

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

FLÁVIA SPINASSÉ FRIGINI

**A DIMENSÃO DINÂMICA DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL COOPERATIVO: REVISITANDO O
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

VITÓRIA
2016

FLÁVIA SPINASSÉ FRIGINI

**A DIMENSÃO DINÂMICA DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL COOPERATIVO: REVISITANDO O
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo

VITÓRIA

2016

FLÁVIA SPINASSÉ FRIGINI

**A DIMENSÃO DINÂMICA DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL COOPERATIVO: REVISITANDO O
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Profº Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo

Profª Dr. Marcela Regina Pereira Câmara

Aos meus pais, com quem aprendi o verdadeiro valor do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me concedeu força e sabedoria para superar os obstáculos ao longo desses dois anos.

Ao meu esposo, Kleyton, por me fazer sorrir, mesmo nos momentos de preocupação e apreensão.

À minha família, pelo amor incondicional. Especialmente ao meu pai, por compreender minha ausência no trabalho e à minha irmã, Fernanda, que me ajudou na revisão e correção do texto.

Ao meu orientador, pelo constante auxílio e incentivo na construção desse trabalho, se mostrando sempre muito acessível.

Aos membros da banca que prontamente aceitaram o convite para integrar esta comissão, enriquecendo imensamente meu trabalho.

À UFES, pela oportunidade de contribuir com a melhor aplicação do direito, através da pesquisa acadêmica.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

O processo vivencia o marco do formalismo-valorativo. Essa nova fase metodológica compreende o processo como instrumento de concretização das garantias constitucionais. Repudia-se o chamado “formalismo excessivo”. Relevante atenção é direcionada ao princípio do contraditório, a partir do qual extraímos o substrato da participação. O novo Código de Processo Civil incorporou no âmbito infraconstitucional diversos direitos de patamar constitucional. Consagrou no art. 6º o dever de cooperação de todos os sujeitos processuais para a obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva. No quadro do processo civil cooperativo, há uma valorização do compromisso ético dos sujeitos processuais no exercício de suas funções, prezando por um processo dialógico. O princípio da cooperação propõe a adoção de certos comportamentos como obrigatórios. Ao juiz, dentre outros deveres, impõe-se o dever de consulta. Trata-se do dever do juiz de consultar as partes sobre qualquer questão não ventilada no processo antes da decisão. Esse dever relaciona-se diretamente com a dimensão dinâmica conferida ao contraditório. Sob este enfoque, às partes deve ser assegurado não somente o direito de informação e reação, mas de influência sobre as decisões judiciais. O dever de cooperação reforça o compromisso ético do juiz com a atividade de fundamentação das decisões. O inciso IV do § 1º do art. 489 prevê expressamente o dever do magistrado de enfrentamento de todos os fundamentos suscitados pelas partes. Nota-se que essa exigência, por via de consequência, promove o aprimoramento da técnica decisória, com redução do subjetivismo judicativo, além de reforçar a confiança do jurisdicionado na qualidade da prestação judicial.

Palavras-chave: Formalismo-valorativo. Processo cooperativo. Contraditório dinâmico. Fundamentação das decisões judiciais. Dever de consulta.

ABSTRACT

Lawsuits experience the milestone of valorative-formalism. This new methodological stage comprises lawsuit as an instrument to realize constitutional guarantees. The so-called "excessive formalism" is repulsed. Relevant attention is paid to the principle of contradiction, from which we extracted the participation substrate. The new Brazilian Code of Civil Procedure incorporated several constitutional rights into the infraconstitutional sphere. Article no. 6 maintains the cooperation duty of all procedural subjects in order to achieve a fair and effective decision. In cooperative civil procedural law, there is valorization of ethical commitment among procedural subjects as they play their roles, so as dialogical procedures can be attained. The principle of cooperation proposes the mandatory adoption of particular behaviors. The judge, among other duties, is responsible for the task of consulting. The judge's duty is to consult the parties about any unclear question arising from the lawsuit before the decision. This duty is directly related to the dynamic feature attributed to contradiction. From this perspective, the parties should be granted not only the right of information and reaction, but also of influence on judicial decisions. The duty of cooperation strengthens the judge's ethical commitment to activities grounding his or her decisions. Subsection IV of § 1 in Article 489 strictly foresees the judge's duty to take all the fundamentals provided by the parties into account. It is seen that this demand consequently improves decision-making by reducing judicial subjectivity, as well as strengthening defendant and plaintiff's trust in justice.

Keywords: Valorative-formalism Cooperative procedure. Dynamic contradiction. Grounding legal decisions. Duty of consulting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	14
1.1 O PROCESSO CIVIL COMO FENÔMENO CULTURAL	14
1.1.1 O Estado Liberal	14
1.1.2 O Estado social	16
1.1.3 Estado Democrático de Direito	19
1.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO ...	20
1.3 FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL	24
2 O PROCESSO CIVIL COOPERATIVO	30
2.1 OS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	30
2.2 O PROCESSO COOPERATIVO	31
2.2.1 A cooperação como um modelo	31
2.2.2 A cooperação como um princípio jurídico	34
2.3 DEVERES DO JUIZ E DAS PARTES	38
2.4 A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL ALEMÃO	43
2.5 A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS	46
2.5.1 Devido processo legal e a boa-fé processual	48
3 O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA E DE NÃO SURPRESA	50
3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PERFIL DO CONTRADITÓRIO	50
3.1.1 O contraditório como direito da parte de informação e reação no processo	53
3.2 O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE INFLUÊNCIA	54

3.3 O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE NÃO SURPRESA.....	55
3.3.2 Consequências da decisão surpresa	56
3.4 O CONTRADITÓRIO COMO APROVEITAMENTO DA ATIVIDADE PROCESSUAL	58
4 A DECISÃO DA CAUSA E O DEVER DE DIALOGAR: A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CONTROLE DAS PARTES PELA ARGUMENTAÇÃO CONSTANTE DOS AUTOS	59
4.1 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	59
4.1.1 A obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais	59
4.1.2 A motivação como discurso justificativo	61
4.2 DECISÕES IMOTIVADAS À LUZ DO NOVO CPC	65
4.3 O CONTRADITÓRIO DINÂMICO E A HIPÓTESE DO INCISO IV DO ART. 489, §1º DO NOVO CPC: DEVER JUDICIAL DE CONSULTA.....	68
4.3.1 A fundamentação destinada ao caso concreto: relativização dos brocardos <i>lura novit curia e mihi factum dabo tibi ius</i>	71
4.3.1.1 Redução do subjetivismo judicativo e maior confiabilidade nas decisões judiciais	76
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

Não é novidade que o processo civil vem enfrentando dificuldades devido à grande sobrecarga de demandas que assola o Judiciário e a consequente demora da prestação jurisdicional em face dos conflitos postos sob sua tutela. A consequência desse fato é a busca incessante por alternativas que possam contornar o problema, trazendo maior celeridade e efetividade.

Sabemos, no entanto, que, além de apresentar as soluções efetivas no menor tempo possível, o processo deve ser eficiente. Deve-se assegurar a qualidade da prestação jurisdicional.

O fornecimento de “respostas” em tempo razoável aos jurisdicionados, por si só, não assegura que se obtenha uma ordem jurisdicional “justa”. Para que o direito material se realize, faz-se necessário o controle da aplicabilidade das garantias processuais em nível constitucional. Verificamos a ausência de ferramentas que reforcem o compromisso dos sujeitos processuais com a observância do processo à luz das garantias constitucionais, como a do contraditório.

É imprescindível, desse modo, abandonar o chamado “formalismo excessivo”, o que significa abandonar a concepção de processo como simples ferramenta de alcance do direito material e ir além, ter como finalidade essencial do processo a busca por uma ordem jurisdicional mais “justa”. A essa nova fase metodológica do processo dá-se o nome de formalismo-valorativo.

Essa nova fase surgiu a partir da interferência da Constituição Federal de 1988 no processo, movimento que a doutrina chama de “constitucionalização do processo”. A Constituição democrática elevou uma gama de direitos e garantias ao patamar constitucional, irradiando seus efeitos na legislação processual, que ainda hoje vem se adaptando ao modelo democrático.

O processo, a partir desse momento, passa a ter o dever de realizar e concretizar a garantia constitucional de justiça. O Código de 1973, apesar do esforço perpetrado através de diversas reformas legislativas, pouco absorveu dos ideais democráticos.

A expressão formalismo-valorativo é de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o qual anota que entre os fins almejados pelo processo estão valores como a realização do direito material e a paz social, bem como a efetividade e a segurança jurídica. O formalismo-valorativo também valoriza o aspecto ético do processo, que se traduz no diálogo e no comportamento cooperativo na dialética processual (OLIVEIRA, 2006).

Relevante atenção passa ser dada ao aspecto “ético” do processo, com a formação de consciência a respeito do compromisso das partes e do magistrado com a correta aplicação das garantias processuais.

Constatamos que a palavra de ordem é a “participação”. O novo diploma processual civil, Código de Processo Civil de 2015, incorporou em sua codificação um capítulo destinado às “normas fundamentais”, onde encontramos diversas garantias constitucionais agora regulamentadas em âmbito infraconstitucional.

O CPC/15 prevê pela primeira vez, no art. 6º, o dever de cooperação de todos os sujeitos processuais para obtenção de decisão de mérito justa e efetiva, incorporando-o no sistema. O princípio da cooperação, um objeto importante de nossa pesquisa, nasce no contexto do formalismo-valorativo e tem como primado a valorização do diálogo no iter procedimental.

É no contexto desse princípio que estão as questões centrais de nossa pesquisa. Conforme leciona Didier Júnior (2010), o modelo de processo cooperativo provoca uma releitura da garantia do contraditório, que passa a ser visto como um efetivo instrumento de aprimoramento das decisões judiciais.

Dessa forma, pergunta-se: O princípio da cooperação e seus deveres correlatos tem o condão de reforçar o compromisso dos sujeitos processuais (partes e juiz) contribuindo, assim, para o aprimoramento da própria técnica decisória? A decisão

fundamentada nesse modelo tem potencial de reduzir o subjetivismo judicativo, além de fornecer maior confiabilidade ao jurisdicionado?

O princípio da cooperação propõe a adoção de certos comportamentos como obrigatórios e a nova legislação processual, com a criação de regras, permite o controle do agir cooperativo.

Na fase decisória, permite-se o controle do dever de fundamentação das decisões. À luz do princípio da cooperação, é dever do magistrado zelar para que as partes, através do exercício do contraditório, possam influenciar na formação da decisão judicial. E é no próprio conteúdo dessa decisão que será possível constatar se a garantia do contraditório foi exercitada.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1.1 O PROCESSO CIVIL COMO FENÔMENO CULTURAL

É cediço de todos que o direito é fenômeno cultural. Valendo-se das palavras de Galeno Lacerda (1961, apud MITIDIERO, 2004), a experiência e a cultura de um povo informam e moldam o direito. A experiência, através da prática contínua da vida, e a cultura, consistente nas vivências materiais e espirituais de uma sociedade, modificam o direito.

No que tange ao direito processual civil, clássica é a noção trazida por Pontes de Miranda, para quem o direito processual civil é o “ramo das leis mais rente à vida”. A expressão consta do Prólogo do livro “Comentários ao Código de Processo Civil de 1973” (1997, p. 13).

A relação entre direito e cultura, portanto, se mostra ainda mais forte no campo do direito processual civil, afinal, sua estrutura dependerá dos valores adotados e de escolhas de natureza política que refletirão no modo de ser do processo civil.

Por essas razões, seguem breves considerações com o objetivo de demonstrar, sinteticamente, o crescimento e as modificações da estrutura do processo nos Estados Liberal, Social e Democrático. Será possível, também, avaliar as posturas adotadas pelos sujeitos processuais em cada período histórico.

1.1.1 O Estado Liberal

O Estado Liberal nasce como reação aos desmandos do Estado Absolutista. A burguesia, classe dominante à época, buscava meios de assegurar o desenvolvimento da economia capitalista, através da limitação dos poderes estatais. Os direitos fundamentais eram vistos como garantias de preservação da autonomia individual (RAATZ, 2011).

Dentro desse contexto, nota-se que havia uma preocupação com a preservação da garantia da liberdade e da igualdade de oportunidades aos agentes econômicos, de maneira que a interferência do governo não atrapalhasse os avanços da economia.

Observa-se a valorização do Poder legislativo, que assume a posição de protagonista da vontade geral consubstanciada através do Parlamento. O princípio da legalidade assume importância singular, na medida em que a lei tornou-se o grande fundamento na defesa das instituições privadas.

Nesse sentido, destaca, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.25):

O Estado liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*. A administração e os juizes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei.

Diante dessa superioridade conferida ao Parlamento, os Poderes Executivo e Judiciário ficaram subordinados aos comandos da lei, que, conforme ressaltado, representava o interesse da burguesia.

Consoante Marinoni (2010, p.27):

No Estado Liberal de Direito, os parlamentos da Europa Continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; e executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la; o legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo.

Segundo Marinoni (2010), no combate ao Absolutismo, a representação popular fora reforçada para tornar-se o critério adequado para a efetivação dos interesses liberais, ou seja, a lei, na concepção de que esta reflete os interesses do povo.

A ideia de igualdade propagada no Estado Liberal consistia na defesa do cidadão contra agressões do governo. Não havia preocupação com as desigualdades concretas vivenciadas nas camadas sociais marginalizadas (MARINONI, 2010).

Nesse ambiente liberal, já mencionamos, o Judiciário estava subordinado à lei. O Juiz deveria interpretar a lei restritivamente. Não lhe era permitido amoldá-la aos casos concretos submetidos à sua apreciação.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 30) aborda essa questão, retratando o seguinte:

A generalidade e a abstração evidentemente também apontavam para a impossibilidade de o juiz interpretar a lei ou considerar circunstâncias especiais ou concretas. Como é óbvio, de nada adiantaria uma lei marcada pela generalidade e pela abstração se o juiz pudesse conformá-la às diferentes situações concretas. Isso, segundo os valores liberais, obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito, pensados como indispensáveis para a manutenção da liberdade.

O conceito de liberdade se concretizava na garantia de previsibilidade e certeza do direito. Desta feita, permitir ao juiz o uso da discricionariedade na aplicação da lei ao caso concreto significaria colocar esse direito em risco.

O magistrado não tinha liberdade para aplicar a lei. Seu papel era o de mero árbitro frente às partes, que travavam ali seus conflitos, manifestando toda sua autonomia e liberdade privadas. Ao juiz, competia apenas assegurar o respeito às regras processuais.

Em linhas gerais, o período do Estado Liberal foi marcado pela prevalência do Poder Legislativo sobre os demais poderes, caracterizado pelo domínio da burguesia que buscou a autonomia privada e a liberdade no princípio da legalidade. O perfil do processo foi marcado pela figura de um juiz passivo, sujeito à autonomia das partes, que ditavam as regras dos conflitos levados ao Judiciário.

1.1.2 O Estado social

A autonomia privada e as liberdades individuais, defendidas com muita paixão no Estado Liberal, passaram a ser insuficientes para administrar as diversas necessidades econômicas e sociais sentidas pelas minorias. Era preciso encontrar meios de realizar a “ justiça social”.

Essa necessidade passa a ser notada no final da segunda metade do século XIX, quando, então, uma série de conflitos de classe marcaram a falibilidade do ideal de liberdades burguês. Para frear os excessos do capitalismo, era preciso repensar as relações entre Estado e sociedade.

Nessa perspectiva, destaca Marinoni (2010, p. 42):

A lei genérica ou universal, assim como a sua abstração ou eficácia temporal ilimitada, somente seriam possíveis em uma sociedade formada por iguais – o que é utópico -, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, baseando-se na premissa de que essa somente seria garantida se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente das suas desigualdades concretas.

A aplicação “cega” da lei, defendida no Estado Liberal, só seria eficaz, portanto, se vivêssemos em uma sociedade que tivesse necessidades rigorosamente iguais. Ocorre que a realidade denota uma verdadeira diversidade no tocante aos problemas sociais. Se a lei fosse aplicada igualmente a todas as situações, fatalmente parcela da população ficaria desamparada.

No entanto, essa liberdade proclamada no Estado Liberal fez transparecer a necessidade do estabelecimento de uma igualdade social. Ou seja, a sociedade só poderia desenvolver-se plenamente se cada indivíduo tivesse resguardado um “mínimo existencial”, que lhe garantisse uma vida digna (MARINONI, 2010).

O Estado passa então a assumir o papel de intervencionista, voltado para reconstrução de um sistema em crise. A intervenção estatal tem por finalidade garantir o mínimo de direitos a todos os indivíduos.

Junto com o crescimento do papel do Estado na solução de questões sociais, surgem grupos, unidos por interesses semelhantes, que passam a pressionar o Legislativo, buscando alterações legislativas, na defesa de seus interesses (MARINONI, 2010).

Como resultado das pressões de tais grupos, formados por sindicatos, associações de empresários etc., a vocação da lei se modifica. Compreende Marinoni (2010, p. 44):

É evidente que, diante disso, as características da impessoalidade e da coerência da lei – sonhadas pelo positivismo clássico – deixam de existir. A vontade legislativa passa a ser a vontade dos ajustes do legislativo, determinada pelas forças de pressão. A respeito, afirma-se que a maioria legislativa é substituída, cada vez com mais frequência, por variáveis coalizões legislativas de interesses.

Não há dúvidas de que a lei representa a união de forças de vários grupos sociais. Em razão disso, pode revelar-se nebulosa e, até mesmo, egoística. Resta claro, deste modo, a importância de controlar a produção normativa através de princípios de justiça, buscando a melhor eficácia da lei (MARINONI, 2010).

Além disso, mesmo se a pluralidade fosse desconsiderada, a lei não é perfeita e, portanto, o juiz, ao proclamá-la, só poderá fazê-lo se a mesma conformar-se com os princípios de justiça. Mais que um procedimento legislativo regular, a lei deve estar de acordo com os direitos fundamentais e princípios de justiça. O magistrado deverá interpretar a lei em sua substância e analisar sua conformação com as normas superiores (MARINONI, 2010).

As diretrizes traçadas para as leis têm como fonte a Constituição e nela buscam sua legitimidade. Nessa perspectiva, os sujeitos processuais, ao aplicar a lei, devem submetê-la ao crivo da Constituição, ou seja, adequar-se aos contornos firmados pelos princípios constitucionais. O magistrado, no exercício de suas funções, pode e deve interpretar e aplicar a lei nos moldes constitucionais.

A mudança de posição por parte do Estado trouxe mudanças ao processo, que passou a ser concebido como o exercício de uma função pública e soberana. Enquanto no Estado Liberal a liberdade exagerada conferida às partes dava azo a abusos, no Estado Social, o juiz desempenha um papel passivo. O processo se torna instrumento neutro e técnico capaz de prestar a tutela a todos interessados. (RAATZ, 2011).

1.1.3 Estado Democrático de Direito

Em contraposição aos modelos anteriores, nasce o Estado Democrático de Direito, que na concepção de Lênio Streck (2009, p. 143):

O Estado deixa de ser o ordenador (modelo liberal) e promovedor (social) para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República e que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a ideia de *Welfare State* como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas, etc. Este é o ponto: *em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas cumpridas da modernidade*. Donde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam.

A função estatal, portanto, vai além dos papéis assumidos nos Estados Liberal e Social. A democracia determina uma crescente aproximação entre Estado e Sociedade, promovendo a participação de todos os grupos e classes, na tarefa constante de redução das desigualdades.

O núcleo central da lógica democrática tem suas bases de sustentação na Constituição da República, de onde extraímos os direitos fundamentais. Desta feita, o objetivo no Estado Democrático é viabilizar a concretização destes direitos, na busca da igualdade social.

Essa onda democrático-constitucional influenciou diretamente o direito processual, provocando sua releitura a partir dos preceitos constitucionais. É o que Hermes Zanetti Júnior chama de “constitucionalização do processo”, que significa a transformação dos instrumentos processuais por interferência da Constituição. Os conhecimentos sobre jurisdição, ação e processo passam a ser repensados, a partir da interferência dos valores constitucionais (2014).

Os valores defendidos nesse ambiente democrático consistem na pluralidade de ideias, na participação da sociedade na tomada de decisões, na liberdade, bem como

na dignidade do ser humano, como valor supremo. Nesta esteira, o processo é visto como um direito fundamental, que tem como finalidade a efetividade e a garantia da participação das partes na formação das decisões (ZANETTI JÚNIOR, 2014).

1.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

A Constituição, todos sabemos, constitui a norma superior, de onde todos os ramos do direito buscam orientação para construção das normas ordinárias. Ocorre que, para além disso, a Constituição assume, na atualidade, um papel que ultrapassa o âmbito da validade formal.

Com a assunção do Estado Democrático de Direito, a Constituição se torna um remédio aos desmandos do Legislativo. Garante – com a conjugação de regras, princípios, direitos fundamentais e valores como a justiça – a preservação de valores mínimos, aos quais todas as normas devem submeter-se.

Não é diferente com o processo civil. O Código de Processo Civil deve pautar-se nas diretrizes constitucionais, buscando, sempre, concretizar, através de suas normas, a garantia constitucional da justiça.

Resta sabermos como o Estado Brasileiro absorveu esse novo ideal de democratização e de participação, que provoca a releitura do processo, enquanto meio de concretização de direitos e garantias fundamentais.

O primeiro Código de Processo Civil foi instituído em 1939 com o objetivo claro de uniformizar a legislação de processo, que, sob a égide da Constituição de 1981, era de competência estadual. Foi a Constituição de 1934 que elevou a competência a nível federal, por força do art. 5º, XIX, tornando-a privativa da União Federal (MAZZEI, 2014).

Registre-se, por oportuno, que o rumo da construção dessa codificação processual sofreu influência do golpe de 10 de novembro de 1937. De imediato, houve a dissolução do Congresso e a Constituição de 1934 foi revogada. Como consequência, a comissão de juristas nomeada inicialmente para o feito foi substituída, e, por final, após algumas divergências, o trabalho foi conduzido exclusivamente por Pedro Batista Martins, com o intuito de agradar o então Ministro da Justiça, Francisco Campos (MAZZEI, 2014).

O Código de 1939 teve como parâmetro alguns códigos estaduais, além de ter absorvido características dos ordenamentos da Alemanha e da Áustria. Logrou êxito ao desvincular-se da influência portuguesa, libertando-se das Ordenações Filipinas, apesar de ainda terem restado alguns vestígios, como a previsão de alguns recursos, posteriormente suprimidos com o advento do Código de 1973 (MAZZEI, 2014).

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno (2013, p. 57):

A grande crítica que, historicamente, foi feita ao Código de Processo Civil de 1939 é que ele não espelhou adequadamente o grau científico que o processo civil da Europa já havia alcançado e que ele, embora bem elaborado, era teórico demais, o que acarretava extrema complexidade na sua aplicação prática.

Em substituição à codificação de 1939, nasce o Código de 1973, fruto do trabalho de Alfredo Buzaid, que, em 1964, entrega o Anteprojeto do Código de Processo Civil, a pedido do então Ministro da Justiça, Oscar Pedroso Horta. Anos mais tarde, no ano de 1972, após revisões e discussões, o projeto finalmente foi encaminhado ao Congresso Nacional, sendo sancionado no ano seguinte (MITIDIERO, 2010).

É interessante consignar que o Código de Buzaid foi promulgado ainda na primeira metade do regime militar, embora a ideia de uma nova legislação tenha se iniciado ainda na década de 60, no governo Jânio Quadros / João Goulart (MAZZEI, 2014).

A força política de Alfredo Buzaid no governo militar é inegável, tendo se consagrado Ministro da Justiça, permanecendo em exercício no período de outubro de 1969 a março de 1974. Ou seja, atuou como autor do projeto em 1964 e, depois, como Ministro da Justiça, apresentando o trabalho ao Congresso, com alterações em

relação ao texto original. A título de exemplo, questões como o acesso à justiça, que foram mencionadas em 1964, foram totalmente ignoradas no texto de 1973 (MAZZEI, 2014).

A preocupação maior do CPC de 1973 foi o tratamento do processo civil como ciência independente, completamente dissociada do direito material. Nesse sentido, disserta Rodrigo Reis Mazzei (2014, p. 196):

Nota-se, por outra banda, que enquanto cultuávamos a autonomia do processo civil, paralelamente, em outras nações, os estudiosos fixavam-se em novas preocupações com o processo civil, estudando-o não mais apenas como ciência autônoma (ou com focos limitados a determinadas figuras jurídicas), mas como instrumento fundamental para pacificação dos conflitos e a proteção dos direitos fundamentais. No entanto, no Brasil tal missão parecia impossível, eis que como se poderia imaginar que num Estado de Exceção fosse debatido o processo civil para a garantia dos direitos fundamentais?

A promulgação da Constituição de 1988 vem para transformar a legislação infraconstitucional, a fim de que sua finalidade maior seja colocar em prática os diversos direitos e garantias conquistados com a instauração do Estado Democrático de Direito.

Nesse movimento de “constitucionalização”, como adverte Zanetti: “[...] a visão “moderna” e privatista do processo deve ser completamente abandonada, em prol da efetividade e da realização dos ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito” (2014, p. 11).

A partir de então, independentemente do texto codificado, é missão do intérprete promover a releitura de todo o sistema legal, tendo como parâmetro a Constituição. O Código de Buzaid, apesar de sua reformulação, resultado de diversas reformas, não deixou para trás as marcas do período ditatorial.

Em 2009, através do ato 379 do Senado Federal, formou-se uma Comissão de Juristas¹, a qual elaborou o Anteprojeto do Novo Código, convertido no PL 166/2010.

¹ Comissão de Juristas encarregada de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato nº 379, do Presidente do Senado Federal, em 30 de setembro de 2009: Luiz Fux (Presidente); Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora); Adroaldo Furtado Fabrício; Benedito Cerezzo

Obtendo a aprovação do Senado, o projeto tramitou na Câmara dos deputados, através do PL 8046/10², sendo sancionado pela Presidente no dia 16 de março de 2015 e publicado no Diário Oficial em 17 de março de 2015. Finalmente, no dia 18 de março deste ano, entrou em vigor.

O Código de Processo Civil de 2015, adotando uma estrutura principiológica, estabeleceu em seu capítulo inaugural as normas fundamentais que devem reger todo o sistema.

Luiz Fux, presidente da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo civil, analisa (2011, p. 14):

O novel código seguindo a trilha exegética da Constituição Federal, erigiu normas *in procedendo* destinadas aos juízes, sinalizando que toda e qualquer decisão judicial deve perpassar pelos princípios plasmados no tecido constitucional e ínsito ao sistema processual como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade. Em outras palavras, a Comissão preocupou-se em fazer do processo um instrumento de participação democrática, em que o juiz ouvindo e dialogando com as partes e interessados, promova uma decisão efetivamente apaziguadora.

Seguindo essa linha, dispõe o art. 1º do CPC 2015: “ O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código”.

Parece óbvia a conclusão de que o processo civil deva ser interpretado à luz das garantias processuais previstas na Constituição. No entanto, o reconhecimento da força normativa da Constituição tem um valor simbólico importante: representa a tomada de consciência do legislador em relação à eficácia das normas constitucionais e sua interferência no Ordenamento Jurídico.

Pereira Filho; Bruno Dantas; Elpídio Donizetti Nunes; Humberto Theodoro Júnior; Jansen Fialho de Almeida; José Miguel Garcia Medina; José Roberto dos Santos Bedaque; Marcus Vinicius Furtado Coelho; Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

² A adequação do projeto na Câmara contou com uma comissão de juristas de renome, dentre eles estavam: Fredie Didier Jr., Luiz Henrique Volpe Camargo, Leonardo Carneiro da Cunha, Alexandre Freitas Câmara, Daniel Mitidiero, Paulo Lucon, José Manuel Arruda Alvim, Dierle Nunes Coelho e muitos outros, até que, em 26 de março de 2014, o texto foi finalmente aprovado e remetido ao Senado. Nesta casa, obteve aprovação em 17 de dezembro de 2014, sendo enviado para sanção presidencial.

1.3 FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL

O praxismo marca a primeira fase metodológica do direito processual civil. Na época, não se falava ainda em “ciência processual”. O processo caracterizava-se como direito adjetivo, acessório. Sua existência só se justificava diante de um direito substantivo (MITIDIERO, 2004).

Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 260), denomina esta fase de sincretista, descrevendo:

[...] no sincretismo inicial os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um *método*. O *processo* mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero *procedimento* quando o definiam como *sucessão de atos*, sem nada dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual) nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório).

O processo, portanto, era absorvido pelo direito material, estando a ele vinculado. Não existia a noção de uma relação jurídica processual e, muito menos, a vigência de regras e princípios informadores do procedimento. A tônica do processo era a solução de problemas concretos, que estavam imersos em valores como o bom e o justo.

Dentro dessa metodologia, processo e procedimento eram denominações de um mesmo fenômeno. Não havia a noção da caracterização de uma relação jurídica entre os sujeitos que buscavam a tutela de um direito. Os institutos processuais não tinham feições autônomas, de maneira que o processo consistia, pura e simplesmente, em uma sucessão de atos que levava a solução da questão material.

Em substituição ao praxismo, nasce o que a doutrina denomina processualismo, dando início à transformação dos estudos de direito processual civil. Com propriedade, Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 260) relata o fato precursor que fez nascer o processualismo. *In verbis*:

A segunda dessas fases (autonomista, conceitual) teve origem em 1968, com a famosa obra com que Oscar Von Bulow proclamou em termos sistemáticos

a existência de uma relação jurídica toda especial entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu – a qual difere da relação jurídico-material litigiosa por seus *sujeitos* (a inclusão do juiz), por seu *objeto* (os provimentos jurisdicionais) e por seus *pressupostos* (os pressupostos processuais).

A construção do conceito de relação jurídica processual, que difere da relação do direito material, fez com que o direito processual passasse a se fortalecer como “ciência”, adquirindo método próprio e objeto material. A partir daí diversas obras foram escritas, especialmente por autores alemães que buscavam a sistematização de teorias para compreender e fortalecer a autonomia do direito processual em face do direito substantivo. (DINAMARCO, 2013).

Os processualistas passaram a compreender o processo não como um direito exercido nos moldes dos direitos do ramo privado, mas, sim, como meio de obtenção da tutela jurisdicional. As normas de direito processual previam fenômenos do próprio procedimento jurisdicional, como a ação, defesa, jurisdição, etc. Os bens da vida pretendidos com as demandas competiam às normas do direito privado (DINAMARCO, 2013).

É a primeira vez, portanto, que o processo civil é estudado e operado enquanto ciência autônoma, permitindo, assim, seu crescimento e desenvolvimento. Essa mudança trouxe novas visões sobre o processo, evoluindo para uma nova metodologia de estudo do processo, que fora denominada instrumentalidade.

Sobre o tema, disserta Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 262):

Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional – o que abriu caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo.

Trata-se de um modo de encarar o processo atento aos problemas jurídicos, sociais e políticos vividos na sociedade. O instrumentalista entende que o nível de autonomia conceitual do processo se mostra suficiente para estudá-lo. Não há mais dúvidas

sobre o objetivo e a técnica processual. O que importa, neste novo momento, é o aspecto ético do processo.

Na obra intitulada “Instrumentalidade do Processo”, Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 23) deixa clara a noção de que o processo reflete os valores que o circundam, ao afirmar:

A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.

A partir da assunção dessa postura instrumental, busca-se o aprimoramento do sistema processual, propiciando o alargamento das vias de acesso ao Judiciário, a igualdade de oportunidades aos sujeitos economicamente frágeis, além da preocupação com a efetividade processual e as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Apesar dos avanços conquistados na fase instrumentalista, a ciência avançou ainda mais, em razão do movimento de “constitucionalização do processo”, promovendo um novo olhar sobre o processo.

O “formalismo-valorativo”, para utilizar a denominação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, consiste em uma nova concepção conferida ao formalismo no processo, resultado da interpretação e aplicação dos valores constitucionais.

O formalismo compreende a forma total do processo, desde meras formalidades até a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais. Coordena as atividades processuais, organizando o processo, para que o mesmo atinja suas finalidades essenciais. São essas funções desempenhadas pela formalidade do processo que contribuem para a efetividade e a segurança do processo. A efetividade decorre do seu poder de organização, enquanto que a segurança advém de sua função disciplinadora (OLIVEIRA, 2006).

Apesar disso, o formalismo ganhou má fama em virtude do grande desgaste e procrastinação das demandas em tramitação no Judiciário. Passou a ser conhecido como “formalismo excessivo”.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira defende uma nova concepção de formalismo, que chama de formalismo-valorativo. Dentro desse contexto, o formalismo, assim como o processo, se mostra imerso em valores, inerentes ao caráter cultural de cada sistema. A esse respeito, aduz Álvaro de Oliveira (2006, p. 3): “ O formalismo, contudo, exatamente porquê fenômeno cultural, informado por valores, não se confunde com a técnica, que é neutra a respeito da questão axiológica. ”

Conforme vimos outrora, o processo é resultado da experiência humana, de sua cultura. Por isso, não se pode falar em formalidade, caráter formal do processo, como uma técnica que tem um fim em si mesma. O formalismo, assim como o processo, é polarizado pelo seu fim.

O processo, no âmbito do formalismo-valorativo, vai além da concretização do direito material; sempre existirá uma finalidade maior. Mesmo os aspectos mais formais do processo resultam de inspirações culturais. Apresenta a questão Álvaro de Oliveira (2006, p. 3):

[...] mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo na fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias. Ademais, o seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental. Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social.

Os fins almejados pelo processo e que influenciam a lógica do formalismo envolvem a junção de diversos valores, dos quais podemos citar os mais relevantes: de um lado, a justa realização do direito material e a paz social, de outro, a efetividade, a segurança e a organização interna do processo. Acrescentam-se, ainda, os valores culturais e constitucionais (OLIVEIRA, 2006).

A segurança é princípio fundamental previsto na Constituição da República, do qual se originam outros princípios constitucionais, tais como: o devido processo legal, a igualdade, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, o dever de fundamentação das decisões judiciais, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros (OLIVEIRA, 2006).

Decorre do princípio da segurança jurídica a obrigatoriedade de que as regras jurídicas sejam claras, acessíveis e previsíveis, tendo em vista a complexidade e constante desenvolvimento da vida social.

Adverte, no entanto, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006, p.4):

Advirta-se, porém, que o jurista deve observar a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *statu quo*. Cumpra não identificar outrossim, o valor da segurança jurídica com a “ideologia” da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social.

É preciso levar em conta que há outros valores também fundamentais à manutenção da ordem jurídica. Nem sempre a prevalência do valor segurança será o melhor caminho para alcançar a justiça material do processo. Por isso, não menos importante é a efetividade do processo.

A efetividade é direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV da CF/88. Visa a garantia de um processo isento de formalismos excessivos e manobras procrastinatórias, propiciando a concessão de tutela jurisdicional eficiente e justa (OLIVEIRA, 2006).

Na atualidade, nota-se a crescente prevalência da efetividade sobre a segurança. Numa sociedade complexa como a nossa, com múltiplos interesses e infindáveis demandas, tem se valorizado a busca da solução mais rápida, desprestigiando a forma, que, muitas vezes poderá conduzir a um resultado injusto.

A segurança jurídica, segundo a doutrina gaúcha, passa de um estado estático para um estado dinâmico. Seu movimento será dosado conforme o necessário, para servir a um objetivo maior: efetividade dos direitos e a garantias de um processo equânime.

O valor segurança não é levado às últimas consequências. A segurança, ela mesma, deve assegurar a realidade e não impedir a concretização de um direito (OLIVEIRA, 2006).

Às vezes a segurança pode significar “formalismo excessivo” e impedir que o processo atinja sua finalidade maior, que é a justiça material. É por isso que, “[...] o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto” (OLIVEIRA, 2006).

Merece alvitre destacar que a metodologia do formalismo-valorativo sustenta suas bases também nos aspectos éticos do processo. Nesse ponto, valoriza o diálogo entre os sujeitos processuais, dando destaque ao princípio da cooperação.

A base constitucional do aludido princípio pode ser retirada facilmente do direito ao contraditório, a partir do qual extraímos o direito à participação. Logo, todos os sujeitos participantes do processo (partes, juiz, testemunhas, etc.) devem agir e comunicar-se de acordo com a lealdade e a boa-fé (OLIVEIRA, 2006).

Conclui-se, portanto, que o princípio da cooperação nasce no contexto do formalismo valorativo, que propõe a releitura dos preceitos constitucionais e valoriza a ética no processo, de maneira que todos os sujeitos do processo devem colaborar entre si para a formação da decisão final do processo.

2 O PROCESSO CIVIL COOPERATIVO

2.1 OS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Sabemos que o processo necessita que as funções desempenhadas por seus sujeitos estejam bem organizadas. As regras estabelecidas denotam a prevalência de um modelo organizacional. São três os modelos mais tratados pela doutrina. Fredie Didier Jr. menciona a existência dos seguintes modelos: o dispositivo, o inquisitivo e o cooperativo (2011).

Os dois primeiros também podem ser denominados de adversarial e inquisitorial, respectivamente. Enquanto o modelo adversarial relaciona-se com o princípio dispositivo, o modelo inquisitorial tem como base o princípio inquisitivo. (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Em síntese, o modelo adversarial estrutura-se sob a forma de competição ou disputa, travada entre dois sujeitos que se colocam diante de um juiz relativamente passivo, que tem a função exclusiva de decidir (DIDIER JÚNIOR, 2011). Nessa estrutura, as partes ditam as regras do conflito. A intervenção jurisdicional é insipiente. Daí a relação que se faz com o princípio dispositivo.

Por outro lado, o modelo inquisitorial tem como grande protagonista o juiz, cabendo a ele a maior parte das funções processuais, identificando-se fortes marcas do princípio inquisitivo (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Importa ressaltar que não existe sistema puramente adversarial ou inquisitorial. O sistema brasileiro, por exemplo, não traduz especificamente um modelo. É mais acertado falar em preponderância de regras adversariais ou inquisitoriais, em relação a cada tema. Por exemplo, no que se refere à produção probatória, à instauração do processo, à delimitação do objeto litigioso, etc. (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Depreende-se, a partir do que conhecemos sobre os modelos adversarial e inquisitorial, que suas estruturas não foram capazes de acompanhar o movimento de constitucionalização do processo, que pretende alcançar soluções condizentes com a realização dos direitos fundamentais, em atenção ao reconhecimento da força normativa da Constituição.

Torna-se necessária a criação de um novo modelo, acorde com a valorização dos princípios constitucionais. A conjugação dos princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório fazem nascer um novo princípio: o princípio da cooperação (DIDIER JÚNIOR, 2011).

2.2 O PROCESSO COOPERATIVO

2.2.1 A cooperação como um modelo

Antes de iniciarmos a construção do conceito e as abordagens pertinentes ao tema, convém registrar, inicialmente, que a cooperação processual, não tinha previsão expressa no Código de Processo Civil de 1973. É o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, que traz expresso no art. 6º o dever de cooperação direcionado às partes e ao juiz.³

É certo que a doutrina já discutia a necessidade da adoção de um novo modelo de organização do processo, mas a disposição da legislação processual não indicava uma estrutura colaborativa. Poder-se-ia dizer que já existiam normas suficientes para extrair uma postura cooperativa dos sujeitos, no entanto, a inexistência de normas fundamentais e regras de conduta dificultavam a construção de um novo modelo.

³ Art. 6. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O novo Código de Processo Civil veio para inaugurar esse novo modelo. A cooperação processual é prevista logo no início do novel Código, em suas normas fundamentais, de onde extraímos toda a força principiológica e normativa que orienta o sistema.

Ainda no capítulo das normas fundamentais, vislumbramos diversas normas relacionadas com o dever de colaboração: A previsão do dever de boa-fé, inserto no art. 5º; a garantia da paridade de tratamento e o zelo pelo contraditório, assegurado pelo art. 7º; a vedação à decisão surpresa, no art. 10º.

Os verbos cooperar, participar e contribuir são encontrados nas disposições normativas do novo Código. Comprovando a tendência da nova legislação, o CPC/15 dá sinais de uma reestruturação da dialética processual. Como exemplos, podemos citar os artigos que tratam da mediação e conciliação, valorizando a solução consensual dos conflitos, bem como a possibilidade de as partes negociarem alterações nos procedimentos, dentre outros. (ZUFELATO, p. 104).

Após essa breve digressão do atual panorama do sistema processual brasileiro, passamos a analisar propriamente o tema no âmbito da doutrina.

Segundo Daniel Mitidiero (2011b, p. 58):

A colaboração é um modelo de processo civil que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes.

Observa-se, deste modo, que a estrutura desse modelo condiciona não somente as partes, mas, também, o magistrado, que passa a ter que dialogar com elas, deixando o papel de mero espectador, para assumir o compromisso de conduzir o processo em regime de colaboração com autor e réu.

A condução do processo nos parâmetros da cooperação torna o diálogo o meio mais adequado de reger a relação jurídica processual. Não há protagonismos nesse modelo.

Daniel Mitidiero (2015, p. 64-65) define com precisão a postura do magistrado cooperativo:

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” (Arbeitsgemeinschaft) entre os seus participantes. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo.

O magistrado em regime de cooperação, portanto, assume o compromisso de guiar o processo juntamente com as partes, resolvendo as questões materiais e processuais. O exercício constante do contraditório é peça fundamental do diálogo processual e que deverá ser observado pelo juiz, também, no momento de decidir.

Para Daniel Mitidiero (2015, p. 88-89), esse novo contexto implica em uma nova organização do processo que sugere a revisão dos brocardos “*Da mihi factum, dabo tibi ius*” e “*Iura novit curia*”. Defende que deve ser afastada a dicotomia entre questão de fato e questão de direito, mediante os seguintes argumentos:

[...] tem-se admitido a investigação oficial de fatos instrumentais não alegados em juízo pelas partes, o que denota evidente relativização da primeira parte do brocardo *Da mihi factum, dabo tibi ius*, pelo qual apenas às partes caberia a tarefa de levar as alegações fáticas para o processo.

[...] pressupondo o direito ao contraditório como direito de influência e dever de debate, como direito de participar do processo e influir sobre seu convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício (art. 10 do CPC/15).

A revisão desses conceitos, no entanto, pressupõe a adoção de uma visão problematizada do direito, em que seja dada a devida importância ao aporte argumentativo levado pelas partes ao processo (MITIDIERO, 2015).

No que se refere à questão ética, o modelo cooperativo caracteriza-se pela objetivação do princípio da boa-fé. O art. 5º do CPC/15 traduz essa ideia, ao determinar que todos os sujeitos que participam do processo (partes e juiz) devem comportar-se de acordo com a boa-fé.

Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 170) destaca que, ao agir em regime de colaboração, os sujeitos colocam em prática a boa-fé objetiva. *In verbis*:

O dever de colaboração das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação da regra da boa-fé objetiva, pois esta, como criadora de deveres acessórios, impõe a cooperação das partes para o fim do processo e a realização dos resultados programados pelo direito. Em suma, não se trata de simplesmente vedar atuações abusivas ou exclusivamente resistentes ao avanço do procedimento: é algo mais, trata-se de uma diligência especial que se deve entender expressamente compatível com a possibilidade de utilizar de boa-fé, os meios e os instrumentos jurídicos que são oferecidos pelo sistema.

Em suma, o modelo de processo cooperativo nasce pela valorização do contraditório e propõe a reestruturação do processo a partir de uma relação de cooperação entre os sujeitos participantes do processo. Esses sujeitos passam a ocupar posições equilibradas. O juiz assume dupla posição, sendo paritário no diálogo e assimétrico no momento da decisão, enquanto às partes é assegurada a capacidade de participar e de influenciar no convencimento do julgador, sendo os comportamentos de ambos regidos pelo princípio da boa-fé, que assume feição objetiva no processo.

2.2.2 A cooperação como um princípio jurídico

A cooperação processual além de um modelo também é um princípio. Na concepção de Mitidiero (2011b, p. 61):

Para além de um modelo, a colaboração também é um princípio jurídico. Ela impõe um *estado de coisas* que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para a organização de processo justo idôneo a alcançar a decisão justa. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento.

Lênio Streck, no entanto, contrapõe-se a esta ideia. Na obra “Verdade e Consenso”, fazendo alusão ao que denomina de *pranprincipiologismo*, tece críticas à cooperação processual. Em síntese, questiona o alcance do princípio da cooperação, alegando que o mesmo não detém vias de realização concreta. Para ele, sem o estabelecimento de regras, o ideal cooperativo não pode ser operacionalizado. Segundo sua teoria, princípios não podem ter a pretensão de reger o processo. E finaliza (2009, p. 485):

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

O autor afirma ainda que a criação inescrupulosa de princípios nasce das teorias neoconstitucionalistas, que positivam tantos princípios quantos forem necessários para solver os casos difíceis. Streck (2012) afirma que essa onda principiológica agrega valores aos princípios e estes não se confundem com os valores.

A grande diversidade de princípios somada à ausência de critérios para sua identificação acaba obscurecendo os princípios efetivamente de índole constitucional (STRECK, 2012).

Resumidamente, Lênio Streck menciona que os princípios não podem ser confundidos com valores, pois, ao invés de combater o decisionismo judicial, ampliaria o campo de interpretação do direito, favorecendo ainda mais o subjetivismo do juiz.

A concepção adotada pelo Autor acima parte de teorias fortes como as de Dworkin e Alexy, cuja interpretação leva a crer que os princípios consistem em “normas carecedoras de ponderação”. Esses autores sustentam a diferenciação entre princípios e regras com base no modo de aplicação e no modo de colisão. Pelo primeiro critério, as regras seriam aplicadas com base em “subsunção” e os princípios com base em “ponderação”; já pelo segundo, no caso de colisão de regras, ou se abre uma exceção ou uma das regras deve ser declarada inválida, ao passo que, na colisão entre princípios, ambos têm sua validade mantida, criando-se uma hierarquia entre eles (ÁVILA, 2015).

De acordo com o critério em exame, que, segundo Humberto Ávila, adota uma visão restrita da ponderação, diante de um conflito concreto entre princípios, a ponderação poderá levar à restrição de um princípio em razão de outro, chegando, até mesmo, ao

afastamento total de um dos princípios. Daí a ideia de que os princípios seriam normas carecedoras de ponderação (ÁVILA, 2015).

Não comungamos desta ideia, posto que pressupor essa “defectibilidade”, significaria ter os princípios como normas frágeis, que podem ser facilmente afastadas quando em confronto com outra norma (ÁVILA, 2015).

Na opinião de Humberto Ávila, esse potencial de “afastabilidade”, revelado através da ponderação no caso de colisão de princípios, não deve ser tido como um elemento essencial e definidor dos princípios, mas meramente contingente, isso porque nem todos os princípios concorrem com outros, estando em rota de colisão. Como exemplo podemos citar os chamados princípios estruturantes, como os princípios federativo e da separação dos poderes, que determinam o modo da atuação estatal. Esses princípios não podem ser afastados, portanto, não possuem eficácia *prima facie*. São permanentes. O mesmo se afirma com relação a princípios como o do devido processo legal (ÁVILA, 2015).

Os princípios estruturantes contêm uma estrutura que organiza, ordena e conforma elementos, modos de atuação, comportamentos e de modo algum podem ser descartados por razões contrárias à sua finalidade. Do mesmo modo, há também princípios que estabelecem um parâmetro de concretização, estes também não poderão ser afastados (ÁVILA, 2015).

É o caso do princípio da cooperação. Vimos que sua origem se relaciona, principalmente, com a garantia do contraditório. Está em conformidade com princípios mais amplos como o devido processo legal e a boa-fé. Possui uma estrutura que importa e transfere finalidades essenciais como a participação, a lealdade e o respeito às regras processuais, de maneira que seus sujeitos os pratiquem através de deveres pré-estabelecidos.

Humberto Ávila (2015, p.155) salienta que: “a definição de princípio como norma carecedora de ponderação, envolve, pois, uma hipostasiação dos princípios como normas cuja aplicação depende de regras de prevalência a serem instituídas diante do caso concreto e em razão de seu peso”.

Em outras palavras, a consequência dessa acepção é o enfraquecimento da força normativa dos princípios, tendo em vista que até mesmo aqueles princípios considerados fundamentais poderão ser afastados pela prevalência de valores contrapostos.

Nesse sentido, sustenta Humberto Ávila, defendendo a força normativa dos princípios:

[...] as normas – quer princípios, quer regras – estatuem prescrições legais e, como tais, devem ser interpretadas, não podendo o aplicador relativizar esse aspecto *constritor* e *heretolimitador*. O simples fato de a aplicação de qualquer norma – seja um princípio, seja uma regra – depender de conexões valorativas entremostradas no ordenamento jurídico e requerer um processo discursivo e argumentativo de avaliação de razões e contrarrazões para a determinação do seu conteúdo não quer dizer que o intérprete possa desprezar o modo como a Constituição escolheu normatizar a conduta humana – se por meio da estatuição de uma regra ou um princípio.

O fim almejado pelo princípio previsto pelo art. 6º do novo diploma processual consiste em obter “decisão de mérito justa e efetiva”. O alcance deste “estado desejado” implica o estabelecimento de determinados deveres para as partes e para o juiz. A avaliação, por parte do intérprete, de razões e contrarrazões para a sua aplicação não retira a força normativa do princípio, que consiste na concretização de conteúdos constitucionais. Dado seu caráter estruturante e concretizador, o intérprete jamais poderá afastá-lo.

Acrescenta-se, ainda, que os princípios, apesar de relacionados aos valores, não se confundem com eles. Segundo Ávila (2015, p. 104):

Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios situam-se no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado comportamento.

Dessa forma, não há margem de discricionariedade ao intérprete, já que o princípio, *in casu*, o da cooperação, atua na realização de um processo leal e cooperativo, que incentive a participação e influência das partes na construção do provimento

jurisdicional. Não há determinação exata dos comportamentos a serem adotados, no entanto, sabe-se a espécie desses comportamentos. Todo o sujeito tem o compromisso ético de zelar pelo contraditório pleno, a fim de alcançar uma decisão justa e efetiva. E é na própria decisão que se comprova o exercício efetivo do contraditório.

Atento ao tema, Fredie Didier Jr. (2011, p. 220-221) fala sobre a eficácia normativa do princípio que tratamos. Expõe com clareza:

O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Reitera que a eficácia normativa se impõe mesmo na ausência de regras expressas, determinando o comportamento dos sujeitos processuais. O princípio funciona como uma garantia contra as condutas lesivas, permitindo a realização de um processo leal e cooperativo (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Não há dúvidas, portanto, do caráter principiológico e da força normativa do princípio da cooperação processual.

2.3 DEVERES DO JUIZ E DAS PARTES

Verificamos que o princípio da colaboração se estrutura por meio de regras, as quais descrevem os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo. A classificação de Didier tem inspiração nos deveres decorrentes da boa-fé no direito privado, sendo o dever de cooperação uma variante deste (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Segundo Didier, tanto o juiz quanto as partes estão submetidos aos deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Em relação às partes, os divide em deveres de esclarecimento, lealdade e proteção.

No Código de Processo Civil de 1973 podemos extrair os seguintes exemplos: a) dever de esclarecimento: as partes devem redigir seus pedidos com clareza (art. 295, I, do CPC); b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 14, II, do CPC); c) dever de proteção: uma parte não pode prejudicar a outra (arts. 879 a 881 e arts. 475-O, I, e 574, do CPC) (DIDIER JÚNIOR, 2011).⁴

No CPC/15, essencialmente, encontram-se os mesmos deveres exemplificados acima, com pequenas alterações nas redações dos artigos. O dever de esclarecimento pode ser encontrado, no art. 330, I; Quanto ao dever de lealdade, o mesmo encontra-se inserto no art. 77 do novel Código, sendo que o dever de boa-fé é agora prescrito pelo art. 5º do capítulo introdutório do novo Código, que faz alusão às normas fundamentais; Por fim, o chamado dever de proteção pode ser identificado pela leitura dos artigos 776 e 520.⁵

⁴ Art. 295. A petição inicial será indeferida: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - quando for inepta; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001): I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Art. 879. Comete atentado a parte que no curso do processo: I - viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse; II - prossegue em obra embargada; III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

Art. 880. A petição inicial será autuada em separado, observando-se, quanto ao procedimento, o disposto nos arts. 802 e 803.

Parágrafo único. A ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal.

Art. 881. A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado.

Parágrafo único. A sentença poderá condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que sofreu em consequência do atentado.

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Art. 574. O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

⁵ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta;

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa

Em relação ao juiz, Fredie Didier Jr. (2011) fala em deveres de lealdade, esclarecimento, consulta e prevenção. Vejamos no que consiste cada um deles:

informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No cumprimento provisório da sentença, o executado poderá apresentar impugnação, se quiser, nos termos do art. 525.

§ 2º A multa e os honorários a que se refere o § 1º do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.

§ 3º Se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor, com a finalidade de isentar-se da multa, o ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto.

§ 4º A restituição ao estado anterior a que se refere o inciso II não implica o desfazimento da transferência de posse ou da alienação de propriedade ou de outro direito real eventualmente já realizada, ressalvado, sempre, o direito à reparação dos prejuízos causados ao executado. § 5º Ao cumprimento provisório de sentença que reconheça obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa aplica-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

Art. 776. O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução.

O dever de lealdade decorre do princípio da boa-fé processual, a exemplo do que ocorre com as partes (DIDIER JÚNIOR, 2011). O CPC atual dispõe que a lealdade e a boa-fé são deveres a serem observados por todos os participantes do processo.

O dever de esclarecimento é o dever do tribunal de dirimir, junto às partes, eventuais dúvidas relativas às suas teses, evitando decisões equivocadas. É dever do juiz, também, esclarecer as partes sobre seus próprios pronunciamentos, manifestação do dever de motivar (DIDIER JÚNIOR, 2011).

A título de exemplo, o art.379 do CPC/15 (art. 340, I do CPC/73) autoriza o juiz a determinar o comparecimento pessoal das partes, em qualquer fase do processo, para esclarecer dúvidas sobre os fatos da causa. ⁶

O dever de consulta, aspecto do dever de esclarecimento, tem relação direta com o princípio do contraditório. O juiz deve consultar as partes sobre questão não ventilada no processo antes da decisão. Mesmo em relação às questões em que pode decidir de ofício, o magistrado precisa intimar as partes, dando a elas a oportunidade de se manifestar (DIDIER JÚNIOR, 2011).

O dever de prevenção tem aplicação quando qualquer das partes possa ser prejudicada pelo uso inadequado do processo. O exercício desse dever por parte do magistrado ocorre principalmente nas seguintes situações: retificação de pedidos pouco claros; exposição insuficiente dos fatos relevantes; adequação do pedido ao caso concreto e, por fim, a sugestão por parte do julgador na atuação das partes (DIDIER JÚNIOR, 2011). A possibilidade de o autor de emendar a inicial, prevista no art. 284 do CPC/1973 e no art. 321 do CPC/15, representa o exercício do dever de prevenção por parte do juiz. ⁷

⁶ Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I – comparecer em juízo respondendo ao que lhe for interrogado.

⁷ Art. 321: O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido.

Acrescenta-se, ainda, outro dever, o de auxílio, extraído da classificação de Daniel Mitidiero, que concebe a tarefa do julgador de auxiliar as partes para que superem dificuldades no exercício de direitos, faculdades ou ônus processuais (2011a). A título de exemplo vide artigos 396, 401 e 481 do CPC/15, que correspondem aos artigos 355, 360 e 440 do CPC/73.⁸

Daniel Mitidiero anota que a colaboração no processo civil não é tema que interessa às partes. Para ele, as partes não colaboram entre si. A colaboração é do juiz para com as partes. É como entende (2011b, p. 62):

[...] a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso).

De acordo com o defendido, as partes possuem interesses contrapostos e, por essa razão, não cooperam entre si. Acreditar que as partes possam construir uma relação de companheirismo em favor da solução do litígio seria uma “utopia alienígena”, segundo expressão de Reinhard Greger (2012, p. 126).

Realmente, soa um tanto ingênuo crer que as partes possam se unir e cooperar entre si, abrindo mão de seus interesses particulares, para decidir a sorte do conflito. É evidente, no entanto, que os deveres de esclarecimento, lealdade e proteção são imprescindíveis na busca de uma decisão mais justa.

Analisando o princípio da cooperação no âmbito do direito processual alemão, Greger sinaliza: “[...] trata-se menos de um dever de cooperação (*Kooperationspflicht*) do que de um ônus de cooperação (*Kooperationslast*), que até certo ponto, toca às partes, como reflexo da tarefa judicial de gerenciamento do processo” (2012, p. 128).

⁸ Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.
 Art. 401. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz ordenará sua citação para responder no prazo de 15 (quinze) dias.
 Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Em síntese: às partes é reservado o ônus de cooperar, comportando-se com lealdade e boa-fé. Fala-se em ônus, uma vez que não é natural que, em um conflito, os sujeitos concordem em colaborar. As partes apenas podem cooperar. Mas, no caso de agirem em desconformidade com a boa-fé, sofrerão as consequências legais.⁹ A cooperação das partes, a nosso ver, se restringe ao respeito às “regras do jogo”.

2.4 A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL ALEMÃO

Surge após a Segunda Guerra o interesse pelo estudo de uma nova feição do contraditório, que romperia a antiga compreensão do mesmo como garantia formal de bilateralidade de instância. O contraditório se torna uma possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões, bem como sobre o regular desenvolvimento do processo, reduzindo ou anulando as possibilidades de surpresas. Surge, então, o dever de consulta, derivado do processo cooperativo, impondo ao juiz a prática do debate preventivo, com a sujeição de todos os fundamentos ao crivo do contraditório (NUNES, 2012).

O conteúdo foi estabelecido na Lei Fundamental da Alemanha, no art. 103, § 1º, e, segundo orientação do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), foi elevado a “pretensão de audição jurídica” (Anspruch auf Rechtliches Gehör), convertendo-se em um verdadeiro dever do magistrado, enquanto que às partes era possibilitado o direito de influir no julgamento, se posicionando sobre qualquer questão de fato ou de direito (NUNES, 2012).

O Código de Processo Civil da Alemanha torna a cooperação um componente do contraditório. *In verbis*:

⁹Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.
Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

ZPO – Ordenança Processual Civil § 139. Direção material do processo. (1) O Tribunal tem de discutir com as partes a questão material e litigiosa, tanto quanto necessário, em seus aspectos fáticos e jurídicos, e tem que colocar questões. Tem, então, de provocar que as partes se manifestem em tempo hábil e plenamente sobre todos os fatos consideráveis, especialmente que possam completar declarações insuficientes para os fatos que são levados em conta, indicar os meios de prova e colocar proposições relevantes. (2) No caso de a parte não ver ou tomar como irrelevante uma opinião [Gesichtspunkt], só pode o Tribunal – desde que não se trate de uma demanda reconvenção [Nebenforderung] – sustentar sua decisão se isso tiver sido indicado por ele e se tiver sido dada a oportunidade para exposição. O mesmo vale para uma opinião que o Tribunal avalie diferentemente das duas partes. (3) O Tribunal tem de chamar a atenção para os equívocos no [Bedenken] que concerne aos pontos que *ex officio* podem ser levados em consideração. (4) Avisos acerca dessas instruções têm de ser transmitidos tão cedo quanto possível e têm de se fazer registrar nos autos. Sua transmissão só pode ser provada por meio do conteúdo dos autos. Contra o conteúdo dos autos só é admissível a prova da falsidade. (5) Se para uma parte não é possível uma pronta explicação para uma posição judicial, então deve o tribunal determinar um prazo no qual a explicação possa ser dada por escrito.¹⁰

Depreende-se dos enunciados normativos a proibição ao tribunal de fundamentar suas decisões a partir de “ponto de vista estranho ao das partes”, a não ser que lhes faça a indicação e conceda a possibilidade de intervenção. Em todas as fases processuais, todas as informações devem ser claras, contribuindo para a celeridade processual. A clareza das informações contribuirá para a formação das teses processuais e levará ao fortalecimento das decisões judiciais (MOREIRA, 2004). Parece ter sido essa a intenção do legislador alemão.

Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 228) anota que o aludido dispositivo valoriza o direito de participação das partes, de maneira que:

¹⁰ Tradução de Dierle José Coelho Nunes, Processo Jurisdicional Democrático, p. 228. Texto original: ZPO § 139 Materielle Prozessleitung – Fassung vom 05. Dezember 2005 – (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur reine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Ertelung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.

[...] vislumbra-se que o direito de participação das partes não constitui “um acréscimo inútil ou supérfluo”, de modo que o aumento dos poderes dos juízes não significou a redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes.

Na doutrina alemã, o princípio da cooperação (Kooperationsmaxime) foi citado pela primeira vez por Karl August Bettermann, em 1972, em obra dedicada ao estudo dos fundamentos e princípios constitucionais do processo. Nesse primeiro trabalho, Bettermann tratou da influência do direito constitucional nas relações processuais, referindo-se ao princípio da cooperação como um ponto de equilíbrio entre os princípios dispositivo e inquisitório (KOCHEM, 2016).

Para o autor, a mais importante conexão entre o direito constitucional e o processo civil é a organização judiciária, afinal, a partir dela, a Constituição interfere no próprio funcionamento do processo civil, com a incidência de regras direcionadas tanto às partes quanto ao juiz (KOCHEM, 2016).

Em ensaio sobre o tema, Peter Gilles (1977) afirma que o princípio da colaboração consiste em verdadeira fusão entre o princípio dispositivo, as instruções judiciais e a verdade material. Possibilita, na sua opinião, amplo debate, por meio de um processo de comunicação e interação, orientado pelo contraditório (KOCHEM 2016).

Rudolf Wassermann, ao desenvolver o assunto, fala em uma “comunidade de trabalho” (Arbeitsgemeinschaft), remetendo-se à interação entre o tribunal e as partes, intermediada pelo dever de debate, levando-se em conta as circunstâncias concretas de cada caso (KOCHEM, 2016).

O processo civil germânico, sem dúvida alguma, adotou o princípio da cooperação. Vejamos, na sequência, o desenvolvimento do mesmo no direito processual civil português.

2.5 A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS

O processo civil português, muito antes do brasileiro, já consagrava, em seu Código de Processo Civil, o dever de cooperação, razão pela qual nos cumpre examinar o que diz a doutrina a respeito do tema, pretendendo contribuir para melhor compreensão desta norma, agora trazida para o sistema processual brasileiro. Fredie Didier Jr. estudou profundamente o tema, tendo publicado a obra intitulada: “Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português”.

O Código de Processo Civil Português prevê o dever de cooperação no art. 266º, 1, que tem a seguinte redação: “Na condução e intervenção do 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”.

Poucos trabalhos relacionados ao princípio da cooperação judicial se destacam na doutrina portuguesa. As abordagens de maior relevância se encontram em obras sistematizadas de Miguel Teixeira de Souza, Lebre de Freitas e Paula Costa e Silva.

É interessante consignar que, para a doutrina portuguesa, o princípio da cooperação não tem aplicação direta, então, não seria norma jurídica (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 50). Para Miguel Teixeira de Souza, o princípio da cooperação depende de regras específicas para ser concretizado, excetuando apenas o caso do dever de prevenção, que para ele tem um sentido mais amplo. Ao estabelecer as consequências do desatendimento às regras de cooperação, classifica as regras em “fechadas”, que não dão margem à discricionariedade judicial, e “abertas”, que em sua opinião conferem discricionariedade ao juiz. Nas “fechadas”, haverá invalidade processual, enquanto que, nas “abertas”, inexistirá sanção (SOUZA apud DIDIER JÚNIOR, 2010).

Didier discorda das conclusões do autor português. De acordo com o autor, não há que se falar em discricionariedade no caso de conceitos jurídicos indeterminados. Ao juiz não é conferida competência para criar o efeito jurídico do fato, cuja hipótese de incidência é vaga. Vale lembrar que Teixeira de Sousa defende a concretização do

princípio por regras jurídicas. Se adota essa premissa, não pode falar em discricionariedade (DIDIER JÚNIOR, 2010).

No entanto, segundo Didier, se o dever de cooperação for considerado uma cláusula geral, nesse caso, haverá discricionariedade. O legislador atribui ao julgador a tarefa de determinar a consequência da aplicação da norma ao caso concreto. E mesmo que a decisão esteja amparada por cláusula geral, ela é suscetível de controle, nos seus aspectos formal ou substancial (DIDIER JÚNIOR, 2010).

Em momento anterior, destacamos que, para a doutrina brasileira, a exemplo de Daniel Mitidiero e Fredie Didier, a cooperação é entendida como um princípio e tem aplicação direta. Ao analisar o princípio da cooperação no direito processual português, Fredie Didier vai além disso. Adota a interpretação de que o dever de cooperação traduz uma cláusula geral.

A cláusula geral é um tipo de texto normativo, cuja hipótese fática consiste em termos vagos e os efeitos jurídicos são indeterminados (DIDIER JÚNIOR, 2010). Dito de outro modo, o enunciado desta espécie normativa é aberto, possibilitando grande amplitude semântica, que dependerá dos critérios de interpretação adotados na construção das normas.

É evidente que um sistema que contenha cláusulas gerais impõe ao julgador participação mais ativa e criativa diante dos problemas concretos que lhe forem apresentados.

Registra-se, por oportuno, que a cláusula geral demanda concretização ao invés de subsunção. A vagueza de suas proposições pode ser esclarecida mediante decisões judiciais, com a sucessiva elaboração de ideias e critérios para sua concretização. Ademais, influenciam nesse processo a observância da finalidade concreta da norma e a pré-compreensão do enunciado por parte do intérprete (DIDIER JÚNIOR, 2010).

A par de todo o pensamento exposto, depreende-se que o dever de cooperação no direito processual português, segundo Fredie Didier Jr., é considerado uma cláusula

geral, da qual é possível extrair princípios e regras jurídicas concretizadoras. Nessa linha, o princípio da cooperação nasceria do dever geral de cooperação.

A legislação portuguesa, que retirou sua inspiração no Direito Alemão, avançou no desenvolvimento desta nova fase do Direito Processual, ao prever expressamente o princípio da cooperação como um princípio fundamental que norteia todo o conteúdo legislativo processual.

2.5.1 Devido processo legal e a boa-fé processual

Afirma-se, com clareza, que o princípio da cooperação no processo civil português decorre do modelo de “processo equitativo”, garantido pelo n. 4 do art. 20 da Constituição portuguesa, que preconiza uma prestação jurisdicional justa e em tempo razoável (DIDIER JÚNIOR, 2010).¹¹

Diante dos problemas contemporâneos, o conteúdo da cláusula do devido processo legal é constantemente ampliado, sempre garantindo a abertura e o equilíbrio do ordenamento jurídico. E a cooperação representa justamente uma evolução da noção de processo equitativo. Nas palavras de Didier (2010, p. 79): “A estruturação de um processo leal e cooperativo parece ser uma nova etapa na concretização do conteúdo do devido processo legal. ”

É importante ressaltar, também, a relação existente entre a cooperação e a boa-fé processual. O princípio da boa-fé informa que todos os sujeitos que participam do processo devem comportar-se de modo que suas condutas não prejudiquem outrem. Fala-se aqui em boa-fé objetiva.

Explica-se. É preciso distinguir o princípio da boa-fé (norma) com a exigência de boa-fé (boa-fé subjetiva) para configuração de alguns ilícitos processuais. Através da norma que impõe o dever de boa-fé na relação processual, extraímos a proibição de

¹¹ Art. 20º, n.4: “ Decisão proferida em processo justo e em tempo razoável. ”

condutas e estados de comportamento que ensejam o desrespeito à cláusula de boa-fé (DIDIER JÚNIOR, 2010).

O Código de Processo Civil português consagra expressamente o princípio no art. 266º-A, que dispõe: “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes no artigo anterior”.

O sistema processual brasileiro, que não contava com previsão expressa do dever de boa-fé, agora possui norma expressa, inserta no art. 5º do Código de Processo Civil de 2015, que prescreve: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Logo em seguida, prevê no art. 6º o dever de cooperação, reforçando a íntima relação entre os princípios.¹²

¹² Interessante consignar o enunciado n. 6 do Fórum de Processualistas Cíveis que enuncia: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes a boa-fé e à cooperação”. O comportamento cooperativo, portanto, pressupõe o “agir com boa-fé”.

3 O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA E DE NÃO SURPRESA

3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PERFIL DO CONTRADITÓRIO

No processo medieval, o contraditório era a *ordo substantialis*, que representava o emaranhado de regras em que se fundamentava o processo. O contraditório era o instrumento capaz de desvendar o que chamavam de “verdade provável”. Para tanto, era preciso assegurar igualdade e reciprocidade às partes (PICARDI, 2008).

Assim, acreditava-se que a busca da verdade dependia de um método de investigação e manifestação recíproca das partes (*ars opponendi et respondendi*). A resposta para a controvérsia não poderia ser encontrada individualmente, deveria ser resultado de um trabalho conjunto, que ampliaria o campo de informações, facilitando a busca da verdade (PICARDI, 2008).

No método dialético da *ordo iudiciarius* nada escapava do crivo do contraditório, ou, como era conhecido: *audiatur et altera pars*. Nessa esteira, pondera Nicola Picardi (2008, p. 130):

As regras de procedimento possuem uma função de compensação (*rationes compensandi*) relativamente às diversas formas de desigualdade que se apresentam no processo: o *ordo iudiciarius* visa assegurar a igualdade, não apenas entre as partes, mas também entre o juiz e as partes.

A eleição do contraditório como elemento condutor de toda a dialética processual demonstra que o aludido procedimento se caracterizava por uma ordem isonômica, em que se buscava a todo custo a igualdade no processo.

Na passagem do séc. XVII ao séc. XVIII, verificou-se uma mudança no âmbito processual. Da ordem isonômica migrou-se para um modelo assimétrico. Enquanto no primeiro a figura do juiz era despersonalizada, tido como apenas controlador das atividades processuais, na ordem assimétrica, assume uma posição de caráter publicista (PICARDI, 2008).

O jusnaturalismo moderno já tinha dados sinais de desvalorização do contraditório. A partir daí o contraditório foi reduzido a uma garantia formal e mecânica de contraposição de teses. A dialética foi abandonada e a verdade que se buscava naquele momento era a objetiva, absoluta (PICARDI, 2008). O contraditório, em alguns momentos, era até mesmo dispensável.

Nota-se no decorrer dos séculos XIX e XX um processo de decadência do princípio do contraditório, chegando-se a cogitar a abolição do mesmo, o que quase foi feito na Alemanha, no final dos anos 30 (PICARDI, 2008).

Somente após a Segunda Guerra Mundial é que o princípio do contraditório volta a ocupar o centro do fenômeno processual. Observa-se a necessidade de sua implementação na problemática interação das relações jurídicas. Consoante Picardi (2008, p. 143), o contraditório passa a representar um princípio que deve nortear a lógica do senso comum, induzindo a tarefa de interpretação à procura da equidade. É o caminho para o “processo justo”.

Na legislação brasileira, o contraditório constitui um direito fundamental reconhecido na Constituição de 1988. Ocorre que o mesmo passou por um processo de mudanças, acompanhando, naturalmente, toda a mutação pela qual passou e vem passando o direito processual civil.

Nota-se, conforma salientamos, que o processo, enquanto fenômeno cultural, foi estudado a partir de diversos olhares e marcos metodológicos. Estudaremos, agora, especificamente, o reflexo dessas mudanças na garantia constitucional do contraditório.

Visualizamos duas visões acerca do contraditório. Na primeira delas, o contraditório é visto como um simples “direito de ser ouvido”, reduzido simplesmente à “bilateralidade de instância”. A segunda visão, originária do marco teórico do formalismo-valorativo, entende o contraditório como direito de influência, superando a percepção antiga do direito de informação e reação. Antes de tudo, porém, é conveniente relatar, sinteticamente, o surgimento desse direito no âmbito nacional.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, o contraditório foi consagrado constitucionalmente na Constituição de 1937, com aplicação exclusiva na esfera penal. Foi na Constituição de 1988 que sua aplicação foi ampliada ao processo civil e administrativo (CABRAL, 2011), com previsão normativa no art. 5, LV, que assim dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. ”

Pontuado o nascimento do contraditório no Ordenamento Jurídico Brasileiro, passamos a sua análise. Conhecedor do tema, Antônio Passo Cabral (2011, p. 194) aduz que: “Tradicionalmente, a etimologia da palavra “contradizer” revelava a conotação latina na descrição das funções do princípio: contrariedade de interesses, contraposição de teses. O processo teria um formato dialético, do qual o magistrado extrai a síntese que é a decisão. ”

Originalmente, a ideia de contraditório ligava-se a necessidade de ciência do prejuízo que o litigante estaria suportando ou poderia vir a suportar. O direito de manifestar-se, portanto, dependia desta condição. Essa interpretação traduzia uma visão individualista do processo, na qual o princípio só beneficiaria as partes interessadas, que vislumbassem algum prejuízo de ordem patrimonial (CABRAL, 2011).

Partilhamos da ideia de que o contraditório não se restringe apenas ao direito de informação e reação. Vai muito além, deve assegurar um procedimento participativo, mais democrático. Para tanto, convém tratarmos mais detidamente no que consiste o direito da parte de informação-reação no processo (visão tradicional de contraditório), para, então, demonstrarmos a abordagem democrática de contraditório que tem sido proclamada.

3.1.1 O contraditório como direito da parte de informação e reação no processo

A observância do contraditório decorre da necessidade de resguardar aos litigantes a oportunidade de defesa antes da consecução do ato decisório. Ou seja, consiste em um direito de proteção ao arbítrio estatal. O exercício do Poder Jurisdicional demanda o respeito ao devido processo legal, que pressupõe o cumprimento de regras procedimentais, entre as quais, encontra-se a participação das partes interessadas na solução da controvérsia. Pois bem. Conforme aludimos, tradicionalmente, o contraditório tem duas vertentes: o direito de informação e o direito de reação.

Na visão de Cabral (2011, p. 196), o binômio informação-reação pode ser assim definido:

O primeiro braço desse binômio é o direito de informação (*Recht auf Benachrichtigung*). Com efeito, o contra-ataque de um dos sujeitos do processo depende da ciência necessária do gravame sofrido ou potencial, sendo absolutamente imperativo o conhecimento acerca da realização e consequência dos atos processuais, materializado pelos mecanismos de comunicação previstos no processo, notadamente a citação, as intimações e as cartas (rogatória, precatória e de ordem).

[...]

Ligado à ciência dos atos está o segundo polo que compõe o núcleo essencial do princípio, a garantia de expressão ou de reação no processo (*Recht auf Äusserung*). As partes têm direito de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos, sendo-lhes facultadas as vias oral e escrita através de seus advogados, ou mesmo pessoalmente, quando dispensada a capacidade postulatória. E, se, por um lado é imperativa a informação aos interessados, sua reação é apenas possível, visto que, em homenagem à liberdade das partes, não se pode impor o exercício de um direito como o contraditório. Pense-se no exemplo da revelia, em que o réu, apesar de citado (e, portanto, informado do ajuizamento da demanda), não oferece contestação.

Em resumo: o direito de informação compreende a necessidade da parte de saber da existência e possíveis consequências dos atos processuais, enquanto que, o direito de reação, está ligado à possibilidade de manifestação quanto ao conteúdo fático e jurídico dos autos.

É como definem, Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 118):

É a aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz. Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão-somente uma participação fictícia e aparente.

Outrossim, a redução do princípio ao binômio informação-reação demonstra uma visão limitada do processo, vinculada a valores patrimoniais e individuais que se mostra ultrapassada diante da complexidade da vida moderna. É preciso compreender o contraditório como um direito de influência e dever de colaboração dos sujeitos processuais, para atender aos ideais democráticos.

3.2 O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE INFLUÊNCIA

O direito à participação, substrato do direito ao contraditório, corolário do processo jurisdicional democrático, pressupõe o direito de influência como ferramenta legítima do cidadão para promover o diálogo com o Estado (ZANETTI JÚNIOR, 2014).

Por excelência, a maior manifestação do Poder Estatal se dá por meio de suas decisões, sejam elas políticas, administrativas ou jurisdicionais. Caberá ao cidadão valer-se do direito de influência para assegurar sua participação nesse processo. O direito de influenciar é a possibilidade de comunicação realizada através da persuasão e convicção, podendo ou não gerar uma mudança de comportamento. Esse é o ponto de diferenciação desta com o poder. O poder é capaz de sujeitar um determinado comportamento, com força coercitiva (CABRAL, 2011).

Vislumbramos isso, também, no âmbito do processo jurisdicional (CABRAL, p. 2011, p. 199):

[...] se o processo é um dos cenários onde produz o Estado decisões vinculativas, podemos afirmar que os sujeitos processuais, através de suas manifestações no curso do processo, exercem profunda influência no exercício do poder estatal. No âmbito processual, a dinâmica do poder abrange a prática da influência. Se apenas as decisões do magistrado são

vinculativas e imperativas – manifestação de poder – os atos dos demais sujeitos processuais incluem-se no espectro maior de influir na decisão.

Dessa forma, de nada adiantaria assegurar o contraditório, apenas em sua acepção formal, ou seja, como oportunidade de reação. O princípio do contraditório deve assegurar o direito de influência das partes no processo. Se assim não for, estaremos caminhando contra o modelo democrático de processo.

3.3 O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE NÃO SURPRESA

Segundo a doutrina, as decisões que se baseiam em premissas não sujeitas ao crivo do contraditório são chamadas de decisões surpresa. André Pagani de Souza (2014, p. 136) assim a conceitua:

[...] decisão surpresa é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida. Ou seja, a decisão surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos.

Não há dúvidas de que a decisão surpresa, como o próprio nome sugere, é aquela decisão que ignora todo o diálogo produzido ao longo do processo. Trata-se de decisão que viola o contraditório em sua dimensão cooperativa.

A valorização da participação e do trabalho conjunto entre partes e o juiz é resultado da absorção na dinâmica processual do formalismo-valorativo. O dever de debate encontra sua maior expressão na decisão judicial, onde o juiz deverá ter enfrentado todas as razões deduzidas pelas partes. O dever de fundamentação das decisões judiciais consiste na última manifestação do contraditório. A fundamentação possibilita o controle da atividade jurisdicional (MITIDIERO, 2011a).

Para Daniel Mitidiero (2011a, p. 154):

[...] é de rigor que na motivação da decisão efetivamente conste a apreciação do órgão jurisdicional a respeito dos fundamentos deduzidos pelas partes ao longo do processo. Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.

Embora nossa Constituição já consagrasse expressamente o dever de observância do contraditório, do qual extraímos a vedação à decisão surpresa, somente o Novo Código de Processo civil, atento aos anseios democráticos, trouxe previsão expressa no âmbito infraconstitucional, no art. 10, que dispõe: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Um destaque deve ser dado à inovação legislativa. A vedação à decisão surpresa se estende, inclusive, a matérias que podem ser declaradas de ofício pelo magistrado. Isso porque o contraditório deverá persistir durante todo o procedimento judicial, propulsionando as atividades das partes e, de igual forma, as atividades do juiz, o qual, mesmo quando do seu exercício oficioso, deve imbuir-se do espírito de colaboração e não de autoridade (CIVININI apud THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009).

É certo que a vedação à decisão surpresa não é novidade na doutrina. Trata-se de um conteúdo do princípio do contraditório. No entanto, é a primeira vez que a legislação processual a codifica. Do ponto de vista pragmático, representa uma grande inovação no sistema.

3.3.2 Consequências da decisão surpresa

Merece alvitre ressaltar que o exercício do contraditório constitui uma questão de ordem pública processual, cuja violação pode resultar em nulidade processual. Nesse sentido, esclarece André Pagani de Souza (2014, p. 152):

Afirma-se que se trata de uma questão de ordem pública processual porque o interesse que existe na aplicação do princípio do contraditório é superior ao interesse das partes em conflito. Trata-se de um interesse verdadeiramente

público na medida em que o correto exercício da jurisdição mediante o processo é que tornará possível ao Estado atingir os objetivos traçados pela constituição Federal. Dentre esses objetivos estatais, podemos destacar o que está diretamente relacionado ao processo: a *pacificação com justiça*.

Assiste razão o autor, ao destacar que o valor protegido pelo contraditório ultrapassa os limites dos interesses em conflito. Muito além de proporcionar a participação com influência aos sujeitos processuais, o contraditório contribui com um objetivo maior, que é a prestação jurisdicional pacífica.

No contexto do processo civil cooperativo, é transferida ao contraditório a tarefa de defender, em verdade, toda uma coletividade, assegurando a realização democrática do processo. Sob essa perspectiva (SOUZA, 2014, p. 153):

O princípio do contraditório, aglutinado no trinômio informação-reação-participação e atualizado com o norte da cooperação que deve reger a atuação dos sujeitos processuais, constitui, portanto, uma norma de ordem pública. Não se nega que o réu tenha o direito de ser informado que existe um pedido deduzido perante o Estado-juiz contrário aos seus interesses, bem como que tenha o direito de reagir e o autor tenha o direito de ser informado dessa reação, e assim por diante. Porém, para além do interesse desses sujeitos (autor e réu) de serem informados e de que lhes sejam franqueadas oportunidades de reagir, existe um interesse superior – que é o de toda a coletividade – de que todos os escopos do processo (sociais, políticos e jurídico) sejam atingidos.

Para que a sociedade considere a atuação do Estado-juiz aceitável, dito de outro modo, para que haja a boa aplicação – e, conseqüentemente, o cumprimento por parte da sociedade- das normas impostas por ele próprio, deve o Estado buscar, a todo custo, a versão mais próxima da verdade dos fatos. Essa reconstituição dos fatos, para que tenha a eficácia desejada, demanda um contraditório eficiente.

Para tanto, necessário se faz a consecução por parte do juiz - investido da atividade jurisdicional - da atividade de consulta às partes, concedendo a elas a oportunidade de se manifestarem. Mesmo que, muitas vezes, a manifestação não interfira na formação da decisão, constitui dever do Estado propiciar o debate prévio de todas as questões.

Considerando o contraditório um dos deveres inerentes à cooperação, salienta Mitidiero (2011b) que a consequência do descumprimento deste dever significará ofensa ao direito constitucional ao processo justo.

3.4 O CONTRADITÓRIO COMO APROVEITAMENTO DA ATIVIDADE PROCESSUAL

Ao contrário do que se pensa, a acepção dinâmica do contraditório em nada atrapalha o bom andamento do processo, não causa atrasos. Sua implementação fortalece o processo, na busca de uma prestação jurisdicional eficiente.

Sobre a necessidade de otimização do debate processual, orientam Nunes e Theodoro Júnior (2009 p. 127):

Há de se perceber que tanto nos litígios de baixa intensidade, quanto nos de alta intensidade (litígios de massa) faz-se mister a implementação de pelo menos uma etapa de cognição bem realizada (com contraditório pleno), eis que caso o debate não ocorra pelo menos uma vez, sobre todas as nuances relevantes do caso e dos fundamentos das decisões, potencializa-se a utilização de recursos, e automaticamente, a chance de seu acatamento pelas instâncias revisoras, com aumento considerável do espaço-tempo processual.

O contraditório pleno, portanto, reduz o tempo do processo e, potencialmente, diminui a quantidade de recursos, possibilitando ao litigante ter seu direito atendido mais rapidamente. Logo, verifica-se também a realização do verdadeiro escopo do processo, que é a prestação jurisdicional eficaz. É esse o verdadeiro escopo do processo: realizar o direito material. O formalismo-valorativo nos ensina que o processo não tem um fim em si mesmo.

Acrescenta-se, ainda, que a profusão de um debate viabiliza a objetivação dos conhecidos “jargões” de fundamentação, difundidos a partir da aplicação dinâmica de uma gama de direitos fundamentais, permitindo o delineamento das peculiaridades de cada caso. A correta interpretação das situações concretas refletirá na formação do convencimento do julgador. Daí a grande importância do enlace (NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2009).

4 A DECISÃO DA CAUSA E O DEVER DE DIALOGAR: A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CONTROLE DAS PARTES PELA ARGUMENTAÇÃO CONSTANTE DOS AUTOS

4.1 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

4.1.1 A obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais

Contemporaneamente, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões é consenso, integrando diversos ordenamentos jurídicos. Não é diferente com o brasileiro, que contempla a garantia na Constituição.

O dever de fundamentação das decisões judiciais foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, no art. 93, IX¹³. Trata-se de regra ligada à noção de Estado democrático, que tem como alicerces a participação e a autodeterminação do ser humano. Parte da ideia de que o Estado deve ser construído a partir do indivíduo, possibilitando o controle de poder e da arbitrariedade (KOCHEM, 2015).

No âmbito infraconstitucional também se nota uma preocupação com a concretização desse direito. O Código de Processo Civil de 1973 elegeu a motivação como elemento essencial do ato decisório no art. 458, II¹⁴. Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a partir desse momento, a legislação indicou que é na fundamentação do *decisum* que o juiz exterioriza sua interpretação da lei e dos fatos da causa, devendo fazê-lo de forma lógica, clara e estruturada (CRUZ E TUCCI, 1987, p. 106-107).

¹³ Art. 93, IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹⁴ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I- o relatório que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Ainda na vigência do CPC/73, o dever de fundamentação das decisões foi elevado ao patamar constitucional. O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, trata da matéria nos artigos 11 e 489, dos quais falaremos logo em seguida. A nova legislação, pode-se afirmar, esforçou-se em concretizar com vigor a garantia do art. 93, IX da CF/88.

Retornando ao ponto que ora abordamos, registra-se ser dever do magistrado, portanto, organizar todo seu trabalho de interpretação da lei e de análise dos fatos, no qual sustenta seu convencimento, fazendo-o constar no corpo do texto decisório.

As partes têm o direito de saber as razões do resultado da demanda. Se a solução do conflito não for explicada satisfatoriamente, a atuação jurisdicional se revelará autoritária, ao invés de expressar seu verdadeiro papel de tornar litigiosa a relação jurídica e submetê-la ao ambiente dialético (CRUZ E TUCCI, 1987).

O tratamento obrigatório da atividade de fundamentar decisões decorre de diversos fatores. Na ordem da técnica, a motivação tem o condão de precisar e delimitar o âmbito do *decisum*. A impugnação também reflete nesse critério, uma vez que a fundamentação do objeto impugnado é pressuposto indispensável para o questionamento de qualquer ponto da decisão; de outro lado, serve como garantia. Afinal, através da sequência sob a qual se estrutura a motivação pode-se inferir sobre sua legitimidade, verificar a postura do juiz e, principalmente, assegurar às partes a comprovação de que foram “ouvidas” (WAMBIER, 2005, p. 334-335).

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier (2005), a prestação jurisdicional adequada, ou seja, racionalmente motivada, relaciona-se aos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Daí a importância da motivação das decisões no âmbito extraprocessual. Confere certa “legitimidade” ao exercício da Jurisdição, na medida em que, a partir da fundamentação permite-se o controle da atividade estatal.

Sob o ponto de vista endoprocessual, a atividade de fundamentação revela-se imperativa. Orienta Teresa Wambier (2005, p. 295): “[...] sob a ótica endoprocessual pode-se dizer que a motivação da sentença é indispensável, até para fins de se saber o que fica acobertado pela coisa julgada e pelo efeito preclusivo da coisa julgada. Afinal, como a causa de pedir qualifica o pedido, a *ratio decidendi* qualifica o *decisum*.”

Expostos os comentários preliminares, que sinalizam a obrigatoriedade e a importância de motivar as decisões dentro do processo, se mostra imprescindível explorar o conteúdo da motivação, sem, contudo, a pretensão de esgotar o tema, dada sua complexidade.

4.1.2 A motivação como discurso justificativo

Expondo suas reflexões sobre o tema da motivação da sentença, leciona Enrico Tulio Liebman (1983, p. 80):

Em um estado-de-direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a Juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar a decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio.

Em síntese, o dever de motivação decorre da tomada de consciência no sentido de limitar o arbítrio dos juízes. Liebman discorda daqueles que dizem que a motivação consiste em um processo de justificação da decisão. Para ele, não há nenhuma vantagem prática em compreender a sentença como fruto da intuição. O fato de a exposição articulada dos fundamentos ser construída depois seria decorrente apenas da impossibilidade de, no momento exato da decisão, o juiz expor todo o processo que o levou àquela conclusão (1983, p. 79-80).

Sob este enfoque, afirma (LIEBMAN, 1983, p. 80):

O que importa, somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicos e coerentes, de forma a constituírem elementos indispensáveis de um ato unitário, que se interpretam se se iluminam reciprocamente.

Mesmo assumindo que o magistrado primeiro decide e depois fundamenta, salienta Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 309):

[...] é necessário que à decisão tomada pelo juiz baste uma argumentação de natureza racional, e que a decisão, em si mesma, seja, também racional (o que não significa seja lógica, no sentido clássico da expressão).

Com isto, portanto, não se quer dizer que o *decisum* da sentença seja logicamente dedutível das premissas que o precedem, como a única solução possível, mas que a ele se possa chegar através de meios racionais, isto é, que o *decisum* seja acessível por meio de raciocínio.

É importante ressaltar que tal racionalidade deve ser buscada no caso concreto. Ela é situacional. O caminho racional não é único. Ou seja, nada impede que um mesmo caso comporte decisões distintas, desde que estas tenham seguido uma fundamentação racional.

Com isso, não se quer afirmar que a operação do juiz é irracional, mas que a racionalidade é “referida a um tipo característico de situação comunicativa que determina peculiarmente os conceitos de fundamentação e crítica” (FERRAZ, apud WAMBIER, 2005, p. 312).

Interessante consignar que a motivação, enquanto instrumento de comunicação (TARUFFO, 2015, p. 114):

[...] seja compreendida como discurso elaborado pelo juiz com o objetivo de tornar expresso certo conjunto de significados – e isso determina a configuração da motivação como instrumento de comunicação, inserido dentro de um procedimento comunicativo que tem origem no juiz e encontra-se direcionado a informar as partes – e também o público em geral – a respeito do daquilo que o juiz quer exprimir.

A motivação encerra, também, um processo que permite a comunicação do juiz com as partes e demais interessados, no qual o magistrado expõe de modo expresso o conjunto de proposições que denota seu posicionamento a respeito da questão trazida pelos litigantes.

Em verdade, a coerência buscada com a motivação revela o desejo de proporcionar o controle e a previsibilidade das decisões. Esse é o papel da motivação (WAMBIER, 2005, p. 311).

José Rogério Cruz e Tucci, examinando a estrutura interna da motivação sob a égide do CPC/73, preconiza que uma “decisão motivada” dever ser expressa, clara, coerente e lógica (1987, p. 18).

Interessante é a abordagem do autor italiano Michele Taruffo (2015), que, logo no início de sua obra “ A motivação da sentença civil”, detecta o problema da concepção da motivação no âmbito do direito processual civil. Destaca que o processo civil sempre tratou questões paralelas ao seu conceito próprio, tais como: a definição de sua natureza e do vício decorrente de sua ausência e a questão da incidência ou não do instituto da coisa julgada. Essa postura deu à motivação o caráter de “mobilidade”. Fica clara essa tendência quando a doutrina define a motivação como aquilo que não é acobertado pela coisa julgada.

O conceito de motivação, de descrição decididamente complexa, pode assumir diversos contornos que variam conforme as características estruturais do contexto e os métodos interpretativos utilizados (TARUFFO, 2015).

A abordagem da motivação no contexto presente se mostra relevante, diante do reconhecimento da insuficiência da técnica do “silogismo judicial”. Cada vez mais os juízes valem-se de outras fontes do direito que não a lei para dar “respostas” aos diversos valores disputados na sociedade atual. Assim, para formar sua convicção, o processo interpretativo e de julgamento do magistrado envolve muitas questões que extravasam os limites legais.

A insuficiência da dogmática tradicional vem realçando cada vez mais o papel dos princípios, a fim de ver satisfeitas as expectativas de direitos dos jurisdicionados. Contemporaneamente, a decisão do juiz é tomada a partir de um conjunto de elementos que compõem o sistema jurídico. Falamos aqui da doutrina, da jurisprudência, dos princípios e da lei no sentido estrito (WAMBIER, 2005).

Nota-se, outrossim, que os parâmetros de apoio para a decisão do juiz são hoje amplos e incertos, diferente do que ocorreria quando era possível simplesmente subsumir a lei ao caso concreto. Por essa razão, é imprescindível conhecer mais do tema da motivação das decisões. Toda essa base principiológica pode dar azo ao

subjetivismo do juiz e enfraquecer a confiabilidade dos jurisdicionados nas decisões judiciais.

Estamos com Michele Taruffo (2015, p. 124), para quem a motivação da sentença não exprime todo o raciocínio do juiz. Isso porque o *iter* que leva o juiz à decisão envolve fatores de várias ordens (Ex: fatores culturais, psicológicos, etc.). Só compõe o conjunto de proposições da motivação expressa o que é racionalizável.

Ao abordar o conceito de motivação como discurso justificativo da decisão se faz pressupor que (TARUFFO, p. 128):

[...] a exigência de justificação a que a motivação responde não consente de entendê-la como “discurso a respeito do modo com que o juiz formulou a decisão”, mas sim como “discurso a respeito das razões a partir das quais o juiz apresenta a decisão como aceitável”. Reaparece aqui, pela enésima vez, a distinção entre a explicação (discurso que descreve as razões reais de um fenômeno) e justificação (discurso que apresenta as razões pelas quais um fenômeno deve ser acolhido favoravelmente), que também sob esse ângulo visual parece irreduzível. Essa exclui a possibilidade de considerar-se o raciocínio do juiz (entendido como complexo de atos e de condicionamentos que deu lugar à decisão) como objeto a que se referem os conteúdos expressos na motivação.

A compreensão da diferença entre discurso explicativo e justificativo é importante para deixar claro que as proposições expressas na motivação não abrangem todo o conteúdo do raciocínio decisório, mas apenas o conjunto de significados que sustenta e favorece o posicionamento do magistrado. Por isso, o caráter justificativo. O discurso não pode ser explicativo, afinal, se o fosse, a motivação deveria corresponder a todo o complexo de fatores que levaram o juiz à decisão e isso incluiria aspectos insusceptíveis de racionalização.

O raciocínio decisório que leva à motivação deve ter um conteúdo mínimo. Há uma sequência de atos que devem ser respeitados para se alcançar uma justificação racional. A atividade envolve os seguintes passos: a individualização das normas aplicáveis; a apuração dos fatos relacionados à causa; a qualificação jurídica desses fatos; as consequências jurídicas da aplicação das normas jurídicas; os nexos de implicação e coerência entre as proposições formuladas; e, por fim, os fundamentos que determinaram a escolha do julgador, tornando-a racional (TARUFFO, 2015).

Após essa breve digressão sobre os aspectos que compõem a motivação, fica claro que: “Não tem sentido, portanto, propor-se de perquirir uma definição geral, positiva, absoluta do significado da motivação: faz sentido, porém, aproximar-se do fenômeno mediante definições negativas” (TARUFFO, 2015, p. 122).

Logo, andou bem o legislador ao estabelecer no § 1º do art. 489 do novo CPC hipóteses que representam ausência de fundamentação, em relação às quais discorreremos a seguir.

4.2 DECISÕES IMOTIVADAS À LUZ DO NOVO CPC

Atento aos comandos constitucionais, o novo Código de Processo Civil trata do dever de fundamentação nos artigos 11 e 489. O art. 11 consta do capítulo das normas fundamentais e estabelece: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Embora a Constituição já consagrasse o dever, inexistiam, na legislação processual, regras que concretizassem a aplicação dessa garantia constitucional. Não era possível estabelecer um controle das decisões judiciais através das disposições infraconstitucionais. O art. 489, § 1º do CPC/15 estabelece critérios que permitem identificar quando uma decisão não está fundamentada.¹⁵

¹⁵ **Art. 489. São elementos essenciais da sentença:**

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. **§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.**

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir

Observa-se que o legislador ordenou situações que, se constatadas, implicam na ausência de fundamentação das decisões. O critério adotado valorizou a garantia constitucional e potencializou seus efeitos ao fornecer regras de concretização sem, contudo, limitar o conteúdo semântico do dever de motivação (SILVA, 2013).

O rol apontado pelo legislador, ao que tudo indica, é exemplificativo. Nada impede que haja outras situações em que se constate ausência ou deficiência na fundamentação das decisões. Se, ao contrário, a intenção fosse prever, abstratamente, o que caracteriza uma decisão fundamentada, certamente, reduziria e muito o conteúdo semântico da garantia (SILVA, 2013).

A primeira hipótese é a delineada no inciso I, § 1º do art. 489, que considera imotivada a decisão que se restrinja a indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo sem explicitar sua relação com a causa ou a questão decidida. Apesar de parecer desnecessária, essa regra tem importância salutar.

Muitas vezes, a sobrecarga de trabalho do magistrado, bem como a incidência de casos semelhantes, acarretam decisões que se limitam a afirmar o direito que prevalece para o caso, sem explicar o porquê de sua incidência. Sem essa explicação, torna-se difícil para a parte que sucumbiu compreender o resultado do processo e a razão pela qual fez jus ao bem da vida disputado (LUCON, 2015).

Obviamente, há situações em que a mera menção ao texto legal pode ser suficiente para justificação e compreensão do caso julgado. Como exemplos, podemos citar a hipótese de uma conciliação ou de uma extinção da execução (ar. 924, II, CPC/15). Nesses casos, uma fundamentação concisa é satisfatória (SILVA, 2013).

Em seguida, dispõe o inciso II que se considera não fundamentada a decisão que se valer de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo de sua incidência no suporte fático.

da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (grifos nossos).

A lei apresenta conceitos indeterminados que só alcançam a determinação com sua subsunção ao caso concreto. Caberá ao juiz o exercício dessa concreção. Para tanto, deverá fazer um sopesamento de razões e contrarrazões no momento da subsunção da norma ao caso concreto. Deverá justificar a incidência ou não daquela regra ou princípio, sob pena de ser arbitrário.

Novamente, ressalta-se que, para que as partes compreendam o porquê da decisão, o magistrado deverá delimitar a compreensão que adotou a respeito de determinada questão. Dada a amplitude do conceito é preciso explicitar o caminho interpretativo percorrido para aquela conclusão destinada ao caso específico.

O inciso III, por seu turno, enuncia que a decisão é carente de fundamentação quando a mesma invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Essa hipótese tem como objetivo incentivar a observância das peculiaridades do caso. É o caso de frases prontas, utilizadas repetidamente e que nada trazem de novo. Por exemplo, o juiz apenas diz: “presentes os fundamentos, defiro a liminar” (SILVA, 2013).

Práticas como essas resultam em fundamentação genérica. É justamente o que se quer evitar. Nada impede, no entanto, que em demandas idênticas o magistrado faça uso da mesma fundamentação. Nesse contexto, não se trata de motivação genérica, mas repetida. Esta é legítima se respeitadas as peculiaridades do caso (SILVA, 2015).

O inciso IV, que se relaciona diretamente com a garantia do contraditório, é o que mais interessa à nossa pesquisa. Diz-se que não é fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. O enunciado aduz, então, que o juiz deve se manifestar sobre todos os argumentos passíveis de influenciar seu convencimento. Busca-se, com isso, a congruência entre o material fático e jurídico trazido pelas partes e a decisão judicial. Segundo Silva (2013, p. 199) o inciso “realiza de forma enfática o contraditório, pois proíbe que o Magistrado faça tábula rasa dos argumentos lançados pelas partes”.

Ainda versando as hipóteses previstas no §1º do art. 489, prescreve o inciso V não ser fundamentada a decisão que, ao invocar precedente ou enunciado de súmula, não demonstrar seus fundamentos e a relação entre estes e o conflito sob exame.

Por último, o inciso VI dispõe que não será fundamentada a decisão que não adotar enunciado de súmula, precedente e jurisprudência utilizados pela parte, sem que justifique o porquê da distinção entre aqueles e o caso em julgamento.

É cada vez mais comum o uso das manifestações judiciais como referência na tomada de decisões judiciais. Todavia, a legitimidade dessa fonte no momento da argumentação dependerá da demonstração de sua aplicabilidade. Não pode o juiz apenas citar enunciado de súmula ou precedente sem estabelecer a sua conexão com a realidade exposta à sua apreciação. Do mesmo modo, para afastar entendimento de súmula ou outro enunciado levantado pela parte, o magistrado deverá expor as razões pelas quais o mesmo não se ajusta ao caso ou às causas pelas quais foi superado (LUCON, 2015).

4.3 O CONTRADITÓRIO DINÂMICO E A HIPÓTESE DO INCISO IV DO § 1º DO ART. 489 DO NOVO CPC: DEVER JUDICIAL DE CONSULTA

A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais consiste em um dos diversos deveres impostos aos juízes. Relaciona-se, portanto, com o princípio da cooperação. A atividade de fundamentação das decisões judiciais é revisitada pelo dever de cooperação.

A fundamentação das decisões judiciais não é ato exclusivo do juiz. A qualidade do enfrentamento das questões materiais dependerá do material colhido em todo o processo, desde sua instauração. Dessa forma, as partes também contribuem para a construção da decisão.

Conforme Mitidiero (2015, p. 149):

A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essa produzidas com o fito de convencer o órgão

jurisdicional de suas posições jurídicas. **O juízo é sempre um ato de três pessoas no marco teórico do processo civil no Estado Constitucional** (grifos nossos).

Já que o assunto em voga é a completude das decisões, não se pode prosseguir sem discorrer sobre os embargos de declaração, destacando as novidades inauguradas pelo CPC/15. O art. 1022¹⁶, substituto do art. 535 do CPC/73¹⁷ prevê algumas novidades que merecem destaque.

A nova redação manteve o manejo dos embargos nas hipóteses de obscuridade, contradição e omissão, acrescentando o inciso III que trata do erro material, embora essa hipótese já fosse reconhecida amplamente no terreno da doutrina e da jurisprudência.

No que tange à hipótese de omissão, nota-se a inclusão na redação para que a omissão se refira não só a questões sobre as quais o juiz deveria pronunciar-se a requerimento das partes, mas, também, sobre aquelas o juiz deveria se pronunciar de ofício. Esclarece Wambier, que o CPC/15 confirmou o que a doutrina e jurisprudência já haviam sedimentado, acabando de vez com quaisquer dúvidas em relação ao tema (2016, p. 1596).¹⁸

¹⁶ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

¹⁷ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

¹⁸ Inova o CPC/2015, ao nosso ver, de maneira muito positiva, ao acrescentar as matérias sobre as quais o juiz deveria ter-se manifestado de ofício, encerrando discussões havidas em relação ao texto do CPC/1973, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da possibilidade de o juiz conhecer de matéria de ordem pública no bojo dos embargos de declaração, ainda que não tivesse relação alguma com a matéria impugnada. O fato de os embargos de declaração terem efeito devolutivo restrito levantou a questão a respeito de ser ou não possível o órgão julgador conhecer de uma nulidade, sem que esta tivesse sido abrangida pelos limites do efeito devolutivo do recurso de embargos de declaração. À luz do CPC/1973 isto já era possível e agora o CPC/2015 expressamente admite essa hipótese, de forma a realizar, de modo inequívoco, o princípio da economia processual. A orientação predominante do STJ já é, hoje, no sentido de que o juiz ou o tribunal deve conhecer de matéria de ordem que não tenha sido objeto dos embargos de declaração, de ofício ou por provocação das partes (STJ, 6ª T., EDcl no AgRg no REsp nº 982.011/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, v.u., j. em 19/9/2013, DJe de 27/9/2013; STJ, 2ª T., REsp nº 1.225.624/RJ, Rel. Min. Castro Meira, v.u., j. em 18/10/2011, DJe de 3/11/2011; STJ, 5ª TAgRg no REsp nº 1.103.473/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, v.u., j. em 14/6/2011, DJe de 28/6/2011) (WAMBIER, 2016, p. 1595-1598) .

Ainda acerca da omissão, no tocante às matérias sobre as quais o juiz se manifesta por requerimento, o novo CPC traz norma analítica, estabelecendo no parágrafo único do art. 1022 os casos em que uma decisão é considerada omissa (2016, p. 1596).

Que o juiz comete omissão quando deixa de se manifestar a respeito de alguma questão pertinente a determinado caso, não resta dúvida. O difícil é saber, como alerta Wambier, de fato, quais questões são relevantes a ensejar a interposição de embargos de declaração (2005, p. 350).

Se uma decisão leva em conta todos os elementos que conduziram o juiz ao *decisum*, ela é considerada suficientemente fundamentada. Mas, ainda assim, não se pode dizer que a decisão é completa, visto que, para adquirir tal status, a decisão deve tratar dos pontos fáticos e jurídicos indicados como importantes para as partes (WAMBIER, 2005, p. 352). Ainda que seja para refutá-los, o magistrado deve expor sua convicção sobre eles.

O inciso II do parágrafo único do art. 1022 faz remissão às condutas descritas no art. 489, § 1º, que, se presentes, tornam a decisão carente de fundamentação. Toda vez que se verificar alguma destas proposições, caberá, portanto, embargos de declaração.

É cediço que o melhor remédio para a omissão é o contraditório pleno. Todavia, a noção tradicional de contraditório como direito de informação e de reação é insuficiente para a realização dessa estrutura, que demanda um contraditório com poder de influência, o qual já tivemos oportunidade de tratar.

Salienta, nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 55-56):

[...] contemporaneamente é comum que se diga que o contraditório tem relação mais expressiva com a atividade do juiz. Este, no momento de decidir, como se fosse um último ato de uma peça teatral, deve demonstrar que as alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu convencimento. A certeza de que terá havido esta influência decorre da análise da motivação da sentença ou do acórdão.

O princípio da cooperação impõe o dever ao magistrado de observância do contraditório, concedendo às partes a oportunidade de interferirem na formação do seu convencimento. Será possível, através da decisão, verificar se, de fato, o magistrado apreciou ponto a ponto as alegações trazidas pelos litigantes.

Os artigos 9 e 10 do CPC/15 dão sustentação a essa ideia, outorgando às partes o direito de influir na construção da decisão. No entanto, de nada adiantaria a previsão desse dever de debate sem um correlato dever destinado ao magistrado, previsto no art. 489, § 1º, IV do CPC/15 (MITIDIERO, 2015).

No julgamento do MS 25.787/DF pelo STF, o então relator, o Ministro Gilmar Mendes, defende o direito das partes de ver seus argumentos contemplados pelo julgador. Ressalta que ao julgador não cabe somente o simples conhecimento dos fatos e provas trazidos aos autos, ele deverá considerar, séria e detidamente, as razões levantadas pelos sujeitos do processo.

Sob este enfoque, evidencia-se no contraditório uma dupla feição. Em relação às partes confere o direito de não apenas se manifestar, mas de influenciar na construção da decisão. Por outro lado, o contraditório destinado ao julgador consiste na obrigação do mesmo de considerar as razões apresentadas pelo demandante e demandado. É daí que deriva o dever de motivar as decisões.

4.3.1 A fundamentação destinada ao caso concreto: relativização dos brocardos *luria novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius*

Parece redundante supor que a fundamentação deve refletir os fatos e as questões atinentes ao caso concreto. Embora, *a priori*, o tema se mostre conhecido e, aparentemente, dispense maiores explicações, em verdade, o conceito de motivação é mutável e varia conforme o contexto em que está inserido.

O cenário atual contempla a vinculação entre a dimensão dinâmica do contraditório, o dever de fundamentação e o compromisso ético dos sujeitos processuais, no quadro

do processo cooperativo. Nesse ambiente, a atividade de fundamentar adquire uma nova feição, a de representar o trabalho conjunto do juiz com as partes na formação da decisão.

Em contrapartida, a realidade que vem sendo apresentada denota um comportamento automatizado dos sujeitos processuais, o que parece ser o resultado do número extraordinário de processos submetidos ao Judiciário. As decisões demonstram uma grande dissonância entre seu conteúdo justificativo e os fatos, os fundamentos jurídicos e as provas produzidos ao longo do processo (LANES, 2014).

Essa realidade é ainda corriqueira e praticada por juízes e tribunais que não abandonaram a técnica do silogismo puro. Júlio Cesar Goulart Lanes, na obra “Fato e direito no processo cooperativo” dedica especial atenção ao tema contrapondo o modelo tradicional de motivação, o qual propõe a total separação entre o fato e o direito do modelo encampado no quadro do processo cooperativo, que admite a flexibilização e o entrelaçamento entre aqueles (2014).

Segundo a primeira concepção, a decisão consiste em um simples esquema lógico-dedutivo, incapaz de representar uma escolha ou juízo do intérprete. O juiz apenas narra a subsunção da norma ao fato, incumbindo-lhe exclusivamente essa tarefa. Em verdade, sob este enfoque extrai-se que a coerência da motivação tem amparo na lei, como se coubesse ao legislador essa tarefa (LANES, 2014).

Trata-se de um modo de interpretação formalista, que foge ao enfrentamento das questões fático-jurídicas da causa, concentrando o conteúdo decisório na parte dispositiva, que não deixa de ter sua importância, mas cuja existência é o espelho da fundamentação (LANES, 2014).

Com efeito (LANES, 2014, p. 193):

O enfoque meramente descritivo da decisão denuncia uma fundamentação meramente formal, subnutrida em conteúdo, pois não há outorga de sentido ao material fático-jurídico da causa. Esse, aliás, não é unitário, devendo o julgador, tão somente, revelar o sentido preexistente.

O pleno gozo, sem reservas, da máxima *iura novit curia* confere ao magistrado amplos poderes, estando livre de influências na eleição da qualificação jurídica dos fatos, o que dificulta a participação das partes na construção da decisão (LANES, 2014).

A jurisprudência dominante do STJ revela tendência de aplicação rígida dos brocardos *iura novit curiae* e *mihi factum dabo tibi ius*. Em pesquisa ao site do Superior Tribunal de Justiça observa-se a clara tendência de aceitação do brocardo *iura novit curia*, encontrando-se decisões das seis turmas nesse sentido.¹⁹

Para Júlio Lanes, essas decisões advêm de recursos interpostos contra a decisão surpresa. Toda a problemática restaria superada se o contraditório fosse logo observado, garantindo às partes, no tempo devido, a oportunidade de insurgir-se contra a interpretação jurídica do juízo (2014).

No contexto do processo cooperativo, a motivação assume outra conotação. Passa a ser condição de suficiência da fundamentação, o enfrentamento de todas os fundamentos designados pelas partes (LANES, 2014).

¹⁹ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. SUCESSÃO EMPRESARIAL. REDIRECIONAMENTO. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DIVERSOS DOS SUSCITADOS NA PETIÇÃO INICIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. BROCARDOS MIHI FACTUM DABO TIBI IUS. IURIA NOVIT CURIA. 1. "A nulidade decorrente de julgamento extra petita é avaliada com base no pedido, e não na causa de pedir, esta definida como os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda (causa de pedir remota e próxima). No Direito brasileiro, aplica-se a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocardos *iura novit curia*, da *mihi factum dabo tibi ius*". 2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 674.850/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015); PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO EXTRA PETITA. PRINCÍPIOS MIHI FACTUM DABO TIBI IUS E JURA NOVIT CURIA. DECISÃO MANTIDA. 1. A aplicação do direito com fundamentos diversos das razões postas na exordial não implica julgamento extra petita. 2. O julgador não está vinculado aos fundamentos apresentados pela parte. Aplicação dos princípios *Mihi factum dabo tibi ius* e *jura novit curia*. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 939.632/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 29/04/2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1120968/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014; REsp 1338010/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 23/06/2015; REsp 1197476/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 10/10/2014; AgRg no Ag 1272810/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 25/02/2013.

O modelo de processo cooperativo tem como um de seus pilares o diálogo. Necessita, portanto, de um contraditório democrático (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 46):

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional do rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.

Nota-se que há uma releitura do contraditório, que deve ser observado por todos os sujeitos processuais (partes e juiz), contribuindo para a construção da solução justa das controvérsias materiais.

Essa nova abordagem do princípio do contraditório ganhou expressão no cenário brasileiro por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em obra intitulada “O juiz e o princípio do contraditório”, no ano de 1993.

Para o autor, o contraditório é fenômeno essencial do processo. Atua garantindo a possibilidade de intervenção de todos os sujeitos na dinâmica processual. A distribuição dos poderes, deveres e faculdades deve ser equânime, admitindo-se a possibilidade de controles e reações assegurada pela legítima intervenção (OLIVEIRA, 1993).

A dialética do processo envolve os comportamentos das partes e do juiz. De um lado, o juiz está condicionado aos atos das partes e, de outro, as partes estão condicionadas às decisões do juiz e, também, às reações de seus adversários (OLIVEIRA, 1993).

A atuação do magistrado na dialética processual é outra. Demanda um juiz mais ativo e, principalmente, atento ao material produzido em conjunto com as partes e que deve ser resultado da prática real do contraditório. Ou seja, não basta apenas oportunizar o direito de “reação” sem o compromisso de colaborar com o deslinde da causa. Às partes deve ser possibilitado o direito de expor, persuadir e influenciar na formação da convicção do juiz.

Acrescenta ainda, Oliveira (1993, p. 3):

Não se esqueça, contudo, que mesmo o Juiz mais competente não está inteiramente habilitado, sem a ajuda do advogado, a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático. Ele não terá tempo e, ainda com a melhor vontade, o mesmo interesse dos representantes das partes, para classificar o material por elas trazido, processá-lo e formá-lo com independência. O Juiz deve apenas preencher e suplementar as lacunas, não se podendo exigir, contudo, que compense com sua atividade a inércia das partes. Na realidade, diante do inafastável caráter dialético do processo, deve se modificar de forma significativa o alcance do antigo brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius*.

O processo guiado em regime de colaboração deve ser livre de divisões funcionais rígidas. É incompatível com a dialética do processo a separação rígida dos papéis dos sujeitos processuais. O que se observa é um grande entrelaçamento de atividades em relação aos fatos e à valoração jurídica da causa (OLIVEIRA, 1993).

O juiz não pode estar privado de auxiliar as partes na construção do arcabouço fático. Da mesma maneira, a qualificação jurídica desses mesmos fatos não se constitui mais tarefa exclusiva do magistrado. Daí a afirmação do autor mencionado em relação à uma mudança de significado do brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius*. O contraditório, enquanto dever de colaboração, impõe o compartilhamento e a observância do direito de informação, reação e influência.

Pontua-se, ademais, que a complexidade da vida moderna demanda uma atividade interpretativa mais apurada. Se o direito nasce do exame e compreensão dos textos normativos e sua aplicação aos casos concretos, a “opinião” solitária do juiz só tem a prejudicar a busca pela justiça material do processo. O diálogo, no entender de Oliveira, amplia o quadro de análise, sujeitando o mérito do processo a críticas e opiniões que amadurecem a formação da convicção do juízo (OLIVEIRA, 1993).

Por essas razões, é equivocada a afirmação de que no momento da decisão vigora uma assimetria e que caberá exclusivamente ao juiz a tarefa de decidir. A afirmação não condiz com a realidade do processo cooperativo, tendo em vista que a decisão será apenas a concretização de todo o trabalho conjunto desenvolvido ao longo do processo. O juiz não decidirá sozinho, pois os fundamentos que utilizar deverão ter

como inspiração todo arcabouço fático e jurídico produzido ao longo do processo (PEIXOTO, 2013).

Compreende Ravi Peixoto (2013, p. 96):

Enquanto nos demais modelos de processo, a decisão é vista como um mero ato do juiz, no processo cooperativo, todo o diálogo realizado durante o *iter* processual deve ser levado em conta, havendo, portanto, uma revalorização da fundamentação das decisões judiciais, esta imposta pela Constituição, através do art. 93, IX. Há, portanto, no modelo cooperativo de processo, uma “assimetria condicionada”, ou seja, jamais poderá o magistrado furtar-se de valorizar o diálogo exercido durante o procedimento. Não se pode mais admitir que este possa “escolher” os argumentos a serem analisados na decisão. Aqui o processo cooperativo *impõe* uma mudança até cultural na magistratura, que deve se adaptar ao novo modelo, abandonando uma postura autoritária no momento de construção de suas decisões.

Toda essa nova compreensão torna imperativa a inserção do magistrado nesse diálogo, modificando a questão da fundamentação das decisões judiciais. Todos os argumentos discutidos no processo terão de ser enfrentados ao proferir sua decisão.

4.3.1.1 Redução do subjetivismo judicativo e maior confiabilidade nas decisões judiciais

O termo *solipsismo judicial* foi importado da filosofia e designa, na literatura jurídica, um ambiente carregado de subjetividade, onde o julgador, alheio ao contraditório, produz decisões que são o resultado do seu trabalho solitário, sem interferências externas. O juiz decide conforme sua própria consciência, ignorando o conteúdo material inserido no processo (NUNES; DELFINO, 2014).

A referência, no linguajar mais claro, é ao subjetivismo judicial. A adoção desta postura também vem alimentando o movimento de reforço e reafirmação da garantia do contraditório.

O escopo ético do processo cooperativo vem revigorar os papéis dos sujeitos processuais. A impressão que se tem é a de que não seria necessário debater direitos

tão essenciais ao processo, como o contraditório, mas a prática evidencia tal necessidade.

Ao arripio da Constituição, a praxe forense está recheada de decisões, cujas fundamentações são espelho fiel do trabalho solitário do juiz, que em sua “defesa” alega possuir “livre-convencimento” (NUNES; DELFINO, 2014). Evidente que nos referimos aos casos em que se vislumbra a aplicação rígida do aludido princípio. Até porque, as regras atinentes ao dever de motivar não retiram do magistrado a prerrogativa do livre-convencimento.²⁰

Esclareça-se que o “livre convencimento”, apesar de aparentemente contrapor-se ao dever de motivar, é deste aliado, na busca de um equilíbrio de forças no sistema processual.

Segundo Rodrigo Reis Mazzei, trata-se de um falso embate entre o princípio do livre convencimento motivado e o dever de fundamentação das decisões, que pode ser desmistificado a partir do verdadeiro significado das expressões fundamento e argumento (2015).

Nesse sentido, argumenta (MAZZEI, 2015, p. 171):

²⁰A propósito, o novo CPC manteve a regra do art. 131 do CPC/73, que concede ao juiz a liberdade na valoração da prova. Os artigos 371 e 372 comprovam essa tendência: Art.371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento; Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório. Apesar do novo Código ter suprimido o prefixo livre, a liberdade quanto à valoração da prova subsiste no sistema. Nesse sentido é a opinião de Fernando da Fonseca Gajardoni (2015), que esclarece: “A afirmação de que não há mais no Brasil o sistema do livre convencimento parte de um manifesto erro de premissa. A boa previsão legal de *standards* mínimos de motivação no Novo CPC (art. 489, § 1º, do CPC/2015) não afeta a liberdade que o juiz tem para valorar a prova. Autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015. A regra do art. 489, § 1º, CPC/2015, trata do 2º elemento (motivação), e não do 1º (liberdade na valoração da prova)” (GAJARDONI, 2016). Texto publicado na coluna “Jota”. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Coluna Jota, 06 abr. 2015. Acesso em: 05.04. 2016.

Há o dever de decidir (e sempre com motivação) acerca das postulações, pois estas não podem ficar sem respostas. No entanto, acerca dos motivos que sustentam as postulações, o órgão judiciário deve se ater aos seus *fundamentos*, isto é, o material jurídico que pode levar ao sucesso ou insucesso da ação e/ou do(s) pedido(s). No entanto, *fundamentos não se confundem com argumentos*, pois os últimos são tão somente raciocínios para fortalecer os primeiros, estes sim com densidade jurídica e com vinculação de análise e de motivação para o órgão judiciário.

Dessa forma, a afirmação de que o juiz não está obrigado a rebater todos os argumentos levantados pelas partes (livre convencimento) se coaduna com a preleção de que as decisões devem manifestar, motivadamente, o convencimento acerca de todas as questões suscitadas pelas partes (dever de fundamentar). Isso porque o órgão judicial é obrigado a debater os fundamentos que têm força de alterar o rumo da demanda. Os argumentos apenas configuram retórica de convencimento, incapazes de modificar o resultado. Portanto, a omissão em relação a argumentos em nada obscurece o correto exercício da fundamentação. Eis o equilíbrio entre a fundamentação e o livre convencimento (MAZZEI, 2015).

A observação é deveras importante. O emprego sinônimo das expressões argumento e fundamento pode gerar dúvidas ao intérprete, quando da análise da lei. O inciso IV do art. 489 utiliza o signo argumento, quando, por razões óbvias, sabemos tratar-se de fundamento.

A estruturação do novo CPC não deixa dúvidas de que ao magistrado cabe o dever de motivar com referência aos fundamentos, e não aos argumentos, que possam infirmar sua conclusão. A redação do mesmo art. 489 indica, no inciso II, que os fundamentos são considerados elementos essenciais da sentença (MAZZEI, 2015).

Além de reduzir a subjetividade judicial, outra consequência importante pode ser aferida da influência do cooperativismo na atividade jurisdicional. Leciona Oliveira (1993, p. 4):

O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* venham a se transformar em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito.

A abertura ao debate torna o processo mais democrático e faz com que o jurisdicionado inspire maior confiança no Poder Judiciário, já que pode participar ativamente da solução da controvérsia.

CONCLUSÃO

Verificamos que o movimento de “constitucionalização” do direito processual brasileiro lançou novos olhares sobre o processo. A visão privatista do processo é totalmente abandonada para dar lugar a uma nova concepção, que privilegia a concretização dos valores constitucionais.

Nesse novo panorama, o processo assume finalidades que ultrapassam o terreno da mera formalidade. Muito além da realização do direito material, busca-se atingir, em última análise, a realização da justiça e da pacificação social.

O formalismo-valorativo, termo cunhado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006) propõe um equilíbrio entre os valores da segurança jurídica e da efetividade no processo, evitando que o chamado “formalismo excessivo” apague o escopo principal do processo, que é solver o conflito material.

Para evitar que a finalidade maior do processo não se realize, o aplicador do direito deve observar atentamente as variantes do caso concreto. As regras processuais devem ser aplicadas, de modo que se assegure que o próprio procedimento não inviabilize a solução almejada.

Nessa toada, o formalismo-valorativo valoriza o aspecto ético do processo, destacando a necessidade da instalação de um efetivo diálogo entre os sujeitos processuais.

É nesse ambiente que nasce a ideia de cooperação no processo. A cooperação processual prevista no Novo Código de Processo Civil, no art. 6º, é um modelo e um princípio jurídico.

Enquanto modelo, a cooperação contempla a organização do processo, a partir da divisão equilibrada de funções entre as partes e o juiz. A adoção desse modelo designa uma concepção problematizada do direito, com a valorização do aporte

argumentativo das partes, assegurando sua influência na construção da decisão judicial.

Como princípio jurídico, a cooperação encerra um *estado de coisas* a ser promovido. Sua estrutura ordena e transfere aos sujeitos processuais a obrigatoriedade da observância das regras processuais, através do estabelecimento de deveres correlatos.

O magistrado, dentre outros deveres, tem o dever de consulta. Assim sendo, tem o juiz o dever de consultar as partes sobre qualquer questão que influencie na formação da decisão. Incluem-se aqui até mesmo as matérias em que o magistrado pode se pronunciar de ofício.

Esse dever está conectado ao princípio do contraditório, que impõe o constante debate entre o juiz e as partes acerca do material fático e jurídico contido no processo. A propósito, conforme vislumbramos ao longo do trabalho, trata-se do contraditório como garantia de influência e não surpresa, abandonando-se a noção tradicional que aludia exclusivamente à informação e à reação.

A pedra de toque, portanto, é o contraditório. Seu substrato, a participação, é a base constitucional para o dever de cooperar. A comprovação do efetivo debate encontra sua maior expressão na decisão da causa. É nesse ponto que o princípio da cooperação revisita o dever de motivação das decisões judiciais.

Poder-se-ia dizer que o dever de motivação já estava consagrado na Constituição no art. 93, IX e já era obrigatório. Apesar disso, o novo Código de Processo Civil incluiu diversas garantias que passaram a integrar, também, a legislação infraconstitucional. O dever de motivar foi inserido no art. 11, junto com outras regras que já se encontravam na Constituição.

O princípio da cooperação, por seu turno, é novidade no sistema. Encontra suas origens no contraditório, é certo. Mas, pela primeira vez, fala-se no processo como uma comunidade de trabalho, reforçando o compromisso ético dos sujeitos processuais com o exercício de suas funções.

Tanto é verdade que, em relação ao dever de fundamentação, o art. 489, § 1º delinea hipóteses que, se identificadas, caracterizarão ausência de fundamentação. Especificamente o inciso IV dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Em face do exposto, conclui-se que uma decisão que exprima todos os fundamentos que levaram o juiz à conclusão não basta para ser considerada suficientemente motivada. A decisão deve ser o espelho do trabalho conjunto do juiz e das partes ao longo do processo. Só assim estará completa.

Para isso, pressupõe-se que haja a relativização dos brocardos *iura novit curia* e *mihi factum dato tibi ius*. De um lado, deve ser concedida ao juiz a oportunidade de participar da construção do arcabouço fático. De outro, as partes também devem poder contribuir com a qualificação jurídica desses mesmos fatos. Esse compartilhamento é decorrente do dever de cooperação.

O escopo ético do processo cooperativo revigora os papéis dos sujeitos processuais, de maneira que não seja dado destaque a nenhum sujeito, reduzindo o subjetivismo judicativo. O diálogo funciona como uma garantia de democratização do processo, contribuindo para a correta aplicação do direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Temas de direito processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. STF, MS 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, informativo n. 449. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 04.04.2016.

BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1565055/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 04.04.2016.

BRASIL. STJ. REsp 1338010/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 02/06/2015, DJe 23/06/2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 04.04.2016.

BRASIL.STJ. AgRg no Ag 1272810/MG, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira, sexta turma, julgado em 07/02/2013, DJe 25/02/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 04.04.2016.

BRASIL.STJ. AgRg no REsp 939.632/AL, Rel. Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 12/04/2011, DJe 29/04/2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 04.04.2016.

BRASIL.STJ. REsp 1197476/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, julgado em 07/10/2014, DJe 10/10/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 04.04.2016.

BRASIL.STJ.AgRg no REsp 1120968/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, primeira turma, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 04.04.2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório (Princípio do -). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. **Dicionário de princípios jurídicos**, Rio de Janeiro, Elsevier, Campus Jurídico, 2011, p. 193-201.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A motivação dos julgamentos dos tribunais de 2º grau na visão do Superior Tribunal de Justiça: acórdão completo ou fundamentado? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 162, p. 197-227, ago. 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, p. 220, janeiro 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério et al (Coord.). **Código de Processo Civil Anotado**. AASP. OAB/PR, 2015.

_____. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Garantia constitucional do contraditório no Projeto do CPC: Análise e Proposta**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, ano VII, n. 38, 2010.

DE GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n.172, p. 32-53, jun. 2009.

DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo civil no Estado Constitucional. In: MITIDIERO, Daniel (org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, Salvador: JusPodvim, 2015.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 118.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: comparativo com o Código de 1973**. Salvador: Jus Podivm, 2015, 856 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v.1.

DOS SANTOS, Igor Raatz. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 192, p. 47-80, fev. 2011.

FARIA, Márcio carvalho. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil Brasileiro e a experiência portuguesa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 230, p. 369-395, abr. 2014.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1º, IV do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 247, 105- 136, set. 2015.

FUX, Luiz. O novo processo civil. In: _____. (Coord.). BARBOSA, Andrea Carla et al. **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Coluna Jota, 06 abr. 2015. Acesso em: 05.04. 2016.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem **Revista de Processo**, São Paulo, n.206, p. 123- 147, abr. 2012.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como um produto do estado constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 226, p. 115-161, dez. 2013.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). **Revista de Processo**, São Paulo, n.251, p. 75-11, jan. 2016.

_____. Racionalidade e decisão – A fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 244, p. 59-83, jun. 2015.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. **Revista da faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 21, n.0, p. 13-20, 1983.

LANES, Júlio Cesar Goulart. Fato e direito no processo civil cooperativo. In: **O novo processo civil**. MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Motivação das decisões jurídicas e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 126, 169-174, maio 2015.

MACEDO, Elaine Harzheim; MIGLIAVACCA, Carolina Moraes (Coord.). **Novo Código de Processo civil anotado**, Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.). ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.1.v.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou 'estória') do direito processual civil brasileiro: das ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973.

Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, n. 9/10, p. 177-204 jul./dez. 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O dever de motivar e o 'livre convencimento' (conflito ou falso embate?): breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com olhos no novo CPC e com olhos no Novo Código de Processo Civil. **Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 13, set. /out. 2015.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2.ed. rev., atual. e ampl. In: MARINONI, Luiz Guilherme; Bedaque, José Roberto dos Santos (Coord.). Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. _____. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Fundamentação e precedentes: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 206, 61-78, abr. 2012.

_____. O processualismo e a formação do Código de Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, n.183, p. 165-194, maio 2010.

_____. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Gênese Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 33, p.484/510, 2004.

MITIDIERO, Daniel; Motta, Francisco José Borges. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, n.194, p. 55-68, abr. 2011.

MITIDIERO, Vanessa Kerpel Chincoli. O direito fundamental ao contraditório no processo civil. Conceito e possíveis aplicações. In: MITIDIERO, Daniel (Org.). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, p.7, jan. 1986.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” *iura novit cúria* e o papel do juiz. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n.87, p. 205-210, jul./set. 2014.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e (Org.). **CPC Referenciado - lei 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

OLIVEIRA, Carlo Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, p. 31, jul. 1993.

_____. A garantia do contraditório. **Revista da UFRGS**, n. 15, 1998, p. 7-20.

_____. **Do formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, p. 7, jul. 2006.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, n.219, p. 89-114, maio 2013.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n.18, p. 23-36, ago. 2011.

_____. Processo. igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n.36, p. 47-80, fev. 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Scientia Iuris**, Londrina, v.13, p. 155-168, nov. 2009.

ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre. et al. **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 245-261.

SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 240, p. 425-435, fev. 2015.

SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: FREIRE, Alexandre. et al. **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 187-202.

SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 248, 69-87, out. 2015.

SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, 224 p. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). Coleção Direito e Processo: técnicas de direito processual.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETTO, Theobaldo. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 230, p. 13-32, abr. 2014.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Marcial Pons: São Paulo, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Unisinos, São Leopoldo, p. 64-71 jan./jun. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, p. 53-65, fev. 2009.

_____. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZUFELATO, Camilo. Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC. In: FREIRE, Alexandre. et al. **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 99-121.