais, também previstas no referido dispositivo. São elas principalmente úteis nas obrigações de fazer ou não fazer de natureza infungível, mas devem ser adotadas em casos extremos, quando verificado que as outras medidas não proporcionarão o resultado esperado. Isso porque “se o juiz pode alcançar a satisfação da obrigação através da adoção de medidas sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas, deve evitar a expedição de ordem mandamental, já que, o descumprimento da mesma, acarretará na prática de crime de desobediência”.³⁸⁵

Assim, para evitar que se chegue à situação mais radical com a ocorrência de conduta delituosa, é preferível que se adotem outras medidas. Essa circunstância demanda do juiz uma avaliação do caso concreto e da eficácia das medidas, uma vez que poderá haver situações em que de fato seja preferível que o próprio executado cumpra com a prestação. Um exemplo disso pode ser visto nas hipóteses em que cabe a agente público executar a obrigação, pois é possível que se revele mais eficaz e menos perturbadora para a Administração Pública a adoção de medida mandamental do que sob-rogatórias ou coercitivas. Edilton Meireles ilustra com o caso de decisão que ordena a nomeação e posse de agente público, e explica que nessa situação é preferível que o próprio agente público expeça o ato administrativo do que o juiz tenha que adotar medidas de modo a interferir na burocracia da Administração Pública.³⁸⁶

Por fim, cumpre ainda mencionar as medidas indutivas, que ao contrário das coercitivas, em que se impõe ao obrigado uma sanção (desvantagem), procura oferecer uma vantagem ao devedor caso este cumpra a decisão judicial. O próprio CPC/2015 prevê medidas indutivas *típicas*, como a do art. 827, § 1º, que estabelece a redução pela metade dos honorários advocatícios se o executado pagar o valor integral da execução no prazo de três

³⁸⁵ MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 247, ano 40, p. 239, set./2015.

³⁸⁶ Idem.

dias. Também é possível citar o art. 1.040, § 2º, que isenta do pagamento de custas e honorários de sucumbência o autor que desistir da ação, antes de oferecida a contestação, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida por recurso representativo de controvérsia.

No que diz respeito às medidas indutivas *atípicas*, é possível vislumbrar exemplos em que o juiz poderá delas valer-se sem que interfiram na esfera alheia, ainda que as *típicas* sejam mais evidentes. Assim, Edilton Meireles cita a possibilidade de o magistrado dilatar os prazos processuais, como para o

(...) pagamento da quantia certa certificada em decisão judicial, v.g., de 45 dias, desde que o devedor, após a intimação e no prazo previsto em lei de quinze dias (art. 523 do CPC/2015), manifeste-se concordando com o valor apontado pelo credor, renunciando, ainda, ao direito de oferecer impugnação.³⁸⁷

Nessa perspectiva, as medidas indutivas *atípicas* parecem mais raras, uma vez que o próprio Código cuidou de tipificar muitas dessas medidas. Até em relação a isso, é importante mencionar que as medidas aqui tratadas, quando tipificadas na lei processual, devem prevalecer ante o caráter genérico do inciso IV do art. 139. Vale dizer, em nome do princípio da legalidade (ou até do que restou do princípio da tipicidade dos atos executivos), não pode o juiz fazer uso de uma medida atípica se o próprio Código previu a adoção de um procedimento específico.

Isso fica mais claro quando se trata de procedimento de cumprimento de sentença e de processo de execução para pagamento de quantia, já que para as obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa existe a regra da atipicidade dos artigos 536 e 538. O art. 523, § 1º, nessa esteira, prevê a multa de dez por cento ao executado que não paga o débito no prazo de quinze dias. Diante dessa regra expressa, não é permitido ao juiz, sob o fundamento de adotar medida coercitiva atípica, fixar outra multa cominatória em detrimento do citado dispositivo legal. Isto é, a própria regra impõe limites à cláusula do inciso IV do art. 139.

Como visto até o momento, os poderes executivos conferidos ao juiz pelo CPC/2015 muitas vezes são previstos em dispositivos que se utilizam de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o que sem dúvida revela um incremento desses poderes e

³⁸⁷ MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 247, ano 40, p. 243-244, set./2015.

aumento da capacidade criativa do magistrado. Até em razão disso é que se torna essencial apreender os fatores que delimitam legitimamente tais poderes. Já se falou aqui dos limites políticos e naturais dos atos executivos, e também da necessidade de se respeitar as regras que tratam das modalidades típicas de efetivação da tutela, quando existentes, antes de adotar medidas com base no art. 139, inciso IV.

Dialogando inclusive com os citados limites políticos e naturais, o princípio da proporcionalidade, como se tem dito, constitui fator fundamental para o controle dos poderes executivos. Desde o advento do CPC/2015 vem-se discutindo o alcance das medidas atípicas do inciso IV do art. 139, e um tema que tem gerado controvérsias diz respeito à possibilidade de se adotar ou não medidas coercitivas como a apreensão de passaporte, suspensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e cancelamento de cartões de crédito do devedor.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo enfrentou a questão em diversas oportunidades e fez uso da proporcionalidade para afastar a adoção de medidas tão gravosas como essas. No julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2145696-43.2017.8.26.0000,³⁸⁸ o Rel. Des. Neto Barbosa Ferreira, da 29ª Câmara de Direito Privado, proferiu seu voto no sentido de não ser possível determinar o bloqueio da CNH e de cartões de crédito dos devedores para compeli-los a pagar a dívida. De início, argumentou que o art. 139, inciso IV, deve ser interpretado em conjunto com os artigos 8º e 805, de modo a respeitar o princípio da menor onerosidade. Assim, essas medidas foram consideradas abusivas, posto que a execução visa à excussão de bens do devedor para pagamento ao credor, e não a punição pessoal do obrigado. Além disso, tais medidas seriam inócuas, vez que não alterariam a circunstância de inexistência de bens em nome dos devedores.

Fica evidente por esse julgado a preocupação com uma execução equilibrada, fazendo inclusive menção, embora não expressamente, aos limites políticos que veda atingir a pessoa do executado de forma abusiva. Ainda que também não fale de maneira expressa sobre o princípio da proporcionalidade, é possível reconhecer seus elementos na fundamentação da decisão. Assim, não se verificaria o cumprimento do subprincípio da *adequação*, já que essas medidas não alcançariam o resultado desejado; também não estaria presente o elemento da *necessidade*, pois o meio cuja adoção se pretendia mostrava-se extremamente gravoso ao

³⁸⁸ TJSP, AI n.º 2145696-43.2017.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Neto Barbosa Ferreira, j. 18.10.2017, votação unânime.

obrigado, embora fosse possível alegar que não haveria outros a utilizar; quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, a decisão deixou claro que as medidas têm caráter abusivo e não respeitam o princípio da menor onerosidade, de modo que o objetivo por elas pretendido não justifica a gravidade da restrição que seria imposta à pessoa do executado.

Entendimento parecido foi o adotado pela 3ª Câmara de Direito Privado, no Agravo de Instrumento n.º 2012186-31.2017.8.26.0000,³⁸⁹ em que o Rel. Des. Carlos Alberto de Salles indefere medidas de suspensão de CNH e de passaporte, sob o fundamento de que importariam em limitação desproporcional ao direito de ir e vir (art. 5º, inciso XV, da CF) e aplicação de obrigação ao devedor não prevista em lei (art. 5º, inciso II, da CF). Além disso, afirma que ainda seria cabível medida alternativa, tanto que foi determinado de ofício o protesto do título executivo judicial (art. 517 do CPC/2015).

No entanto, no mesmo tribunal há entendimento de que o interesse que se procura satisfazer pode justificar a adoção de medidas gravosas como apreensão de CNH e passaportes. Assim decidiu a 1ª Câmara de Direito Público no Agravo de Instrumento n.º 2108677-03.2017.8.26.0000,³⁹⁰ em que o Rel. Des. Rubens Rihl deixou consignado que, por tratar o caso de cumprimento de sentença em ação de improbidade administrativa em que resta presente o interesse público, estariam preenchidos os requisitos de excepcionalidade e proporcionalidade a permitir a adoção de medidas dessa gravidade.

José Rogério Cruz e Tucci³⁹¹ escreve a respeito do tema e tece críticas a decisões que se valem dessas medidas excepcionais sem nem mesmo atentar-se para sua proporcionalidade. Sustenta o doutrinador que, norteando-se pela legalidade estrita, “apenas depois de terem sido esgotados todos os meios executivos possíveis e de dar oportunidade à manifestação do executado, é que o juiz, com inarredável fundamentação, poderá então deferir aquelas providências atípicas”.

³⁸⁹ TJSP, AI n.º 2012186-31.2017.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, j. 28.03.2017, votação unânime.

³⁹⁰ TJSP, AI n.º 2108677-03.2017.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, j. 17.10.2017, votação unânime.

³⁹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>>. Acesso em 27.12.2017.

Na linha do que foi dito acima, Tucci ensina que as medidas atípicas só podem ser adotadas quando esgotadas as providências tipificadas no Código, devendo-se ainda examinar o caso concreto, “sem olvidar a proporcionalidade entre o meio processual de coerção imposto e o valor jurídico que se busca proteger”. Vale dizer, a natureza da obrigação há que ser levada em conta nessa análise e deve ser relevante a ponto de justificar a adoção da medida extremamente gravosa, realizando-se um exame de ponderação entre os valores em jogo.

Pela abordagem aqui feita sobre essas medidas coercitivas excepcionais, fica mais claro como o princípio da proporcionalidade faz-se necessário para controlar os poderes executivos do juiz. Embora não pareça o ideal conceder tanta margem de liberdade ao magistrado, tanto que seu controle passa a depender do exame a partir de um princípio, o CPC/2015 prezou pela efetividade da execução e fez uso de cláusulas gerais para que o juiz avalie o caso concreto e determine a melhor medida para alcançar o resultado material previsto na ordem judicial.

2.12 Poder geral de cautela

Como se viu acima, os poderes decisórios e executivos são também chamados de *poderes-fins*, uma vez que têm como objetivo último a satisfação do direito da parte, isto é, a entrega da tutela jurisdicional em caráter definitivo. No entanto, para que se chegue a esses atos finais faz-se necessário percorrer um longo caminho que, por sua vez, demanda tempo. Essa é uma relação que o juiz deve ter em mente no exercício de sua função, qual seja, entrega da tutela jurisdicional e tempo para que a efetive.

Se de um lado prima-se pelo máximo aproveitamento para alcançar a decisão de mérito justa (art. 4º do CPC/2015), de outro, a duração razoável do processo impõe-se também como forma de proporcionar justiça (art. 6º). O tempo é um desafio para o processualista, e cabe ao juiz e a todos os demais sujeitos processuais imprimir esforços para que o processo não dure injustificadamente além do que seria razoável. Isso é exigível não apenas em nome do interesse da parte que busca a tutela jurisdicional, mas também para preservar o já mencionado interesse público amplo, na medida em que a lentidão do trâmite

processual contribui para a ineficiência do serviço judiciário como um todo e acarreta maiores custos para o Estado.

Para atenuar os efeitos corrosivos do tempo, a legislação processual prevê a possibilidade de o juiz conceder tutelas de urgência (cautelares ou antecipadas), de modo a evitar o perecimento de eventual direito do requerente ou a perda de elementos que assegurariam o resultado útil do processo. Como a tutela jurisdicional final demanda tempo, ainda mais quando se busca o máximo aproveitamento e a primazia do mérito, há a necessidade de outorgar poderes ao juiz que venham a conferir maior efetividade prática à tutela definitiva pela adoção de técnicas que conservem a utilidade do processo.

Esses poderes aqui são tratados por *poderes gerais de cautela*. É importante mencionar desde já que, embora exista a distinção entre as tutelas “cautelares” e as “antecipadas”, esses *poderes* agora analisados têm por fundamento a situação de urgência para a concessão da tutela, de modo que abrangem tanto as “antecipadas” quanto as “cautelares”. Acerca dessa distinção, Bedaque entende que o termo tutela “cautelar” abrange as duas técnicas com o fim de assegurar a utilidade do processo, quais sejam: a conservativa e a antecipatória. Dessa forma, opta por denominar “cautelar” as tutelas provisórias previstas no CPC/2015, em consonância com o próprio significado da palavra “cautela”, que evoca prudência, proteção, garantia.³⁹²

Não se procura aqui adentrar em polêmicas terminológicas e nem impor uma preferência, mas essas considerações de Bedaque ajudam a vislumbrar que alguns termos podem ter conteúdo mais abrangente do que outra parte da doutrina considera, sem trazer maiores equívocos ou confusões. Assim é que se pode falar em *poderes gerais de cautela*, sem que esta última palavra venha a significar apenas a técnica conservativa das tutelas provisórias.

Tratando agora das disposições do CPC/2015 sobre a matéria, verifica-se que a nova legislação processual, em comparação com o CPC/1973, passou a regular de forma mais organizada e conjunta aquilo que denominou como *tutelas provisórias*. Os artigos 294 a 299 dão a disciplina geral em relação a todas as tutelas provisórias, e nos dispositivos seguintes

³⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, p. 257.

passa-se a regradar cada uma. Nesse sentido, o gênero *tutela provisória* divide-se em *tutela de urgência* (artigos 300 a 310) e *tutela da evidência* (art. 311), enquanto aquela ainda se subdivide nas subespécies *tutela antecipada* e *tutela cautelar*. Ainda, de acordo com o art. 294, as tutelas de urgência (cautelar ou antecipada) podem ser concedidas em caráter *antecedente* ou *incidental*.

Os poderes gerais de cautela, como dito, são aqueles utilizados pelo juiz para assegurar eventual direito do requerente e garantir a utilidade do processo, sempre tendo em vista a urgência na adoção das técnicas conservativa ou antecipatória. Por outro lado, a tutela da evidência não está condicionada ao perigo de perecimento de um direito, de forma que não depende da urgência. Diante disso, não há que se falar em poder geral de cautela quando a hipótese trata de tutela da evidência.

Nesse cenário das tutelas de urgência, é possível observar que a lei processual reservou ao juiz campo considerável de liberdade para exercer seus poderes gerais de cautela, e isso se verifica pelos requisitos para sua concessão, expressados no art. 300 do CPC/2015.

Em sede de *cognição sumária*, cabe ao juiz analisar a “probabilidade do direito” do requerente e “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, condições essas de conteúdo bastante vago, compostas por termos imprecisos que permitem ao magistrado recolher do texto legal maior efetividade ao processo, através do preenchimento dessas expressões vagas com conteúdo referente ao caso concreto. Essa maleabilidade deixada à disposição pela própria lei confere a agilidade necessária para que a função jurisdicional produza resultados efetivos, haja vista a dinâmica das situações da vida, que exigem muitas vezes providências de caráter urgente.

Se, por um lado, essa opção do legislador viabiliza a adoção de medidas mais céleres em prol da efetividade, por outro, implica no fortalecimento da figura do juiz e na ampliação de margens para indesejados subjetivismos. Diante disso, torna-se fundamental estudar os requisitos para a concessão das tutelas de urgência, de modo a delimitar o poder geral de cautela do juiz e, assim, afastar o que poderia ser considerado abuso ou mesmo timidez por parte do magistrado.

2.12.1 Os requisitos para a concessão das tutelas de urgência

De início, um primeiro ponto relevante, e que pode ser considerado como um requisito para o deferimento da tutela de urgência, diz respeito à possibilidade de atuação de ofício por parte do juiz. No que diz respeito às tutelas provisórias *antecedentes*, não se vislumbra que possam ser concedidas sem provocação da parte interessada, já que isso iria contra a regra da inércia da jurisdição (art. 2º do CPC/2015). Tal conclusão é até um tanto lógica, pois não se exerce nenhuma jurisdição sem um processo iniciado pela parte, e nem mesmo seria possível alguma decisão nesse sentido se sequer é possível identificar a relação processual.

Quanto às tutelas provisórias *incidentes*, faz-se necessário ainda fazer distinção entre as *cautelares* e as *antecipatórias*. Como mencionado brevemente acima, a *cautelar* consiste em técnica *conservativa*, vale dizer, é um instrumento que visa a preservar os meios que permitem que o processo seja efetivado de forma eficiente. Já a *antecipada* incide sobre a própria situação jurídica das partes, sobre o direito discutido no processo.

Dinamarco é bastante esclarecedor ao tratar dessa distinção, afirmando que a tutela de natureza cautelar atua sobre o processo e é destinada a preservar os “bens que neste deverão ser submetidos a constrições judiciais”. Já a tutela de caráter antecipado atua sobre o eventual direito das partes, isto é, “vai diretamente às relações existentes entre dois ou mais sujeitos ou entre um deles e dado bem da vida”.³⁹³

Haja vista, então, que as tutelas cautelares têm como fim proporcionar a eficiência do processo, e que é dever do juiz zelar “pelos *elementos exteriores* (bens e fontes de prova) dos quais o processo precisará valer-se para ser apto a produzir tutelas jurisdicionais adequadas”,³⁹⁴ conclui-se que é autorizado ao magistrado empregar meios a preservar esses bens, mesmo sem provocação da parte. Nesse sentido, Dinamarco ainda menciona que esse entendimento conta com o apoio de uma série de disposições previstas no próprio CPC/2015, que estabelecem o poder-dever do juiz de “velar pela duração razoável do processo” (art. 139, inciso II), bem como o de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (inciso III). Ainda, o Código excepciona a regra da impossibilidade de tomada de decisões

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 872, vol. III.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 861.

sem a audiência das partes para os casos de tutela provisória de urgência (art. 9º, parágrafo único, inciso I). Esses dispositivos, como salienta o doutrinador, “devem ser interpretados como portadores da autorização e comando no sentido de que o juiz atue de ofício, concedendo medidas cautelares incidentes”.³⁹⁵

Seguindo essa linha de raciocínio, a mesma conclusão não pode ser aceita para as *antecipações de tutela*, isso porque, nessas hipóteses, atende-se o próprio interesse da partes. Com base na distinção feita linhas acima, as *cautelares* são um instrumento de tutela ao processo e atuam sobre ele, enquanto as *antecipadas* dizem respeito ao direito das partes, incidem diretamente sobre os interesses privados dos litigantes, de modo que prevalece a regra da inércia processual (art. 2º do CPC/2015).^{396 397}

Portanto, vislumbra-se a possibilidade de o magistrado valer-se de seus poderes gerais de cautela sem provocação das partes apenas nas hipóteses de concessão da tutela cautelar em caráter incidental. Nos demais casos, o requerimento do litigante interessado consiste em um primeiro requisito para tanto.

2.12.1.1 A probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo

Feitas as considerações iniciais, passa-se a tratar dos dois requisitos expressos no art. 300 do CPC/2015. E aqui se constata a vagueza dos termos empregados pelo legislador, que foi bastante lacônico nesse aspecto justamente para conceder maior poder

³⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 862, vol. III.

³⁹⁶ PUOLI, valendo-se das lições de Calmon de Passos e Barbosa Moreira e analisando a tutela antecipada do CPC/1973, salienta que não cabe ao juiz antecipar de ofício a tutela nem mesmo quando indisponível o direito em causa, na medida em que “a regra continua sendo a de que o Estado somente poderá interferir na esfera de direito dos interessados depois de proferida decisão definitiva de composição da lide, sendo certo que tal regra somente será alterada na hipótese do interessado expressamente postular a antecipação do momento de produção dos efeitos da tutela jurisdicional por ele visada.” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 152).

³⁹⁷ Dinamarco assim sintetiza a questão das tutelas de urgência e atuação de ofício do juiz: “a) não se concede de ofício qualquer tutela provisória em caráter antecedente, quer se trate de medida cautelar, quer de antecipação de tutela; b) também não se concede de ofício a tutela antecipatória, mesmo quando em caráter incidente ao processo já pendente; c) somente são passíveis de concessão espontânea pelo juiz, sem provocação da parte, as tutelas cautelares incidentes ao processo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 863, vol. III).

criativo ao juiz, permitindo-lhe avaliar as circunstâncias do caso concreto e reproduzir a norma de caráter urgente.

Assim é que a lei impõe a verificação da “probabilidade do direito” (*fumus boni iuris*) e do “perigo de dano” ou “risco ao resultado útil do processo” (*periculum in mora*), colocando ainda como freio ao poder geral de cautela a “irreversibilidade dos efeitos da decisão” no caso das *antecipadas* (art. 300, § 3º, do CPC/2015).

Não é possível de antemão determinar a “probabilidade do direito”, já que sua identificação só é viável levando-se em conta o caso concreto. Ao tratar do *fumus boni iuris*, o legislador não traçou outras especificações e nem trouxe parâmetros para aferir esse conceito jurídico indeterminado que é o vocábulo “probabilidade”. A fórmula aberta utilizada pela lei coloca nas mãos do intérprete a tarefa de determinar aquilo que se caracteriza como “probabilidade” a justificar a tutela de urgência.

O CPC/1973 utilizava as expressões “verossimilhança” e “prova inequívoca” para configurar o *fumus boni iuris* nesse contexto, o que também gerava controvérsias para se determinar em que medida deveria ser verificado o potencial direito da parte. À época da lei processual revogada, Puoli já adiantava que a melhor palavra para expressar a ideia do legislador seria “probabilidade”, uma vez que o uso conjunto das características “inequívocidade” e “verossimilhança” acaba por forçar “uma mistura das duas significações singulares para plasmar uma terceira que realmente exprima, com maior fidelidade, o pensamento do legislador”.³⁹⁸

Nessa perspectiva, a expressão “probabilidade” estaria no meio do caminho entre a *verossimilhança*, que poderia ser entendida como uma mera aparência de verdade, e a *inequívocidade*, que remete muito à ausência de dúvidas a respeito do direito. Mesmo assim, dúvidas existem sobre sua dimensão. A ideia de *verossimilhança* ainda é fundamental para configurar a probabilidade do direito. Uma narrativa inverossímil, sem coerência interna, certamente lança dúvidas sobre a existência do direito do requerente da tutela de urgência, de modo que não permite atingir o grau de probabilidade necessário para ser concedida a medida.

³⁹⁸ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 157.

Essa é uma expressão importante para entender esse requisito: *grau de probabilidade*. Já se pontuou acima que ao juiz não pode ser exigido alcançar a *certeza absoluta* para reconhecer o direito da parte, sendo necessário apenas um alto grau de probabilidade de sua existência. Nessa perspectiva, é óbvio que no deferimento de uma tutela de urgência, que se dá por cognição sumária, o grau de probabilidade do direito é bem mais reduzido, ficando à sensibilidade do magistrado a identificação do *fumus boni iuris* no caso concreto.

Dinamarco esclarece ainda que, ao lado dessa apreciação, que tem por base os valores em jogo e a razoabilidade dos resultados esperados, faz-se necessário observar se há *condições processuais* aptas para o reconhecimento do suposto direito. A esse respeito, fazendo referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aponta o jurista que não há de se admitir tutela de urgência cuja tese que lhe dá suporte seja divergente da orientação jurisprudencial dominante.

Ao lado dessa linha que valoriza os precedentes judiciais, o doutrinador ainda menciona que deve ser verificada a correspondência da tutela antecipatória com o pedido de tutela definitiva. Vale dizer, não se pode perder de vista “o nexo entre as *perspectivas de julgamento* da causa principal e a exigência legal do *fumus boni iuris* como requisito para as medidas urgentes em geral”.³⁹⁹ Seria até ilógico antecipar algo que não pudesse persistir após a sentença final.

Essas duas condicionantes contribuem para alcançar a correta configuração do *fumus boni iuris* e ajudam a delimitar o conteúdo desse requisito, diminuindo conseqüentemente a margem de liberdade do juiz outorgada pelo legislador.

O requisito do *periculum in mora* também não foge desse padrão. Ao usar expressões como “perigo” e “risco”, a lei processual exige que o magistrado analise o caso concreto e diga se este se insere dentro dessas ideias que justificam a medida de urgência. Esse é o requisito que efetivamente fundamenta o poder geral de cautela, na medida em que exige a avaliação dos prejuízos que o tempo pode causar à efetividade do processo e, por consequência, demanda a adoção de práticas pautadas na cautela, na prudência.

³⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 879-880, vol. III.

A despeito da ampla liberdade conferida ao juiz também nesse aspecto, Dinamarco cita situações práticas examinadas na jurisprudência dos tribunais e que contribuem para o delineamento do sistema no que diz respeito ao *periculum in mora*. Assim, um primeiro ponto consiste em salientar que a *simples demora do processo* não pode ser considerado como caracterização da existência do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Em geral, esse *dano marginal do processo*, como é chamado, não justifica a concessão da tutela de urgência, mas é necessário que exista algum elemento adicional para tanto, como, por exemplo, a premente necessidade de dinheiro para custear tratamento de grave problema de saúde.

A *demora no ajuizamento da demanda* também é um fator que pesa contra a concessão da tutela de urgência. Se o sujeito deixa passar longo tempo sem ajuizar ação em busca de uma tutela urgente, isso indica, de modo geral e não necessariamente, que não se caracteriza a urgência necessária para o deferimento desse pedido.

Ainda, *meras conjecturas* do sujeito sobre a situação de perigo não justificam a concessão da tutela de urgência. Há que se comprovar a probabilidade do dano, com a exposição de alguma situação real, não bastando o relato de simples temores subjetivos que não possui base em alguma circunstância fática concreta.⁴⁰⁰

Esses elementos são de grande auxílio na delimitação das fórmulas genéricas utilizadas pelo legislador, o que evidencia também o papel da jurisprudência nessa tarefa ao orientar casos futuros.

2.12.1.2 Os requisitos da tutela de urgência e o princípio da proporcionalidade

Nesse cenário em que o campo de atuação do juiz mostra-se bem vasto, é possível inclusive falar em *discricionariade* no exercício do poder geral de cautela. É claro que afirmar isso depende necessariamente da concepção de *discricionariade* que se tem. Em outro momento deste trabalho, tratou-se desse tema, oportunidade em que foi exposto o

⁴⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 876-877, vol. III.

entendimento de que existe discricionariedade judicial quando o texto legal vale-se de cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Ao abordar os requisitos para deferimento da tutela antecipada do art. 273 do CPC/1973, Puoli defende que a decisão do juiz sobre o tema nada tem de discricionária, uma vez que

(...) o ato de preenchimento dos conceitos de prova inequívoca, verossimilhança, etc. não corresponde a ato integralmente livre do juiz, o qual deverá, à luz das circunstâncias do caso concreto, e dos elementos extraídos da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais dizer o direito no caso concreto.

Assim, para o doutrinador, se identificada a presença dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, o juiz está vinculado a deferi-la.⁴⁰¹

No entanto, a ideia de discricionariedade aqui adotada, como visto, é outra, uma vez que se reconhece sua presença nessas hipóteses em que a lei faz uso de termos vagos. É claro que se o julgador verificar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, deverá conceder a tutela de urgência, ficando vinculado a proferir uma decisão nesse sentido. Ocorre que para identificar a existência desses requisitos no caso concreto, o magistrado vislumbra um considerável campo de liberdade conferido pelo legislador. Vale dizer, é nesse momento, de identificação da presença dos requisitos, que se verifica a discricionariedade que, é sempre bom lembrar, não se confunde com arbitrariedade.

Nessa perspectiva, dizer se há ou não discricionariedade depende muito do que se entende por “discricionariedade”. De todo modo, é inegável o fortalecimento dos poderes do juiz nessa matéria, o que passa a exigir modos de contenção de excessos. Isso se dá não apenas pelos elementos expostos no tópico acima, mas também pela verificação da *proporcionalidade* da decisão.

Nessa análise, com base no princípio da proporcionalidade, diversos fatores devem ser levados em conta, inclusive a questão da irreversibilidade da situação nos casos de tutela antecipada, requisito negativo previsto no § 3º do art. 300 do CPC/2015. A esse respeito, Bonizzi explica que o juiz

⁴⁰¹ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 155.

(...) deve colocar na balança os males que o autor está sofrendo e a irreversibilidade da situação, [...] adotando o entendimento que lhe pareça mais *razoável* naquele momento, não só sob a perspectiva dos fatos que lhe são apresentados (*periculum in mora*), mas também sob o prisma dos aspectos jurídicos envolvidos (*fumus boni iuris*).

Mas o autor ainda destaca que o uso do princípio da proporcionalidade nessa matéria não se resume a verificar a importância dos interesses em conflito, mas, ainda mais relevante, “é pensar nos resultados que a tutela jurisdicional irá proporcionar e, com isso, na justa adequação dos meios utilizados pelo sistema para atingir este resultado, atraindo assim o foco das atenções para os aspectos práticos do processo”.⁴⁰²

Assim é que a proporcionalidade também deve ser ferramenta na avaliação da própria medida a ser adotada, visto que o art. 297 do CPC/2015 dá enorme margem de liberdade o juiz para que tome “as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória”. Para esse exame, vale o que foi dito no tópico acima sobre poderes executivos, pois o parágrafo único do citado dispositivo determina que a “efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

No que se refere aos interesses envolvidos, se de um lado tem-se por objetivo tornar útil a tutela a ser entregue ao final à parte, de outro, há o risco de ofender a segurança da relação jurídica processual e seus princípios informadores, com destaque para o contraditório. Dinamarco aponta para “a necessidade de uma linha de equilíbrio com a qual o juiz leve em conta os males a que o interessado na medida se mostre exposto e também os males que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida”. Nisso reside o *juízo do mal maior*, que se baseia na relação de que “quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz”. A essa ideia associa-se o *juízo do direito mais forte*, que, ainda segundo Dinamarco, deve aconselhar o magistrado “a ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana que somente em casos extremos devam ser sacrificados”. Como exemplos dados pelo próprio doutrinador, citam-se os casos de interferência na

⁴⁰² BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo* – a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 91-92.

economia interna de uma empresa, ou de impedir uma privatização, ou de autorizar uma cirurgia.⁴⁰³

A noção de equilíbrio também deve ser verificada na interação entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Segundo Dinamarco, “não é legítimo avaliar a presença ou ausência da *probabilidade do direito* pensando somente na *probabilidade do direito* e, do mesmo modo, não faz justiça quem investiga sobre a presença de um risco perigoso sem dimensionar essa probabilidade”. Até para minimizar os riscos decorrentes da sumariedade da cognição é que se faz necessário proceder à análise desses requisitos conjuntamente, por meio de um raciocínio integrado, para se chegar “a um resultado equilibrado e proporcional aos perigos que eventualmente a parte possa temer”. Dinamarco sintetiza a questão ponderando que “maior o perigo detectado, menor rigor deverá ter o juiz quanto à probabilidade do direito. Maior a probabilidade de existência do direito, menores deverão ser seus temores na avaliação do perigo que ameaça o demandante”.⁴⁰⁴

Como se observa pelo que se discorreu no presente tópico, o princípio da proporcionalidade é aplicado em circunstâncias variadas quando se trata de tutela de urgência.

Inclusive como forma de proteger a parte atingida pelas tutelas de urgência e diminuir os riscos advindos da cognição sumária, é fundamental não esquecer que essas tutelas são *provisórias*, de modo que cabe ao juiz revogá-las quando não se encontrarem mais os requisitos que justificaram sua concessão. Outro aspecto importante diz respeito à responsabilidade civil objetiva do beneficiário da tutela provisória (art. 302 do CPC/2015), vez que constitui um fator a equilibrar os riscos na análise da concessão dessa tutela. Mas isso só terá algum resultado se de fato for levada a efeito essa responsabilização, funcionando como um “estímulo” para que a parte não formule pedidos urgentes que não se sustentarão em futura cognição exauriente.

Portanto, são diversos os elementos com os quais o juiz precisa trabalhar no exercício do poder geral de cautela, e para tanto deve cumprir a difícil tarefa de equilibrar todos esses fatores para conceder de forma adequada a tutela de urgência.

⁴⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 879-880, vol. III.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 880-881, vol. III.

CAPÍTULO 3: OS LIMITES AOS PODERES DO JUIZ

Nos capítulos precedentes, foram abordadas as causas para o aumento dos poderes do juiz, e se destacou, no segundo capítulo, os aspectos processuais desse incremento. Quando se tratou especificamente de cada um desses poderes (de acordo com a classificação proposta), também foram mencionados limites que dizem respeito especificamente a cada um deles. Assim foi no caso, por exemplo, do poder geral de cautela, em que se delimitaram as noções de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; bem como na questão envolvendo os limites políticos e naturais dos poderes executivos.

Agora cabe discorrer sobre os limites aos poderes do juiz que possuem conteúdo mais genérico, e que valem, se não para todos os poderes mencionados, pelo menos para alguns deles.

Um primeiro ponto que deve ser lembrado diz respeito à própria ideia de *poderes-deveres*. Como se pautou ao longo do presente trabalho, *poder* e *dever* são noções que caminham juntas no contexto das funções estatais. O juiz só possui determinado *poder* na medida em que lhe é incumbido um *dever*, de modo que aquele consiste em um meio para atingir o fim determinado por este.

Nesse sentido, a conclusão a que se chega é que o magistrado pode fazer justamente aquilo que deve fazer. Esse aumento dos poderes que aqui se analisa só é justificado na medida em que visa a atingir um processo mais efetivo, com a entrega de uma tutela jurisdicional plena, justa e tempestiva. Caso extrapoladas as linhas que definem esse dever, a atividade jurisdicional, ao menos nesse aspecto, carecerá de legitimidade por não cumprir com sua função.

Como se vê, essa relação necessária entre *dever* e *poder* constitui o primeiro fator limitador, ainda que bem genérico, aos poderes do juiz. Em outro tópico deste estudo dedicou-se especificamente ao princípio da proporcionalidade, que se afigura como um essencial mecanismo de controle da atividade jurisdicional, coibindo eventuais excessos perpetrados pelo poder estatal.

Não se mostra relevante, e seria mesmo repetitivo discorrer novamente sobre esse princípio, mas é importante destacar aqui seu caráter limitador dos poderes do juiz, principalmente no contexto atual em que o legislador optou por utilizar cláusulas gerais e expressões vagas e imprecisas, como visto acima.

Ainda no que se refere ao controle do excesso de poder, a cláusula do devido processo legal, que possui íntima relação no seu aspecto substancial com a proporcionalidade, também é uma essencial garantia à disposição do cidadão contra o arbítrio estatal. Nesse contexto, não seria equivocada mencionar o princípio do contraditório como fator limitador, já que, como visto, o CPC/2015 em diversos dispositivos privilegia esse princípio e inclusive veda as *decisões surpresa*. Entretanto, além de condicionar principalmente os poderes de direção e decisórios, o *contraditório* também proporciona o incremento dos poderes do juiz, pois a ativa participação das partes no processo contribui para que o magistrado tenha mais elementos para julgar. Ao ter essa melhor compreensão das circunstâncias fáticas que envolvem a lide, o juiz tem condições para adotar uma postura mais ativa para, entre outras condutas, determinar a produção de uma prova com o intuito de esclarecer determinado fato.

Algo semelhante pode ser dito sobre o princípio da igualdade. Embora em um primeiro momento seja razoável afirmar que impõe contornos sobre a atividade do juiz, na perspectiva de que este deve tratar com igualdade as partes, é importante lembrar que o princípio da igualdade busca o equilíbrio real, de modo que cabe ao magistrado promover ações a promover tratamento equilibrado entre as partes. Em alguns contextos, como exemplificado nos tópicos anteriores, isso pressupõe que o juiz adote postura aparentemente desigual para com as partes, mas isso somente na medida em que estas são desiguais.

O próprio dever de imparcialidade vem ganhando nova definição com a aceitação dessa postura mais ativa do juiz. Apesar do que sustenta a corrente *garantista* que inadmitte esse modo de conduta por ferir sua noção de imparcialidade, já se referiu neste trabalho que a entrega da tutela jurisdicional justa depende muitas vezes da atuação de um juiz participativo e não mero espectador do duelo entre os litigantes. Assim, é evidente que a imparcialidade continua e sempre será um dever do magistrado quando se pensa em um processo civil de regime democrático, mas não há que se confundir esse dever com neutralidade, com passividade do julgador.

Em relação a esses princípios do contraditório, igualdade e imparcialidade, Sidnei Amendoeira Jr. coloca-os como *aparentes* limitadores dos poderes-deveres do juiz, uma vez que, até em razão do que se disse aqui nos últimos parágrafos, na maioria das vezes funcionam como estímulo ao aumento desses poderes-deveres.⁴⁰⁵

A respeito desse tema, o autor ainda insere a responsabilidade do juiz como verdadeiro limitador do aumento dos poderes-deveres do magistrado.⁴⁰⁶ Não se concorda aqui integralmente com essa afirmação, mas tão somente porque a possibilidade de o juiz ser responsabilizado pelos seus atos praticados no exercício da função jurisdicional não é propriamente um limite aos seus poderes. Estes se encontram devidamente delimitados e na medida em que são ultrapassados esses limites é que se pode falar em responsabilidade. Para ficar mais claro, a noção de *responsabilidade* não traça limites, mas serve de “estímulo” para que o julgador atue dentro dos contornos exigidos pela função jurisdicional.

Isso não quer dizer, obviamente, que a responsabilidade do juiz deva ser ignorada quando se fala em seus poderes. Na verdade, constitui uma importante forma de contenção da atividade do magistrado. Em escrito do ano de 1996, Ada Pellegrini Grinover já tecia críticas sobre a excessiva timidez no que diz respeito à responsabilização civil do juiz, que seria “praticamente inexistente”, acabando por configurar “mera hipótese acadêmica”. A doutrinadora cita as três instâncias desse mecanismo de controle: *responsabilidade legal* (ou seja, penal, civil e administrativa); *responsabilidade processual* (relativa aos poderes de direção do processo); e *responsabilidade política* (atinente à atuação do juiz em relação à sociedade).

Dessas três esferas de responsabilidade, Grinover afirma que apenas a *processual* afigura-se de alguma relevância na prática, notadamente pela via de mandado de segurança, “que se tem demonstrado um poderoso instrumento, conquanto de natureza hierárquica e interna, contra a ilegalidade ou abuso de poder”. Ao final, arremata a jurista: “Aos acrescidos poderes do juiz no processo; à sua transformação, de árbitro de contendas puramente jurídicas, em árbitro de conflitos sociais e políticos, não podem deixar de

⁴⁰⁵ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 62.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 88-95.

corresponder efetivos mecanismos de controle e fiscalização: seja no sentido negativo, de maior responsabilidade, seja no sentido positivo, de estímulo para ascensão da carreira.⁴⁰⁷

Nesse sentido, só haverá verdadeiros estímulos à atuação dentro dos parâmetros da função jurisdicional se efetivamente for colocada em prática esses mecanismos de controle. No plano teórico, a responsabilidade do juiz já conta com inúmeras previsões normativas: art. 37, § 6º, da Constituição; art. 43 do Código Civil; art. 143 do CPC/2015; e, art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n.º 35/1979).

Feitas essas considerações, passa-se a tratar abaixo acerca dos fatores que limitam os poderes do juiz.

3.1 Os princípios dispositivo e da demanda

Conforme já visto, um dos argumentos utilizados pela doutrina contrária ao aumento da participação do juiz no processo reside no dever de imparcialidade desse agente público, como se a tomada de uma postura ativa escondesse um ímpeto de favorecimento a alguma das partes. Essa linha de pensamento procura ser mais enfática no contexto envolvendo os poderes instrutórios, como mencionado anteriormente, já que caberia à parte e a seu advogado avaliarem a pertinência da produção de determinada prova, dado que são os melhores sujeitos a defender seus próprios interesses em jogo, e não o juiz.

A partir dessa reflexão, há também quem sustente que ficaria a critério da parte dispor de seu direito do modo que melhor lhe aprouvesse. Vale dizer, na hipótese de se tratar de direitos disponíveis, as partes teriam total liberdade para até mesmo negligenciar seus interesses e escolher não apresentar contestação. Em razão disso, no campo probatório, por exemplo, incumbiria ao litigante optar por influir na prova como bem entendesse a ponto de ser escolha sua manter-se inerte. Desse modo, não seria papel do juiz determinar a produção de prova sem provocação da parte interessada.

Esse entendimento, no entanto, restringe severamente os poderes do juiz e não condiz mais com o caráter publicista do processo, o que foi bastante repisado no capítulo

⁴⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 26-27.

anterior. Esse modo de pensar decorre em boa medida de uma noção equivocada do princípio dispositivo, ou ao menos bem limitada deste.

Puoli explica que se acreditava que a conduta ativa do juiz “caracterizaria uma indevida interferência com a esfera de direitos dos interessados, os quais se estariam manifestando por intermédio de atos ou omissões”. Isto é, para essa linha de entendimento a própria omissão da parte em cumprir seu ônus seria fruto de uma opção sua baseada na própria disponibilidade dos interesses em jogo, já que poderia ela renunciar até mesmo o direito material alegado. Era a lógica, como explica o doutrinador, “do **quem pode o mais** (renúncia sobre o próprio direito material) **pode o menos** (p. ex. omissão na prática de atos processuais necessários para produção de prova fundamental para o êxito da versão parcial apresentada pela parte omissa).”⁴⁰⁸

Ocorre que a questão da disponibilidade do direito material deve ser vista de dois modos quanto à sua interferência no processo. Em um primeiro momento, a disponibilidade diz respeito à própria liberdade da parte em ajuizar a ação e formular seus pedidos dando a extensão que deseja, bem como dispor do próprio direito material no curso do processo, valendo-se de renúncia, desistência, transação etc. Já o segundo modo trata do próprio desenvolvimento do processo, isto é, “no sentido de saber-se qual será a divisão entre o campo de atuação do juiz e o das partes”.⁴⁰⁹

Barbosa Moreira cita aqueles que seriam os “pontos sensíveis” mais importantes no que se refere à “divisão do trabalho” entre as partes e juiz no processo, em que se discute maior relevo dado ao papel do órgão judicial ou aos litigantes: iniciativa da instauração do feito, delimitação do objeto do litígio e do julgamento; impulso processual; formação do material de fato e de direito a ser utilizado na motivação da sentença; extinção do processo por ato dispositivo. Ao fazer a abordagem desses “pontos sensíveis” e do grau de influência da vontade das partes e do juiz na realização das tarefas, o jurista verifica que a “divisão dos trabalhos” não sofre influência de acordo com a disponibilidade ou não do direito envolvido.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 24. (grifos no original)

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 25.

⁴¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In _____. *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 38.

E mais, sustenta que, tendo em vista que a disponibilidade da relação jurídica material “não se presta a ministrar a razão suficiente das várias limitações impostas à iniciativa do juiz”, não parece mais aconselhável continuar a usar a expressão “princípio dispositivo”, principalmente com alcance genérico. Essa denominação poderia reputar-se adequada tão somente a um único tópico: “o dos atos de disposição que as partes pratiquem no curso do processo”.⁴¹¹

Nesse sentido, no que se referem aos dois momentos de interferência da disponibilidade do direito material sobre o processo, apenas existem efetivos reflexos sobre a própria relação jurídico-substancial, e não sobre a “divisão de trabalho” entre litigantes e órgão jurisdicional. Quando analisados acima cada um dos poderes do juiz, não se verificou qualquer influência relevante que a (in)disponibilidade do interesse da parte pudesse exercer sobre as iniciativas do magistrado.

Bedaque segue essa mesma linha e afirma que em se tratando “de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão”. E conclui o autor que “essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, e não à processual”.⁴¹²

Complementando esse raciocínio, Puoli destaca que o princípio dispositivo não pode mais ser reputado como justificativa a sustentar de forma intransigente uma atitude passiva do juiz no trâmite do processo. Isso em razão da consciência “a respeito da existência de outros objetivos do sistema processual, objetivos esses outros de caráter público e que, portanto, devem preponderar em relação à eventual disponibilidade do direito material debatido”.⁴¹³

Até em razão desse caráter restrito do princípio dispositivo para limitar os poderes do juiz é que Sidnei Amendoeira Jr. coloca-o na verdade como “aparente” limitador.

⁴¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In _____. *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 42.

⁴¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

⁴¹³ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 26.

Por outro lado, o princípio da demanda (ou da inércia da jurisdição) é que constitui, de acordo com o autor, um verdadeiro limite aos poderes-deveres do juiz: “São as partes que, em função do princípio da demanda, limitam a atividade e os poderes, principalmente os poderes decisórios do juiz, no processo mediante a fixação do objeto do processo”.⁴¹⁴

Os poderes do juiz, de uma forma geral, encontram limites na fixação do objeto do processo. São as partes que traçam essa primeira linha que demarca a atuação legítima do magistrado, e o fazem na formulação dos pedidos. Nessa perspectiva, não cabe ao julgador promover atos de direção do processo incompatíveis com o seu objeto; nem determinar a produção de prova que não terá nenhuma serventia no esclarecimento da controvérsia; ou promover medidas executivas que não satisfarão o bem da vida pretendido; e muito menos decidir sobre algo que não foi pedido no processo.

Isso não quer dizer que não existam abrandamentos ao princípio da demanda. Embora raros, como é o caso do art. 536, *caput*, do CPC/2015, que permite ao juiz determinar modalidade executiva diferente da pedida e de conceder resultado prático equivalente ao da tutela específica requerida, proporcionam mais abertura à atividade judicial e visam a proporcionar maior efetividade do processo.

Puoli, ao se referir ao princípio da “inércia da jurisdição”, ainda vislumbra a possibilidade de o juiz mitigar o sentido do art. 128 do CPC/1973 (art. 141 do CPC/2015) quando a hipótese tratar de “direitos indisponíveis ou de desigualdades de grande amplitude”, de modo a “lançar-se à pesquisa de outras questões da causa que guardem importância para o solucionamento do caso, mas que tenham sido negligenciados pelas partes”.⁴¹⁵ Aqui se concorda com esse posicionamento que privilegia a entrega de uma tutela jurisdicional antes de mais nada justa, mas é claro que isso acaba por deixar o sistema mais vulnerável a arbitrariedades do julgador. Não se nega, porém, que há hipóteses, como no controle de políticas públicas, em que o princípio da inércia da jurisdição tem ainda menor incidência para que seja possível dar o correto atendimento ao interesse público. Isso ainda será mencionado no tópico abaixo, embora seja possível já adiantar que a (in)disponibilidade do

⁴¹⁴ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 75.

⁴¹⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 33.

direito, ainda que não seja uma tônica que influencia a “divisão de trabalho” entre órgão judicial e partes, pode refletir sobre os poderes do julgador.

De qualquer modo, é dever do juiz verificar os pontos controvertidos (art. 357 do CPC/2015) e decidir “o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (art. 141 do CPC/2015). Não é permitido ao magistrado prestar a tutela jurisdicional de forma voluntária, devendo respeitar os limites impostos pelos litigantes.

3.2 Separação dos poderes, princípio da legalidade, dever de motivação e valorização dos precedentes

Discorreu-se, no início do presente trabalho, acerca da atuação do Poder Judiciário e sua posição frente aos demais Poderes estatais. Foi dito que, ao menos no decorrer dos últimos dois séculos, tendo como ponto de partida a Revolução Francesa até os dias atuais, houve uma intensificação de suas atribuições, tanto que há os que afirmam existir um “protagonismo” de sua parte.

Embora aqui se entenda que constitui um exagero falar em “protagonismo”, principalmente em um país como o Brasil em que o Executivo acaba por assumir papel de destaque em uma sociedade ainda afeita ao messianismo e populismo,⁴¹⁶ é inegável que o Judiciário, ao longo do tempo, vem ganhando força e colocando-se em pé de igualdade com o Legislativo e Executivo, em cumprimento à teoria da separação dos Poderes. Isso se reflete na própria Constituição Federal, que elegeu o Supremo Tribunal Federal como seu guardião (art. 102).

⁴¹⁶ A obra *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, de José Murilo de Carvalho, aborda esse tema e faz uma preciosa análise sobre a exaltação do Poder Executivo no Brasil. Vale transcrever um trecho conclusivo da obra: “Uma consequência importante é a excessiva valorização do Poder Executivo. Se os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativa, cria-se a imagem, para o grosso da população, da centralidade do Executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. A fascinação com um Executivo forte está sempre presente, e foi ela sem dúvida uma das razões da vitória do presidencialismo sobre o parlamentarismo, no plebiscito de 1993. (...) Ligada à preferência pelo Executivo está a busca por um messias político, por um salvador da pátria. Como a experiência de governo democrático tem sido curta e os problemas sociais têm persistido e mesmo se agravado, cresce também a impaciência popular com o funcionamento geralmente mais lento do mecanismo democrático de decisão. Daí a busca de soluções mais rápidas por meio de lideranças carismáticas e messiânicas.” (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 221-222).

No entanto, a busca pela harmonia entre os Poderes é uma tarefa árdua em um regime democrático, não sendo raras as situações em que se verifica uma queda de braço entre o Judiciário e o Executivo (ou mesmo o Legislativo). Nesse sentido, o princípio da separação dos Poderes constitui também um limite fundamental à atuação do Judiciário (bem como em relação aos demais Poderes), de forma a traçar as primeiras linhas para a fixação de competências. Um conflito que é observado de forma recorrente nos tribunais brasileiros diz respeito ao choque de atribuições entre Administração Pública e Judiciário.

Apesar de a questão envolvendo o controle jurisdicional dos atos da Administração refletir-se quase que exclusivamente sobre os poderes decisórios do juiz, já que sua discussão acaba por envolver o próprio direito material, é pertinente mencionar esse limite baseado na separação dos Poderes estatais. Na verdade, trazendo o foco de debate para o controle de políticas públicas pelo Judiciário, verifica-se a intensificação dos poderes do juiz, notadamente os instrutórios, de direção e executivos, como se observará mais abaixo.

O que se torna essencial apontar acerca dessa relação entre *separação dos Poderes e função jurisdicional* é a necessidade de o juiz demonstrar sua competência para apreciar determinadas matérias e interferir sobre elas, de forma a respeitar o espaço que foi destinado a cada instituição pela Lei Fundamental. Esse tipo de análise ganha ainda mais relevância em razão das expressões vagas utilizadas tanto pelo constituinte quanto pelo legislador, mesmo porque as próprias linhas que procuram delimitar competências muitas vezes são nebulosas e a tão mencionada harmonia entre os Poderes nem sempre é observada.

Os princípios da *separação dos Poderes* (art. 2º, CF) e da *universalidade da jurisdição* (art. 5º, inciso XXXV) têm especial relevo nessa discussão e precisam ser verificados conjuntamente. Carlos Ari Sundfeld explica que um dos grandes males a ser combatido consiste na aplicação superficial do princípio da universalidade da jurisdição, uma vez que isso “leva à suposição de que universalidade seria sinônimo de onipresença, onisciência e onipotência”.⁴¹⁷

Nesse contexto de interferência da atividade jurisdicional nos atos da Administração Pública, o administrativista preleciona que cabe ao juiz suportar o *ônus da*

⁴¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 217.

competência e o *ônus do regulador*. Vale dizer, cabe ao juiz legitimar sua própria competência, com fundamentação consistente e específica que leve em conta a necessidade de respeitar os papéis dos outros órgãos estatais. Para justificar a intervenção judicial, ainda de acordo com o jurista, não basta invocar princípios jurídicos e reconhecer sua pertinência ao caso, mas “é preciso que o juiz reflita e decida expressamente sobre o problema preliminar de sua legitimação, examinando, inclusive, as possíveis consequências negativas e positivas de sua intervenção na matéria, em lugar do legislador ou do administrador”.⁴¹⁸

Quanto ao *ônus do regulador*, Sundfeld explica que ao julgar com base em princípios, o magistrado exerce função regulatória, e não pode fazê-lo de forma superficial. Se o sistema suporta a delegação da tarefa de regular ao Judiciário, é preciso que os juízes cumpram com os mesmos ônus que têm os reguladores (antever impactos, identificar alternativas regulatórias, estudar as características da regulação existente etc.), de forma a construir uma regulação adequada à realidade e a evitar decisões arbitrárias e voluntaristas.⁴¹⁹

Como se verifica, o dever de motivação torna-se essencial nessa esfera de atuação não apenas para decidir a matéria levada a juízo, mas também para reconhecer/demonstrar a própria competência para decidi-la. Isso uma vez que é o Judiciário quem acaba promovendo sua autodelimitação, e a “maior ou menor disposição dos juízes para usar princípios como base de decisão tem a ver com o papel político que, em cada hipótese, escolherem para si, não somente com questões de racionalidade”.⁴²⁰ Assim, como forma de frear subjetivismos excessivos e dar racionalidade à prestação jurisdicional e ao papel político desempenhado, é essencial que o discurso decisório esteja devidamente justificado, até para que princípios e outros termos vagos não sejam utilizados para a formação de um regime alternativo ao legal.

⁴¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 220.

⁴¹⁹ Assim sintetiza Sundfeld sobre o papel do juiz na regulação: “Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.” (Ibidem, p. 228-229).

⁴²⁰ Ibidem, p. 217.

Se, por um lado, é possível afirmar que há aumento dos deveres do juiz nessa questão, envolvendo a definição de sua competência para controlar atos dos outros Poderes, o que corresponde a uma limitação ao poder de decisão, por outro parece inegável que há um aumento de seus poderes, principalmente os ordinatórios, instrutórios e executivos, quando se está a discutir, por exemplo, políticas públicas.

A esse respeito, Abram Chayes faz referência a um modelo de litigância denominado “*public law litigation*”, cujo objeto consiste na reivindicação de políticas públicas. Esse modelo difere daquele que poderia ser chamado de “tradicional” (“*traditional conception of adjudication*”), cujo debate é travado entre partes privadas sobre direitos particulares.

O autor traça as principais características desses dois modelos e em relação ao chamado tradicional, elenca o seguinte: (i) o processo é bipolar, organizado como uma disputa entre dois indivíduos ou ao menos dois interesses diametralmente opostos; (ii) o litígio é retrospectivo, isto é, a controvérsia gira em torno de eventos já ocorridos; (iii) direito e remédio são interdependentes, de modo que a tutela tem por base em certa medida o conteúdo da violação, hipótese em que o autor é compensado pelo dano causado pelo réu; (iv) o processo é um “*self-contained episode*”, vez que o impacto de seu julgamento está confinado às partes; e, (v) o processo é iniciado pela parte (“*party-initiated*”) e controlado pela parte (“*party-controlled*”).⁴²¹

Já o modelo “*public law litigation*” possui as seguintes características: (i) a estrutura das partes não é rígida, podendo ser alterada ao longo do processo; (ii) a tradicional relação de embate entre os adversários (partes) é relativizada com constantes negociações e mediações; (iii) o juiz é a figura dominante na organização e condução do processo, determinando entre outras prerrogativas a apuração de fatos; (iv) o envolvimento do juiz vai além da decisão final e continua na administração e implementação da política formulada no processo; e, (v) a tutela tem um caráter prospectivo, voltado para o futuro.⁴²²

⁴²¹ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, p. 1282-1283, mai.1976. (tradução livre)

⁴²² Ibidem, p. 1284. (tradução livre)

Nesse contexto de *interesse público*, é inegável o incremento dos poderes do juiz, mas há que se destacar que esse aumento é justificado em razão dos deveres decorrentes da atividade de *regulador*, já que terá que avaliar todos os impactos da nova política pública pretendida, comparando-a com a existente, avaliar seus custos, pontos negativos e positivos etc. Isto é, o aumento dos poderes instrutórios, de direção e executivos consiste em uma consequência dos deveres que recaem sobre o juiz na decisão de temas envolvendo políticas públicas, haja vista as características da matéria envolvida.

Não se tem aqui por objetivo discorrer sobre o controle jurisdicional de políticas públicas ou de atos da Administração Pública, pois esses temas exigem estudo próprio, mas os comentários até aqui feitos ajudam a demonstrar que o princípio da separação dos poderes tende a ser um limitador dos poderes decisórios do juiz. Retomando as lições de Sundfeld, tem que se reconhecer que “parte importante da ordem jurídica atual se dirige ao legislador e ao administrador público e tenta antecipar seu trabalho na construção de direitos – por meio de normas iniciais, de princípios”.⁴²³ É claro que ao Judiciário caberá controlar eventuais falhas e omissões, mas não pode fazer as vezes do Legislativo e do Executivo sempre, uma vez que não lhe incumbe sempre produzir a norma jurídica.

O uso de princípios e expressões de conteúdo escasso não pode servir de expediente para a construção de um regime legal próprio do juiz, ignorando regras infraconstitucionais. Nesse sentido é que o princípio da legalidade mostra-se como um limitador a todos os poderes do juiz, tanto que a legalidade é citada como norma fundamental do processo civil pelo CPC/2015 (art. 8º).

Neste trabalho discorreu-se acerca da reprodução da norma jurídica pelo juiz e também sobre a existência de discricionariedade judicial (com as ressalvas quanto àquilo que se entende por “discricionariedade”). Nas oportunidades em que foram tratados esses assuntos, frisou-se que o entendimento aqui adotado não fere o princípio da legalidade, isto é, reconhecer a discricionariedade judicial e a reprodução da norma pelo magistrado não implica afirmar que a lei pode ser ignorada. É bom lembrar, o texto legal deve ser respeitado e é a partir dele que o juiz produzirá a norma, levando em conta as especificidades do caso concreto.

⁴²³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 217.

Também quanto à *discricionariedade* a ideia é a mesma. Reconhece-se aqui a discricionariedade judicial quando o texto legal é composto por cláusulas gerais ou conceitos jurídicos “indeterminados”. Para Eros Grau, *interpretação e discricionariedade* são duas ideias distintas, uma vez que a primeira consiste na formulação de *juízos de legalidade*, enquanto a segunda é exercitada mediante *juízos de oportunidade*. Assim, na interpretação, ainda que existam lacunas normativas, o juiz não produz normas livremente e estará sempre vinculado pelos textos legais. Enquanto no juízo de oportunidade há a opção entre indiferentes jurídicos, segundo o autor, procedida subjetivamente pelo agente.⁴²⁴

Como já esclarecido neste estudo, diverge-se desse posicionamento que enxerga a discricionariedade como algo não vinculado a textos normativos. Como aqui se procura trazer a ideia de discricionariedade do Direito Administrativo, é fundamental mencionar que o Administrador Público, mesmo no exercício de competência discricionária, também deve observar a legalidade e está sempre vinculado a atingir o interesse público, ainda que não se possa afirmar de antemão como se alcançaria e qual seria especificamente essa meta no caso concreto. Fala-se em discricionariedade justamente porque nem sempre é possível definir exatamente qual seria a medida que melhor atenderia o interesse público, de modo que a falibilidade do ser humano permite afirmar que pode existir mais de uma decisão correta para o caso.

Essa é a noção que se traz para o contexto da função jurisdicional. Ao decidir com base em cláusulas gerais e conceitos vagos, o juiz não está isento de respeitar a lei, sendo-lhe obviamente vedado erigir um regime alternativo ao imposto pelo legislador. Mesmo no caso dos princípios, que possuem baixa densidade normativa, ao julgador não cabe aplicá-los descurando-se de observar a lei, em expediente retórico para facilitar e legitimar a superficialidade da decisão, carregada de voluntarismo.

Puoli adverte que “ressalvadas situações excepcionais, não podem tais princípios ‘generalistas’ servir de fundamento para conferir o direito e exclusivo critério para solução de casos práticos, em especial no âmbito processual”. E complementa que “os princípios constitucionais do processo têm sim alcance amplo, mas que tal alcance não é ilimitado”, e torna-se “fundamental que o aplicador do direito esteja disto ciente, de forma a

⁴²⁴ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89.

não menosprezar a lei, nem tampouco querer utilizar-se rotineiramente de princípios de texto genérico como pretexto para afastar regras legais postas para detalhamento e regulação dos casos da vida”.⁴²⁵

Assim, não se pode admitir que o julgador valha-se de “belas” expressões e “bons” princípios como meio de ocultar voluntarismos, mesmo porque não se pode ignorar que fórmulas vazias eventualmente podem ser utilizadas como instrumento retórico para desrespeitar a própria lei. Nesse sentido, além do princípio da legalidade, o dever de motivar é um essencial limitador dos poderes do juiz (quaisquer deles). O art. 489, § 1º, incisos II e III, do CPC/2015, já constitui um importante limitador à aplicação de princípios ou qualquer expressão vaga.

Já se disse aqui que é um equívoco afirmar que a discricionariedade (ao menos em seu conceito aqui adotado) isentaria o aplicador da norma de motivar sua decisão. Na verdade, é justamente nesse ambiente em que incidem cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que a motivação faz-se ainda mais premente. No Direito Administrativo, o exercício de competência discricionária pressupõe a devida motivação do agente público, que tem o dever de demonstrar que seu ato atende ao interesse público.

No caso da função jurisdicional, isso não é diferente. A motivação tem o fim de afastar arbitrariedades e o excesso de poder. Essa é a *função extraprocessual* da motivação a que faz referência Taruffo, “estritamente conexa com o conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz”. Constitui um modo de controle do poder estatal, tanto que o doutrinador italiano faz referência ao seu *valor político fundamental*: “é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as ações pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto”. Ainda segundo Taruffo, o controle do exercício do poder constitui a base da sociedade, de modo que se trata de um valor político *em si*. Ao lado desse valor político fundamental, o dever de motivar também assume um valor político *instrumental*, “já que através do controle sobre a motivação é possível verificar se

⁴²⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In *Direito Processual Constitucional*. José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Ricardo de Barros Leonel (coords). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 124-125.

outros princípios fundamentais foram realizados, como o da legalidade e o da imparcialidade na administração da justiça, típicos do moderno Estado de Direito”.⁴²⁶

Já a *função endoprocessual* da motivação é conexas ao problema da impugnação da decisão judicial, já que serve às partes para avaliar a oportunidade de apresentar recurso, bem como ao juízo recursal na análise da correção da decisão impugnada. Taruffo explica que o que se exige do juiz nesse contexto “não é a sua psicanálise ou de autoanalisar-se: pede-se, porém, que exponha argumentos em função dos quais o observador externo (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada”. Ainda de acordo com o jurista, “na realidade, não sabemos e não podemos saber nada sobre quais foram as efetivas ‘razões reais’ que determinaram a decisão e até onde uma decisão pode ser bem justificada independentemente do modo pelo qual o juiz veio a formulá-la”.⁴²⁷

Vale dizer, há diferença entre os mecanismos psicológicos que levaram o juiz a decidir de determinada maneira e aquilo que efetivamente está descrito por meio da motivação. É em relação a este última “etapa” que se exige a construção racional dos argumentos que conduzem à tomada da decisão, posto que é impossível saber o que se passou na mente do julgador.

Assim, o discurso formulado pelo juiz deve ter estrutura lógica coerente e de acordo com o ordenamento jurídico. Já se pontuou aqui que, conforme lições de Eros Grau, a interpretação do texto legal não é pautada na alternativa verdadeiro/falso, mas sim naquilo que é aceitável, justificável. Não se pode falar que para todos os casos jurídicos existe apenas uma resposta correta, ainda que o intérprete encontre-se vinculado ao sistema legal.

Nessa perspectiva, o dever de motivar mostra-se ainda mais premente, e o CPC/2015 dedicou bastante atenção a isso, como se observa principalmente pelo seu art. 489. Humberto Theodoro Jr. e outros inclusive preferem utilizar o termo *fundamentação* em detrimento do *motivação*. Isso porque, de acordo com os autores, “a motivação seria o apontamento *pelo juiz* dos elementos que *ele* – de modo individual e solitário – considerou

⁴²⁶ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 21.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 19.

mais relevantes no caso e que fizeram que *ele* tomasse tal decisão em determinado sentido – e não em outro”. Já a fundamentação contém a ideia de “abertura dialógica – inerente a uma leitura contemporânea de contraditório – (...), por meio da qual deverá o magistrado convencer as partes e a sociedade da correção de sua decisão”.⁴²⁸

Ainda de acordo com os doutrinadores, não haveria mais espaço para o entendimento de que o magistrado não estaria obrigado a pronunciar-se sobre todas as alegações trazidas pelas partes, já que é contrária à exigência de fundamentação e ainda vê a decisão judicial como um ato de criação solitária do juiz.⁴²⁹

Essa mentalidade, caso efetivamente absorvida pelos magistrados, contribuirá também para a adequada formação dos precedentes. É ainda comum a utilização de súmulas para decidir uma causa sem se proceder à análise dos julgados que serviram como base à sua edição. O inciso V do art. 489, § 1º, do CPC/2015, veda esse tipo de conduta, impondo real dever de motivar (ou fundamentar). Como tratado em outro momento deste trabalho, a valorização dos precedentes funciona como “direito em cadeia”, em que o julgador, ao proferir uma decisão, deve observar os precedentes pertinentes e ainda construir adequadamente o discurso decisório para que este sirva eventualmente como precedente para uma decisão futura.

Assim o dever de motivar cumpre essa dupla função quando se trata desse novo direito jurisprudencial inaugurado pelo CPC/2015. Em uma primeira etapa exige que o julgador verifique a aplicação de determinado enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, justificando tanto a sua incidência (art. 489, § 1º, inciso V) quanto as razões para não seguir o entendimento ali exposto (art. 489, § 1º, inciso VI). Além disso, proporciona que o julgado tenha condições de vir a ser, eventualmente, também um precedente, primando pela integração do direito.

Essa valorização dos precedentes, então, constitui novo e importante fator a limitar os poderes do juiz. Junto com a motivação possui relevante papel no freio à anarquia interpretativa, fruto de arbitrariedades que muitas vezes buscam legitimação pela aplicação de

⁴²⁸ THEODORO JR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 303-304.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 307.

princípios. É bom mencionar: aqui não se procura transmitir um ideal romântico que acredita que com esses limitadores os problemas da justiça brasileira estarão resolvidos. O quadro extremamente problemático que se verifica não será revolucionado com base nesses pontos, mas ao menos consistem em pequenos passos que, se adequadamente adotados, servirão para melhorar o cenário que hoje se visualiza.

3.3 Preclusão *pro judicato*

A *preclusão* constitui importante forma estabelecida pelo legislador para controlar o tempo no processo e tem grande importância para a rigidez do procedimento do sistema brasileiro. É por meio desse instituto que se impede que questões sejam rediscutidas indefinidamente, prejudicando a marcha processual; permite que se siga em frente com o trâmite do processo, de modo a evitar a confusão e a morosidade.

Dinamarco explica que a preclusão dá apoio às regras que regem “a ordem sequencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição em fases – fazendo-o mediante a imposição da perda de uma faculdade ou de um poder em certas situações. (...) Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela *aceleração processual*”.⁴³⁰ É instituto que limita a prática de atos pelas partes e também pelo juiz.

A preclusão é fenômeno ligado de modo geral às atividades das partes, mas isso não indica que não ocorra em relação a atos praticados pelo juiz no processo. De todo modo, existe diferença no que diz respeito à incidência desse instituto quando comparadas a situação dos litigantes e do julgador, e isso se deve em razão da posição jurídica assumida por cada um desses sujeitos processuais.

Como visto anteriormente, o juiz possui apenas *poderes-deveres* no processo, sendo-lhe estranha a figura do *ônus* ou da *faculdade*, estas últimas que, por sua vez, estão presentes quando se tratam das situações jurídicas das partes. Heitor Sica salienta que “as posições jurídicas ativas das partes se inspiram em *interesses próprios*, ao passo que as do juiz no *interesse público*”, e tendo em vista essas diferenças, faz todo o sentido tratar de forma

⁴³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 529, vol. II.

diversa, nesses dois aspectos, o fenômeno da preclusão, já que este justamente impõe limites sobre os atos exercidos dentro da relação jurídica processual.⁴³¹

Nesse sentido, de acordo com o doutrinador, a preclusão, na acepção do julgador, que é a que interessa neste estudo, “é fenômeno que impede o juiz de rever questões incidentais anteriormente resolvidas, fora dos casos expressa e taxativamente previstos em lei”. Com o intuito de melhor compreender o instituto nessa acepção, Sica explica que se pode recorrer à definição por exclusão, isto é, verificar as hipóteses em que essa preclusão não se aplica. Duas categorias são mencionadas a esse respeito. A primeira faz referência às “brechas” dadas pela lei processual a permitir que o magistrado retrate-se da decisão anterior, *independentemente do seu conteúdo* (como na hipótese de o juiz reformar a própria decisão interlocutória diante da interposição do agravo de instrumento, nos moldes do art. 1.018, § 1º, do CPC/2015); a segunda, pelo contrário, trata das hipóteses em que a retratação é viável em razão do conteúdo da questão resolvida, “não se sujeitando à forma específica, tampouco provocação direta do interessado”.⁴³²

Como se observa por essa definição de Sica, esse fenômeno, quando aplicado ao juiz, limita-se basicamente à *preclusão consumativa*. A doutrina costuma classificar a preclusão em ao menos três tipos: temporal, consumativa e lógica. Dinamarco ainda faz referência à preclusão mista, que ocorre “quando presentes cumulativamente dois fatos, que são o decurso do tempo e o prosseguimento do processo”, como na hipótese da faculdade de manifestar-se sobre fatos novos ou documentos apresentados pelo réu em sua defesa, que não se extingue apenas no decorrer do prazo, mas sim quando decorrido este e em seguida vier a ser realizado um ato (como o saneamento do processo).⁴³³

Quanto aos demais tipos de preclusão, pode-se dizer o seguinte: (i) a *temporal*, como o nome sugere, ocorre com o decurso do prazo sem que a parte interessada tenha praticado o ato do qual tinha o poder, o ônus ou a faculdade de realizar; (ii) a *lógica* consiste na prática de dois atos incompatíveis entre si; e, (iii) a *consumativa*, que é a consequência do exercício do próprio ato, sem poder praticá-lo novamente.

⁴³¹ SICA, Heitor. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107-108.

⁴³² *Ibidem*, p. 183.

⁴³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 529-530, vol. II.

Dessas espécies, verifica-se apenas a *consumativa* como incidente sobre a atividade do juiz. Sidnei Amendoeira Jr., ao tratar da preclusão temporal e os atos do julgador, afirma ser pertinente fazer a distinção entre prazos próprios e impróprios. Somente para os primeiros há que se falar em preclusão, vez que são aqueles instituídos para que as partes cumpram a seu critério os *ônus* processuais. Já os prazos impróprios, que são aqueles destinados ao magistrado, referem-se à prática de atos voltados ao cumprimento de um *dever* (consistente no exercício da função jurisdicional). Nessa linha, ainda que o juiz deixe de praticar o ato, e mesmo que o prazo para que o faça tenha se esaurido, o dever de realizar esse ato permanece, justamente por se tratar de um dever, envolvendo interesse público e não privatístico de seu agente. Resume Amendoeira Jr. que “o esgotamento do lapso temporal destinado à sua prática [do ato] não esgota a necessidade de que o mesmo seja praticado, daí que não é possível falar em preclusão temporal *pro judicato*”.⁴³⁴

No que diz respeito à preclusão lógica, a razão de sua inexistência perante a atividade do juiz decorre da própria preclusão consumativa. Para que se verifique a preclusão lógica em determinado caso, deve ocorrer a prática de atos incompatíveis pelo mesmo sujeito processual. No entanto, como esclarece Amendoeira Jr., quando

(...) o juiz tiver praticado determinado ato, (...) ele não poderá praticar outro ato (lógico ou não), não em função da preclusão lógica, mas em função da própria preclusão consumativa, ou seja, independentemente do conteúdo, a segunda decisão já não pode ser praticada, em função de existir uma primeira.⁴³⁵

Isto é, a preclusão consumativa constitui limitador que se configura antes mesmo da possibilidade de se falar em preclusão lógica.

A partir dessas considerações, é possível se ter a ideia de que a preclusão *pro judicato* está relacionada mais diretamente com os poderes decisórios do juiz, em que se mostra mais evidente a aplicação da regra do art. 507 do CPC/2015. No entanto, também pode ser verificada no poder geral de cautela e até mesmo nos instrutórios.

Na verdade, a discussão sobre a preclusividade das decisões concernentes a tutelas de urgência é relevante e leva em conta dois fatores que se opõem nesse contexto: o

⁴³⁴ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 96.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 97.

caráter sumário da cognição do juiz e a necessidade de se conferir certa estabilidade a esse tipo de decisão.

Heitor Sica entende que a liminar anteriormente concedida pode ser revogada ou modificada (e o mesmo vale no caso de concessão de liminar anteriormente denegada), mas desde que tenha ocorrido alteração no estado de fato, ou se foram apresentados aos autos outros elementos probatórios a permitir o aprofundamento na cognição judicial. De um lado, faz-se premente conferir alguma estabilidade para as tutelas de urgência, pois não se pode “aceitar a insegurança que se provocaria se o juiz pudesse, a todo momento, alterar essa atribuição provisória a um dos litigantes, sem qualquer tipo de freio”. De outro, se aprofundada a cognição judicial ou alterado o estado de fato que embasara a decisão anterior, não há óbice para que a questão volte a ser apreciada, visto que, do contrário, “estaríamos admitindo o absurdo de que decisão proferida com base em cognição superficial e, muitas vezes, sem exercício do contraditório vincule o juiz que a proferiu em momentos subsequentes, em que já houve aprofundamento da questão”.⁴³⁶

Inclusive, afirma o doutrinador, apoiando-se nas lições de Teresa Arruda Alvim Wambier, que não se fala propriamente em alteração da decisão proferida anteriormente, mas sim em nova decisão, o que afasta ainda mais a problemática envolvendo a preclusão.⁴³⁷ Amendoeira Jr. também compartilha desse entendimento ao expressar que, nesse mesmo caso, “estaremos diante de uma decisão nova, fundada sobre novos fatos e não diante da revogação da decisão anterior apenas que vinha fundada sobre arcabouço fático incompleto”.⁴³⁸

O mesmo raciocínio é utilizado pelo autor no que diz respeito aos poderes instrutórios. Fazendo referência ao art. 130 do CPC/1973 (art. 370 do CPC/2015), cita o exemplo de o juiz indeferir inicialmente a produção da prova oral e, após realizada a prova pericial com a colheita de novos elementos, concluir na verdade pela pertinência da produção da prova anteriormente indeferida diante de novos esclarecimentos trazidos pelo resultado da

⁴³⁶ SICA, Heitor. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 258-260.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 260-261.

⁴³⁸ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 99.

perícia. Assim, pode o magistrado determinar a realização da nova prova, mesmo porque “a primeira decisão não impede a segunda, já que proferidas com base em situações diversas”.⁴³⁹

Heitor Sica salienta que o fenômeno da preclusão mostra-se bastante atenuado no que diz respeito aos poderes instrutórios. Isso em razão da natureza dinâmica que a fase instrutória ostenta. Referindo-se também ao art. 130 do CPC/1973, sintetiza que “se a lei confere ao juiz o poder de agir de ofício no terreno probatório, também é razoável que se desvincule o poder de rever decisão anterior da iniciativa da parte de dela recorrer”.⁴⁴⁰

⁴³⁹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 99.

⁴⁴⁰ SICA, Heitor. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 242-243.

CONCLUSÃO

O estudo dos poderes do juiz exige, como se viu, uma análise que parte desde a posição do Judiciário frente aos demais Poderes estatais, passando pela atual caracterização da função jurisdicional, até a abordagem dos dispositivos legais que regulam sua postura no processo civil.

No primeiro capítulo deste trabalho, deu-se uma visão ampla do papel exercido pelo Poder Judiciário na atualidade, que assumiu nas últimas décadas, ao menos nos Estados democráticos, uma posição equivalente comparado com os demais. Dentro do quadro dos Poderes do Estado, verifica-se que esse enquadramento do Judiciário é mais condizente com a ideia de harmonização junto ao Legislativo e ao Executivo.

Não se pode negar também que, no momento atual, em que se observa em diversos países democráticos a ascensão do populismo, seja de orientação política de esquerda ou de direita, as supremas cortes passam a ter papel de relevo na preservação de direitos fundamentais previstos nas constituições. É assim que, como escreve Hamilton, defende-se a Lei Fundamental da tirania da maioria.

Junto dessa abordagem sobre a posição do Judiciário dentro do quadro político constitucional, também foi analisada a feição contemporânea da função jurisdicional com o intuito de melhor esboçar o contexto em que se inserem os poderes do juiz. Nesse sentido, a chamada “crise do direito” demandou dessa função uma nova gama de atribuições consistente em suprir o déficit da legislatura, que não consegue acompanhar o dinamismo dos acontecimentos sociais para devidamente regulá-los.

Diante disso, a função jurisdicional abre consideravelmente o seu leque de competências, principalmente quando comparada com aquela visão dos positivistas da Revolução Francesa, que enxergavam o juiz como mera boca da lei. O fenômeno da constitucionalização do direito contribuiu consideravelmente para isso, além de permitir que questões cuja solução não se encontre na legislação infraconstitucional sejam buscadas também na Constituição.

Esse expediente, no entanto, confere alto grau de liberdade ao juiz e abre campo para eventuais subjetivismos, já que se vale da aplicação de princípios com baixa densidade normativa. Outro recurso utilizado para suprir a “crise do direito” consiste na escolha do próprio legislador de inserir no texto legal cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, permitindo ao magistrado proferir a decisão mais justa para o caso concreto dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei.

Essa atividade desenvolvida pelo juiz deve levar em conta também as características da função jurisdicional na contemporaneidade, atentando-se aos escopos do processo, seu caráter instrumental e a necessidade de se relativizar o binômio direito material e direito processual. Como visto, o exercício dessa função tornou-se bastante complexo diante dessas inúmeras atribuições, somando-se ao fato de que o Judiciário ganhou maior relevância junto aos demais Poderes estatais e passou a decidir também questões de ordem política, promovendo o controle do Executivo e do Legislativo.

Nessa perspectiva, até em razão de toda a complexidade envolvendo a aplicação do direito, é possível afirmar que o juiz produz a norma jurídica quando profere uma decisão. Há que se fazer a distinção entre texto legal e norma, sendo que esta é o produto da interpretação daquela. Muito se disse ao longo do presente trabalho que o julgador produz a norma jurídica, mas é importante frisar também que qualquer intérprete do texto legal realiza essa operação, apenas é o magistrado o intérprete autêntico. Aliás, diversos conflitos são solucionados sem que sejam levados ao Judiciário, já que cabe às partes interpretar a lei e muitas vezes chegam por si próprias a um consenso.

Também não se quer dizer que, com isso, o juiz possua ampla liberdade, como se criasse o direito sem qualquer baliza. Na verdade, a própria lei já constitui um grande limitador, de modo que não é permitido ao juiz, a não ser em casos excepcionais de inconstitucionalidade, extrapolar os contornos por ela traçados. Em suma, afirmar que o magistrado produz o direito não corresponde, de maneira alguma, dizer que lhe é possível contrariar o princípio da legalidade.

Nesse contexto, não há como negar que o atual estágio da função jurisdicional consistiu no incremento dos poderes do juiz. A despeito de os argumentos da corrente garantista terem relevância nesse debate, constituindo um contraponto necessário, o que se

verifica, pelo menos nos ordenamentos brasileiro, inglês e português, é a presença de um juiz ativo na condução do processo.

Essa abertura para que o magistrado assumira uma postura mais ativa decorre da própria lei, que muitas vezes utiliza-se de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados para que o juiz tenha maior liberdade no exercício de sua atividade e possa atingir as finalidades inerentes à função jurisdicional. Diante dessas circunstâncias é que se reconhece aqui a existência de discricionariedade judicial. Conforme desenvolvido no Capítulo 2 deste trabalho, afirmar que há discricionariedade no âmbito judicial depende muito da própria ideia que se tem de “discricionariedade”. Como visto, adotou-se definição trazida do Direito Administrativo que aponta que existe discricionariedade na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, ainda que se reconheça o dever de atingir, da melhor forma, uma finalidade expressa em lei.

Em razão desse cenário em que o julgador encontra balizas não muito precisas para cumprir sua tarefa, o princípio da proporcionalidade mostra-se uma ferramenta essencial. Já no início foi dito que a ideia de equilíbrio permeia os temas analisados neste estudo, constituindo um verdadeiro objetivo para que a decisão seja justa. Com o intuito de não deixar margens muito amplas de liberdade ao juiz, uma vez que a própria ideia de “proporcionalidade”, por si só, não é precisa, procurou-se elencar seus subprincípios de modo a permitir sua aplicação de forma mais racional, privilegiando a motivação e o controle das decisões.

A esse respeito, verificou-se que o CPC/2015 procura imprimir um modelo cooperativista de processo, com disposições muitas vezes genéricas que exigem a colaboração entre o juiz e as partes. Os sistemas processuais inglês e português também procuram seguir essa toada, mitigando os traços de seus respectivos modelos (*adversarial* para o primeiro e *inquisitorial* para o segundo) para uma ótica mais cooperativa.

Dessa nova proposta do CPC/2015 decorrem outros deveres ao magistrado (*esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio*) que, todavia, tornam ainda mais complexo o exercício de sua função. Em alguns dispositivos desse diploma, o “dever” de colaboração do juiz chega a ponto de ter que determinar à parte “o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais” (art. 139, inciso IX), ou até mesmo de intimar o

autor da ação a emendar ou completar a petição inicial quando esta não preencher os requisitos essenciais, “indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado” (art. 321, *caput*). Embora essas previsões tenham como objetivo um processo mais efetivo, privilegiando-se a decisão de mérito, é difícil imaginar o pleno cumprimento de todas as exigências decorrentes do princípio da colaboração, ainda mais quando se constata a situação dos tribunais brasileiros, abarrotados de processos aguardando decisão.

Quando tratados especificamente os poderes do juiz, foi possível ter uma ideia das dificuldades que podem advir da necessidade de agir sempre de forma colaborativa. É claro que essas disposições legais possuem metas louváveis, mas não é fácil vislumbrar como o magistrado, diante da estrutura interna dos tribunais, possa atendê-las em sua integralidade.

De todo modo, não há dúvidas de que na evolução do processo civil verifica-se o aumento dos poderes do juiz. O CPC/2015 não dispensa o uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ao tratar dos poderes-deveres do magistrado, o que impõe ainda mais a necessidade de controle sobre a atividade por ele desempenhada, de forma a evitar arbitrariedades e excessos. Até em razão disso que se dedicou um capítulo específico para abordar os limites da atuação judicial.

Apesar de ser evidente esse incremento dos poderes do juiz, não parece razoável depositar nesse expediente a meta de melhorar a prestação jurisdicional. Não se observa aqui correlação necessária entre aumento dos poderes e efetividade do processo. Como repisado inúmeras vezes neste trabalho, a ideia de equilíbrio é essencial para a melhor compreensão da ideia de poder, já que, se de um lado não se admite uma atuação tímida e estéril do juiz, de outro devem ser repelidos o excesso de poder e arbitrariedades. É com essa balança que merece ser conduzido este debate, sempre atentando-se também aos mecanismos de controle da atuação estatal.

REFERÊNCIAS

ALLAN, Trevor. *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006.

AMPLIAÇÃO dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>>. Acesso em 27.12.2017.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria. In _____. (coord.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Discricionabilidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBERIS, Mauro. *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*. Disponível em <<http://www1.unipa.it/gpino/Barberis,%20Separazione%20dei%20poteri%20e%20giusrealismo.pdf>>. Acesso em 11.06.2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In _____. *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In _____. *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In _____. *Temas de direito processual – Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 261, ano 74, p. 15, jan./fev./mar. 1978.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em 27.12.2017

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- _____. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. Tutela provisória: considerações gerais. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015.
- BERIZONCE, Roberto Omar. “Acitivismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo – A garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19&embedded=true>. Aceso em 27.12.2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective (tradução livre). *California Law Review*, vol. 58, n. 5, p. 1018, 1970.
- _____. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2008.
- CARMONA, Carlos Alberto. O novo código de processo civil e o juiz hiperativo. In *O novo código de processo civil* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Campinas: Minelli, 2002.
- _____. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, p. 1282-1283, mai.1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni. Il processo di cognizione*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

COSTA NETO, José Wellington. *Protagonismo judicial* – proposta de uma teoria geral contemporânea da função jurisdicional. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>>. Acesso em 27.12.2017.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS. *Access to Justice* – Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm>>/ <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>. Acessos em 27.12.2017.

DIDIER JR., Freddie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. Vol. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. Vol. II

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. Vol. III.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. IV.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISS, Owen M. Two Models of Adjudication. In GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William. *How Does the Constitution Secure Rights?* Estados Unidos da América: American Enterprise Institute, 1985.

FRANCISCO, João Eberhardt. *O papel do juiz na efetivação dos valores constitucionais do processo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do Novo CPC. In *O novo código de processo civil* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e decisão – a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 244, ano 40, p. 62, jun. 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. Considerações introdutórias sobre o direito processual constitucional. In PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coords). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale de Diritto Processuale Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973. Vol. 1.

LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista Forense*, vol. 401, p. 269, jan./fev., 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Vol. 1.

_____; _____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Vol. 2.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 247, ano 40, p. 239, set./2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n.º 181, p. 320, jan./mar. 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: the practitioners's perspective. In DWYER, Déirdre (ed.). *The Civil Procedure Rules ten years on*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

PLATÃO. *A República*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In *Direito Processual Constitucional*. José Carlos Baptista Puoli,

Marcelo José Magalhães Bonizzi, Ricardo de Barros Leonel (coords). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40, p. 105, junho/2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 1.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Tradução Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2004.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. I.

SICA, Heitor. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados – uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

SORABJI, John. English civil justice: another attempt at a new approach to justice. *Revista de Processo*, vol. 243, ano 40, p. 94, mai/2015.

STRECK, Lenio et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 27.12.2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. In *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 254, ano 41, p. 106-107, abr/2016.

THEODORO JR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Disponível em <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>>. Acesso em 16.06.2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Existe a 'discrecionalidade' judicial?. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 70, ano 18, p. 232, abr./jul. 1993.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira (coords). Salvador: JusPodivm, 2005.

ZANDER, Michael. The Woolf Reforms: What's the verdict? In DWYER, Déirdre (ed.). *The civil procedure rules ten years on*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 257, ano 41, jul/2016.