

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
OLÍVIA GUIMARÃES RIBEIRO

PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO: O NOVO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO

MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

Uberlândia

2016

OLÍVIA GUIMARÃES RIBEIRO

**PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO: O NOVO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação da Prof. Simone Silva Prudêncio.

Uberlândia

2016

OLÍVIA GUIMARÃES RIBEIRO

**PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO: O NOVO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL À LUZ DO ESTADO
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação da Prof. Simone Silva Prudêncio.

Habilitação: Mestre em Direito Público

Data da aprovação:

Banca Examinadora:

Professora Doutora Simone Silva Prudêncio
Orientadora – Universidade Federal de Uberlândia – UFU

Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

Professor Doutor Adelino José de Carvalho Dias
Universidade de Uberaba - UNIUBE

RESUMO

O Direito Processual Civil contemporâneo passa por uma fase de modificações, as quais se revelaram imprescindíveis diante da necessidade de constante adaptação das normas às transformações ocorridas na sociedade. A edição de um novo Código de Processo Civil, a entrar em vigor no mês de março do corrente ano, demonstra que a mera realização de mini reformas destinadas a ajustar a lei processual às necessidades sociais surgidas não mais se mostrava eficiente, fazendo-se necessária a introdução de um instrumento novo no ordenamento jurídico, o qual coadunasse com os valores emergidos destas transformações. A nova lei processual civil vem instituir, portanto, uma obra completa, elaborada sob uma ótica diversa da anterior. O fato é que a sociedade se modifica e, com ela, o modo de enxergar, refletir e avaliar as situações cotidianas. Os princípios e valores das pessoas se modificaram e, neste ínterim, surgiu a necessidade de construir uma nova lei processual civil, atrelada aos ditames constitucionais e pautada em novas diretrizes, não mais concebida como mero instrumento ou adjetivo da lei material. Dentre os princípios explicitados pelo novo Codex em sua parte introdutória, a maioria reproduzido da Constituição Federal, destaca-se o princípio da colaboração, pelo qual os sujeitos da relação processual devem cooperar para que seja atingido o fim colimado, com consequente entrega da prestação jurisdicional efetiva. Antes mesmo da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil o princípio já provoca debates entre os processualistas, que divergem no que perquire à viabilidade de cooperação entre litigantes, tendo em vista o antagonismo de seus interesses. O presente trabalho pauta-se na demonstração de que o princípio da colaboração extrapola a mera relação entre as partes, versando sobre todos os sujeitos processuais, de modo que tanto o Estado-juiz como as partes devem concorrer para que a marcha processual tenha um desenvolvimento satisfatório, de modo a viabilizar uma efetiva entrega da prestação jurisdicional em cada caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: processo civil; Constituição; colaboração; sujeitos processuais; efetividade.

ABSTRACT

The contemporary Civil Procedure Law goes through a profound phase of structural modifications, which have proved essential given the need to constantly adapt the rules to the evolution occurring in society. The issue of a new Civil Procedure Code entered into force in March this year, shows that the mere holding of mini reforms to adjust the procedural law to arising social needs no longer showed efficient, making it necessary the introduction of a completely new instrument in the legal system, which emerged with the values of these transformations. The new civil procedural law is set up, so a complete work, prepared under a completely different perspective of the former. The fact is that society has evolved, and with it, the way of looking, reflect and evaluate everyday situations. The principles and values of people have changed and, in the meantime, the need arose to build a new civil procedural law, tied to constitutional principles and guided by new guidelines, no longer conceived as a mere instrument or adjective material law. Among the principles established by the new Codex in its introductory part, played most of the Federal Constitution, there is the principle of collaboration, whereby the subjects of procedural relationships should cooperate so that the collimated end is reached, with subsequent delivery of judicial services effective. Even before the entry into force of the new Civil Procedure Code the principle is already causing debate among processualist, which differ in perquire the feasibility of cooperation between litigants, given the antagonism of their interests. This work is guided in the statement that the principle of collaboration goes beyond the mere relationship between the parties, dealing with all procedural subject, so that both state-court as parties should contribute to the procedural motion has a development satisfactory, so as to enable effective delivery of judicial services in each case.

KEYWORDS: civil lawsuit; Constitution; collaboration; procedural subjects; effectiveness

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: COLABORAÇÃO E EFETIVIDADE	11
1.1 Considerações sobre processo e filosofia do Direito nas perspectivas de Kelsen e Habermas	25
1.2 O Processo Civil e a constante busca pela efetividade.....	28
2 O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO NO ÂMBITO DOS PRINCÍPIOS REITORES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	34
2.1 Considerações acerca da trajetória dos princípios no ordenamento jurídico.....	35
2.2 O ativismo judicial e a judicialização da política como modelos de busca de efetividade.....	39
2.3 Os princípios constitucionais expressamente consagrados pelo novo Código de Processo Civil.....	44
2.3.1 A norma processual como instrumento de efetividade do direito de acesso à justiça.....	51
2.3.2 A morosidade processual e a aplicação do princípio da razoável duração do processo.....	57
2.3.3 A boa-fé como princípio norteador do processo civil constitucional.....	62
2.3.4 O contraditório como meio de acesso paritário ao processo.....	70
2.3.5 O fim social e o bem comum como princípios norteadores do novo processo civil constitucional.....	76
3 EFETIVIDADE DO PROCESSO COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO ENTRES OS SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL.....	78
3.1 A colaboração entre os sujeitos do processo como forma de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.....	88
3.2 A colaboração na formação do mérito e na fundamentação da decisão.....	90
3.2 A conciliação e a mediação como instrumentos de colaboração no processo	92

CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

Quando a necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil brasileiro começou a ser pensada, acirrados debates surgiram entre os operadores do Direito em razão da existência de posicionamentos divergentes no tocante à oportunidade da recodificação.

Aos 30 de setembro de 2009, uma Comissão de Juristas foi criada pelo ato número 379 para apresentar o Anteprojeto de Código de Processo Civil, o que veio a ser concretizado em 8 de junho de 2010, quando o referido Anteprojeto foi efetivamente apresentado ao Senado Federal, vindo posteriormente a ser convertido no Projeto de Lei do Senado sob o número 166/2010.

Da análise da Exposição de Motivos do Projeto de Lei em questão é possível vislumbrar que sua elaboração pautou-se em cinco objetivos principais, quais sejam: 1) Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

A análise destes objetivos conduz à compreensão de que meras adaptações ao Código de Processo Civil de 1973, mediante introdução de outras mini-reformas, a par das muitas já efetuadas, não seriam hábeis a satisfazer o propósito almejado, fazendo-se imprescindível a recodificação.

Apesar das divergências, o Projeto de Lei 166/2010 veio a ser aprovado no Senado Federal em 15 de dezembro de 2010 e enviado para tramitação na Câmara dos Deputados, onde uma Comissão de juristas foi designada para apreciação, vindo a aprová-lo aos 26 de março de 2014.

Retornando ao Senado Federal, o Novo Código de Processo Civil foi aprovado aos 17 de dezembro de 2014 e enviado à Presidência da República, onde foi sancionado aos 16 de março de 2015.

Não obstante as controvérsias acerca da conveniência da recodificação, com a publicação da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, aos 17 de março de 2015, o ordenamento jurídico brasileiro foi contemplado com um novo Código de Processo Civil, que substitui o atualmente vigente, datado de 1973.

Este novo Código de Processo Civil não se caracteriza como uma reforma com introdução de modificações à lei de 1973, tratando-se de verdadeira recodificação, eis que os paradigmas inspiradores do Novo Codex estão pautados em uma realidade social, econômica, política e cultural diversa daquela que outrora inspirou o Código ora vigente.

A opção pela necessidade de elaboração de um novo Código considerou, entre outros aspectos, o fato de que, ao longo dos mais de quarenta anos que separam o Código Processual Civil de 1973 da Lei 13.105/15, nossa sociedade passou por diversas transformações, sendo imprescindível a adaptação da legislação diante desta evolução.

Um fato a ser considerado é que importante legislação foi introduzida em nosso ordenamento jurídico após a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil em 1973, como a atual Constituição Federal brasileira, que data de 1988; o Código Civil vigente, datado de 2002, bem como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Locação, dentre tantas outras leis, igualmente relevantes e posteriores ao Código de 1973.

É certo que inúmeras alterações foram introduzidas no texto atual durante este período com o fim de adaptá-lo às transformações sociais, o que, no entanto, acabou por descaracterizá-lo em sua essência, revelando a necessidade de implementação de uma lei nova, pautada em princípios e diretrizes próprios, mais condizentes com a época atual.

Consta da Exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil que a preocupação com a preservação da forma sistemática das normas processuais não é meramente acadêmica, atendendo, acima de tudo, à necessidade prática de se obter um grau mais intenso de funcionalidade.

Ao longo destas mais de quatro décadas decorridas entre os dois Códigos, mais de sessenta alterações foram introduzidas no Código de 1973 a fim de ajustá-lo às transformações sociais, o que sem dúvida acabou por comprometer sua sistemática, dificultando o trabalho do operador do Direito.

A Lei Processual Civil possui tamanha importância no ordenamento jurídico que é possível compará-la à espinha dorsal, visto que serve de sustentáculo para outros ramos do Direito, produzindo reflexos na esfera administrativa, trabalhista e penal.

A Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil afirmou em sua Exposição de Motivos que as alterações são necessárias porque reclamadas pela comunidade jurídica, correspondendo à queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, em todo o País.

Dentre as queixas recorrentes destaca-se a morosidade, a lentidão na entrega da prestação jurisdicional pelo Estado ao seu jurisdicionado. A necessidade de instituição de um Novo Código de Processo Civil pautou-se sobretudo na imprescindibilidade de harmonia e coerência com os ditames constitucionais a fim de atingir a almejada efetividade.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, os jurisdicionados passaram a almejar da Lei Processual Civil um novo enfoque, dotado de menos formalismo e mais efetividade, de modo a assegurar a concretização dos direitos nela previstos.

Deste modo, divergências à parte, a introdução de um novo Código de Processo Civil em nosso ordenamento jurídico em substituição ao Código elaborado em 1973 parecia ser a decisão mais acertada, posto que sob diversos aspectos este já se mostrava obsoleto, clamando por inovação e adequação.

O presente trabalho pretende demonstrar que o moderno direito processual civil não mais se coaduna com a concepção tradicionalista que lhe atribuía tão somente o papel instrumental de zelar pela observância das disposições técnicas.

A demonstração de que o processo civil extrapola este papel de mero coadjuvante na aplicação da lei material, possuindo a relevante função de viabilizar a concretização do direito em verdadeira garantia dos direitos fundamentais asseguradas será feita no decorrer da presente dissertação em três partes.

No primeiro capítulo o trabalho trará breves considerações sobre a Teoria Pura do Direito, de Kelsen e a Teoria do Discurso, de Habermas, contrapondo os tradicionais debates acerca da (in)adequação da mera subsunção do caso concreto à norma aplicável, despida de quaisquer valores éticos e morais, com a necessidade de introdução de um diálogo paritário entre os interessados como forma de dar efetividade à almejada entrega da prestação jurisdicional.

O segundo capítulo cuidará, por sua vez, de discorrer sobre os princípios constitucionais que foram expressamente consagrados no texto do novo Código de

Processo Civil, enfatizando, dentre eles, o princípio da colaboração dos sujeitos processuais para que o processo atinja o fim almejado.

Por fim, o derradeiro capítulo deste trabalho ocupar-se-á de demonstrar que a observância ao princípio da colaboração se faz imprescindível ao direito processual civil atual, na medida em que viabiliza a entrega da prestação jurisdicional célere e efetiva, garantindo a satisfação dos interesses dos jurisdicionados.

Com relação à metodologia, o desenvolvimento do presente trabalho será pautado no método dedutivo, vez que, partindo da análise dos princípios constitucionais processuais chegar-se-á no estudo do princípio da colaboração como norteador do nova lei processual civil. A pesquisa será pautada em ampla e análise bibliográfica pertinente ao tema.

1 O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: COLABORAÇÃO E EFETIVIDADE

A interpretação da nova lei processual civil, prestes a entrar em vigor em nosso ordenamento jurídico, requer análise histórica do processo a fim de que seja possível compreender as alterações ocorridas em sociedade e, conseqüentemente, sua utilização como ferramenta de pacificação social.

Foi através do contrato social que o indivíduo, no patamar inicial de nossa civilização, elegeu o Estado como detentor do monopólio da função jurisdicional, transferindo-lhe a responsabilidade pela pacificação dos conflitos emergidos em sociedade.

A compreensão do teor contrato social remonta à necessária análise das teorias que lhe serviram de base¹, abordadas em linhas ulteriores no decorrer deste trabalho, as quais tiveram por escopo elucidar os motivos que levaram os seres humanos a constituírem o Estado como detentor exclusivo da jurisdição com vistas a atingir a almejada paz social.

O contrato social representa o acordo de vontades através do qual os indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade abrem mão de determinados direitos em favor de um governante que reconhecem como autoridade detentora do poder/dever de garantir a paz social almejada, através de regras jurídicas instituídas pelo próprio Estado que sempre deverá agir em nome do povo.

O ser humano, em seu estado natural, isto é, ausente qualquer regramento de ordem jurídica ou social reguladora da vida em sociedade, agia em sua defesa própria, de seus familiares e de seus bens, possuindo uma liberdade para agir muito mais ampla, quando comparada ao período em que a atribuição de garantir a paz social foi transferida ao Estado.

Contudo, essa liberdade de fazer valer o seu direito com as próprias mãos, conhecida como autotutela, por vezes não se mostrava adequada ou eficiente para se atingir a almejada ordem social, o que levou a sociedade a concluir que seria mais vantajoso transferir essa obrigação a um governante.

¹ Teorias Bodiniana, Teoria Hobbesiana, Teoria Lockiana e Teoria rousseauiana.

Entre os séculos XVI e XVIII os grandes pensadores da época, sobre os quais passaremos a discorrer nas linhas seguintes, passaram a difundir suas teorias sobre o contrato social na tentativa de demonstrar a origem do Estado e suas obrigações, bem como os direitos e deveres da sociedade.

A adequada compreensão do sistema de jurisdição nos Estados Ocidentais impõe o estudo acerca da argumentação filosófica tomada do Contratualismo civil. Isto se faz necessário porque é o quarteto de concepções de base *Bodiniana*, *Hobbesiana*, *Lockiana* e *Rousseauiana* que fornece os argumentos utilizados na garantia das ideias de soberania, Estado, vontade geral e liberdade. São essas ideias primárias que justificam a formação de um corpo interno de leis, independente de outros Estados e ao mesmo tempo, fundador da ordem interna.

Tais ideias também convergem para a atualidade e a formação do Estado Constitucional, com seus processos revolucionários de ruptura. Por outro lado, esse Estado Constitucional acaba por individualizar o Direito, separando-o da moral, da religião e da política, criando o argumento básico, utilizado pelo Positivismo, de completa autonomia do sistema de leis frente a essas variantes axiológicas.

A introdução no cenário político e jurídico de teorias acerca da soberania teve início com Jean Bodin. O período de transição que mediou o padrão político de organização na era medieval e a monarquia absolutista teve suas necessidades muito bem amparadas pelos pensamentos de Bodin. Para ele, conforme explica Pauperio², o poder soberano pode ser entendido como

(...) livre da lei, não, porém, de qualquer lei, pois, na sua conceituação, quando se diz que um poder absoluto não está sujeito às leis, não se quer dizer com isso que não esteja sujeito às leis de Deus e da natureza e as várias leis comuns a todos os povos.

O pensamento de Bodin se afasta das ideias concebidas no período da idade média sob influência do jusnaturalismo exclusivamente teológico, na medida em que justifica o poder real também pelas leis comuns de todos os povos, abrindo a possibilidade da argumentação de um feixe leis em um plano mais racionalista. Nas palavras de Kelsen³:

² PAUPÉRIO, A. Machado. O conceito polêmico de soberania. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 65.

³ KELSEN, Hans. O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 71.

O jusnaturalismo é a chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito. Ela distingue, ao lado do direito real, isto é, do direito positivo, posto pelos homens e, portanto, mutável, um direito ideal, natural, imutável, que identifica com a justiça. [...] distingue-se das outras doutrinas dualistas pelo fato de – como o seu nome indica- considerar a natureza como a fonte da qual se originam as normas do direito ideal, do direito justo. [...] se a natureza foi criada ou é regida por um Deus justo, então – mas, só então – podem ser reconhecidas normas nas leis desta natureza, pode nesta natureza ser encontrado o direito justo, pode, a partir desta natureza, ser reduzido o direito justo. Isto se revela mais claramente numa doutrina teleológica do direito natural.

A concepção de Kelsen, demonstra a ideia de soberania como meio de estruturação, tanto da ordem interna como externa, bem assim de fins da sociedade, entendidos como uma razão normativa, em um plano do direito real, posto pelos homens, fundado e evidenciado pela razão de Deus.

Bodin realiza um sistema político sutil na medida em que sujeita o soberano tanto às leis de Deus com às leis dos homens, evidenciando o poder como uma manifestação final de vontades humanas, distintamente do que ocorria na era medieval, em que o poder somente, de modo geral, fazia sentido como mantenedor dos preceitos religiosos.

É desta sutileza que surge o posterior pensamento político, influenciado em especial por Thomas Hobbes. Na concepção hobbesiana, tornou-se mais evidente a percepção da incompetência da instituição religiosa para assumir o projeto político emergente, ao qual se chamaria de Estado-Nação.

A figura do Deus que não se revelava capaz de solucionar os impasses sociais observando os interesses da classe detentora do poder passou a ser gradativamente substituído pela de um verdadeiro gestor de negócios divinos, capaz de conduzir o processo de afixação do Estado-Nação, na figura do Príncipe.

A noção hobbesiana de contratualismo confere nova estrutura às relações sociais pois parte de uma visão antropológica negativa do indivíduo, em contraposição a um ser social por natureza. Em suas exatas palavras ora transcritas⁴:

Se examinarmos homens já adultos, e considerarmos como é frágil à moldura de nosso corpo humano (que, perecendo, faz também perecer toda a nossa força, vigor e mesmo sabedoria) e, como é fácil até ao mais fraco dos homens matar o mais forte, não há razão para que

⁴ HOBBS, Thomas. Do cidadão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 29.

qualquer homem, confiando em sua própria força, deva se conceber feito por natureza superior a outrem [...] Portanto, todos os homens são naturalmente iguais entre si; a desigualdade que hoje constatamos encontra sua origem na lei civil.

Na mesma linha de pensamento assevera Solon⁵ que, “a partir da fraqueza humana, o mais moderno dos filósofos da soberania deduziu a necessidade um poder ilimitado, a que todos deveriam submeter-se para não se destruírem mutuamente”.

Partindo-se da premissa de que a lei civil é a responsável exclusiva pela desigualdade entre os homens, tem-se que a modificação das normas com consequente ampliação dos destinatários é o meio de consolidação do poder soberano.

O surgimento da figura do Príncipe se dá não na figura de um mandatário de Deus, mas na pessoa dele próprio, revestido de uma autoridade suprema e absoluta. A noção hobbesiana de contrato funda-se na conservação do direito à vida ameaçado no estado de natureza.

O poder é exercido nos moldes necessários a combater o individualismo, cumprindo ao Príncipe promover a preservação dos sujeitos como forma de resguardar o corpo político.

A ideia de Estado-Nação como atualmente é concebida tem origem nesta transposição hobbesiana do poder divino na figura do Príncipe.

O exaurimento das bases fundamentais desde estado novel requer, no entanto, a análise de outros dois argumentos provenientes de John Locke e Jean Jacques Rousseau. A ideia de estado da natureza em Hobbes remete à ideia do poder soberano fundado no temor e na autoridade máxima e irrestrita do Príncipe. Enquanto para Hobbes prevalecia a ideia de submissão, em Locke o pacto civil caracteriza-se como um contrato consensual pautado em liberdades individuais limitadoras do poder estabelecido. Na concepção lockiana, pois, o indivíduo é a própria justificativa da existência do Estado. Daí surge a base para o pensamento de Rousseau.

Para Jean Jacques Rousseau, a soberania revela-se como o interesse comum, a qual não corresponde à somatória de vontades individualizadas, mas sim, a algo superior, caracterizado pela vontade do maior número de indivíduos, o que resulta na

⁵ SOLON, Ari Marcelo. Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão. Porto Alegre: Fabris, 1997. P. 41.

lei. Interessante neste ponto fazer menção à crítica tecida por Bigne de Villeneuve, citado por Pauperio⁶, segundo o qual:

Para haver vontade real é indispensável não só a determinação clara dos motivos como a determinação clara do fim, o que dificilmente se encontra entre as massas, cuja liberdade política se reduz, assim, a uma quase verdadeira ficção.

A questão ora trazida à baila é de curial relevância posto que discute o conceito de soberania a partir da transição ocorrida entre o conceito de governo fundado na ideia de hierarquia para um modelo pautado na difusão do poder de modo a cultivar a contínua comunicação entre coordenadores e destinatários.

A inexistência de fins previamente definidos, ou ao menos passíveis de definição não expressam a real vontade geral, o que implica dizer que ainda que se denote a existência de um direito organizado pode ser que o resultado justo não seja efetivamente alcançado.

Sob o prisma rousseauiano do contrato social, a legitimidade para a vida política depende do entrelaçamento dos elementos vontade e representação, pois é da submissão ao poder soberano do povo que nasce o corpo político.

Evidencia-se assim que é a liberdade dos sujeitos, representantes de uma vontade geral soberana, o feixe sob o qual o Estado se assenta para dizer o Direito, ministrar a Justiça e editar leis, para exercer, portanto, sua Jurisdição.

Ainda que o Sistema de Jurisdição se assente sobre esse corpo político aparentemente sólido, é preciso refazer a crítica sobre sua adequação na contemporaneidade. Isto porque o pensamento rousseauiano se encaixa perfeitamente em uma sociedade que possua uma certa homogeneidade preestabelecida, o que não é perceptível na atualidade.

Em um panorama societário como o contemporâneo, tanto a vontade como a representação precisam ser vistas sob outros prismas. Onde não se pode falar na existência de vontade comum, não há como falar em finalidades possíveis, mas tão somente em mera constatação da existência de diversos meios de exercício de poder.

A forma de realização das relações de poder na sociedade atual revela a necessidade de confrontar a racionalidade que gera o povo soberano a ser representado.

⁶ PAUPÉRIO, A. Machado. O conceito polêmico de soberania. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 90

Na contemporaneidade a racionalidade passeia entre a retomada de valores marcados pelo conservadorismo ou mesmo na preservação de um modelo que faz da sociedade um local nocivo ao indivíduo.

O questionamento acerca da racionalidade produtora do contratualismo civil e, via de consequência, da noção de Soberania e Jurisdição, surge frente ao modo como o Estado Nação Ocidental desenvolveu-se na Idade Contemporânea.

Considerando-se que é a partir de uma matriz constitucionalista que o Estado Nação se firma, pode-se também dizer, a partir de uma noção formal de direitos, que o liberalismo burguês é capaz de produzir essas mesmas bases constitucionais.

Tal liberalismo, à medida em que o processo de estabelecimento de suas raízes políticas vai se consolidando, passa de revolucionário a conservador, alijando parte dos componentes do corpo social das benesses da derrubada do Antigo Regime Absolutista.

Nesse processo de alijamento, todos os mecanismos de justificação são utilizados, entre estes o do mito da vontade majoritária, de base rousseauniana⁷, estribado em uma racionalidade kantiana, encetada na liberdade, que cria, não apenas o reconhecimento da autonomia do sujeito por seu subjetivismo e volição, mas também reconhece em cada um desses subjetivismos uma ampla liberdade decisória quanto ao pertencimento ao corpo político. O indivíduo passa a ter autonomia sob suas escolhas, resultando, portanto, que a sua condição no corpo social apenas a ele se pode imputar. Na lição de Kant⁸:

Uma vez que a simples forma da lei pode ser representada apenas pela razão, e portanto não é um objeto que caia sob os sentidos, nem, por conseguinte, se insere entre os fenômenos, a representação dela como motivo determinante da vontade é distinta de todos os fundamentos que determinam aquilo que ocorre na natureza segundo a lei de causalidade: nisto, com efeito, os próprios fundamentos da determinação devem ser fenômenos. Se, porém, nenhum outro motivo determinante da vontade pode servir-lhe como lei, exceto a pura forma legislativa universal, tal vontade deve ser pensada como inteiramente independente da lei natural dos fenômenos, e precisamente da lei da causalidade de uns em relação aos outros. Esta independência se chama liberdade no sentido rigoroso, isto é, transcendental, da

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jaques. Do contrato social. Tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. - 2ª edição - São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

⁸ KANT, Emmanuel, Max. Crítica da Razão Prática. São Paulo: Brasil Editora, 1959. p. 60/61.

palavra. Portanto, uma vontade para a qual possa servir de lei a pura forma legislativa da máxima é uma vontade livre.

Essa mesma perspectiva racionalista e subjetivista leva os sujeitos a uma tentativa de dominação e ordenação do mundo, mormente pelo manejo do conhecimento e dos meios científicos, produzindo uma crença inarredável nesse processo de conhecimento de tal sorte que o mundo econômico capitalista, de base liberal burguesa, fundado em um direito formalista de base constitucional e posteriormente positivista, alinhado pelo contratualismo civil “democrático”, apresenta-se como o ápice do desenvolvimento das sociedades humanas.

É a essa ideia de um racionalismo que tudo domina, tudo constrói e tudo ordena que se opõe Horkheimer, quando de seu tratamento acerca de uma razão crítica oposta a razão instrumental (e mais tarde Habermas, ao tratar da razão comunicativa). Para ele⁹, “A razão subjetiva (ou instrumental) se revela como a capacidade de calcular probabilidades e desse modo coordenar os meios corretos com um fim determinado”.

Consoante o pensamento de Horkheimer, essa razão liberal burguesa instrumental se põe a conhecer o mundo não preocupada com os fins e sim com os meios, criando para esses uma falsa noção de cientificidade totalizante transformada em um cientificismo refletido em dominação, poder e exploração.

Horkheimer¹⁰ já havia se colocado a analisar a razão, buscando compreender porque o processo técnico científico não significou a maioridade da razão, fazendo com que essa sucumbisse a um estado de barbárie. E a conclusão é que a razão, tal como pensada na sociedade burguesa, constitui-se de um mito cuja consequência é a perda da autonomia do indivíduo. Transcrevendo suas palavras:

O mito converte-se em esclarecimento, e a natureza em mera objetividade. O preço que os homens pagam pelo aumento de seu poder é a alienação daquilo sobre o que exercem o poder. O esclarecimento comporta-se com as coisas como o ditador se comporta com os homens. Este conhece-os na medida em que pode manipulá-los. O homem de ciência conhece as coisas na medida em que pode fazê-las. É assim que seu em-si torna para ele. Nessa metamorfose, a essência das coisas revela-se como sempre a mesma, como substrato da dominação.

⁹ HORKHEIMER, Max. Eclipse da Razão. Rio de Janeiro: Labor do Brasil, 1976. P. 13.

¹⁰ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento. Rio de Janeiro: Jorge Zarhar, 1986. p.10.

Sob a ótica de uma racionalidade cientifista dominante cada vez mais se faz necessário ampliar o instrumental jurídico garantindo argumentos “democráticos” capazes de afastar ainda mais as classes subalternizadas do empoderamento de seus direitos. É preciso dar a esse Direito estabelecido um caráter também científico. Neste ponto, o Positivismo Jurídico cumpre o desiderato.

Ao pretender a criação de uma Ciência do Direito, o Positivismo Jurídico, afastando o Direito da ética, da moral, da religião e da política, cria o argumento legitimador das redes de dominação da ordem social e ainda a legitimidade do direito como única forma admitida de organização interna da sociedade.

Desse modo, o Positivismo Jurídico permite ao Direito uma racionalidade própria, alinhada a um objeto próprio, qual seja o direito posto, resultante do acordo livre de vontades enfeixadas no Contrato Social.

Kelsen¹¹ ao abstrair a ideia do Direito de tudo o que a ele não se poderia associar, como as influências sociológicas ou axiológicas, criou um sistema lógico desprovido de conteúdo, portanto, limitado à sua dimensão estatal.

A cátedra kelseniana afasta o Direito da realidade histórico-social que o circunda e o origina. Disso também decorre a impossibilidade, sob a perspectiva kelseniana, de permitir o estudo da relação entre normas jurídicas e os valores sociais, como a ética e a moral, gerando a dissociação entre o direito e uma possível discussão acerca da justiça. Em lição, esclarece Maria Helena Diniz¹² acerca dos estudos kelsenianos:

O objeto da ciência do direito, para Kelsen, consiste nas normas jurídicas determinantes da conduta humana ou a conduta humana enquanto conteúdo de normas, sendo que norma pode também referir-se a “fatos e situações que não constituem a conduta humana, mas desde que sejam condições ou efeitos de conduta humana. [...] Conforme o conhecimento jurídico-científico dirige-se às normas que devem ser aplicadas ou aos atos de produção e aplicação, temos uma teoria estática e uma teoria dinâmica do direito. A teoria estática tem por objeto o direito como um sistema de normas, estuda-o sem eu estado de repouso. Ao considerar o direito em seu momento estático, a pesquisa jurídico-científica deve partir das normas de direito positivo e confrontá-las entre si, numa unidade coerente e sistemática sob o enlace de preceitos normativos e da norma básica, mostrando o uno (sistema) no múltiplo (pluralidade de normas). E a teoria dinâmica, que considera o direito em seu movimento, tem por objeto o processo jurídico em que é produzido e aplicado o direito; sendo que atos de produção e aplicação do direito só interessam à ciência jurídica enquanto formam o conteúdo das normas jurídicas.

¹¹ Kelsen, Hans. O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva. p. 122.

No contexto de um historicismo tratado como o motor de um progressivo desenvolvimento humano, tanto a racionalidade que individualiza o sujeito, bem assim, o positivismo que organiza sua vida em sociedade, são soluções adequadas, contudo, quando essa racionalidade se vê questionada em condição, face de sua utilização como mecanismo de apagamento da pessoa humana, surge o questionamento sobre a verdadeira *Iluminação* dessa racionalidade.

O que os movimentos fascistas das décadas de 20, 30 e 40, mormente o Nazismo, e suas consequências geradoras de morticínio e de holocaustos impuseram foi o questionamento sobre como uma razão e uma historicidade tendente ao progresso poderiam permitir esse tipo de atentado contra a pessoa.

As câmaras de gás de Auschwitz traduzem não uma irracionalidade em termos kantianos significada pela ausência da volição e sim uma vontade dirigida para o aniquilamento e crueldade. A partir dessa reflexão tudo aquilo produzido em termos de argumento da sociedade ocidental se vê sob a inflexão do questionamento.

Nem o Contratualismo Civil, nem um conceito de Estado Nação Constitucional ou um sistema Lógico de Normas postas, foram capazes de impedir a perpetração desses morticínios, logo, não cabia mais o argumento de um progresso histórico baseado nessa racionalidade kantiana.

O normativismo desprovido de conteúdo ético acabou por fomentar o cumprimento das normas sem a análise de suas consequências para os sujeitos. De certo modo, esse movimento de cumprimento cego das leis, também responde a parêmia kantiana *do dever pelo dever*, quando a legitimidade da ação se conforma apenas pelo cumprimento da lei que por ser formalmente lei é legítima e correta.

Assim, houve uma necessidade de revisão da posição ocupada pela racionalidade e, nesse sentido, a obra de Habermas, que será doravante abordada, cumpre um movimento de retomada do caráter emancipatório da razão para o desenvolvimento humano.

Habermas, como iremos demonstrar nas linhas seguintes, faz um retorno à razão iluminista, com base no conceito de razão comunicativa, tomando-a não como uma razão abstrata inerente a um indivíduo isolado mas, ao contrário, o autor coloca essa razão em um patamar argumentativo em que os indivíduos se põem de acordo sobre questões como verdade, justiça e autenticidade, a partir de uma ação crítica.

Antes de tecer a ligadura conceitual entre a obra de Habermas e o Direito é preciso situá-lo em seu contexto de pesquisa, relacionado à Escola de Frankfurt, tanto assim que a razão comunicativa habermasiana tem inicial diálogo com a teoria crítica horkheiminiana, e como acima dito, com uma racionalidade crítica.

Do mesmo modo, é preciso também constatar que Habermas é um autor eclético, interessado no projeto cooperativo filosófico entre filosofia e ciências, perpassando a obra de diversos autores, o que o leva a uma produção profusa e a diversas temáticas.

Inicialmente é preciso notar que como pensado por Horkheimer¹³, a discussão acerca da emancipação surge da percepção que a teoria tradicional não consegue fornecer os elementos para um processo emancipatório verdadeiro, visto que nessa teoria tradicional a racionalidade é dirigida para a afirmação dos meios e não dos fins, logo, a ciência é pensada sem relação com os processos sociais. Isso acaba criando um distanciamento entre a produção teórica tradicional e meios de conhecimento da realidade, o que leva o autor a considerar que:

Há uma exigência de que as ciências levem em conta os dados da realidade como integrante de seus processos e não simplesmente reduzam os seus trabalhos ao mero uso técnico, como acontece nos procedimentos de análise embasados na teoria científica.

Esse reconhecimento dos mecanismos de legitimação ideológicos da sociedade burguesa é que são capazes de levar as classes dominadas à emancipação. E essa noção de submissão a uma racionalidade dirigida, fica clara quando do manejo do conceito de aporia tratado por Horkheimer¹⁴:

A aporia com que defrontamos em nosso trabalho revela-se assim como o primeiro objecto a investigar: a autodestruição do esclarecimento. Não alimentamos dúvida nenhuma - e nisso reside nossa *petitio principii* - de que a liberdade na sociedade é inseparável do pensamento esclarecedor. Contudo, acreditamos ter reconhecido com a mesma clareza que o próprio conceito desse pensamento, tanto quanto as formas históricas concretas, as instituições da sociedade com as quais está entrelaçado, contém o germe para a regressão que hoje tem lugar por toda parte. Se o esclarecimento não acolhe dentro de si a reflexão sobre esse elemento regressivo, ele está selando seu próprio destino. Abandonando a seus inimigos a reflexão sobre o

¹³ HORKHEIMER, M. *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*. In. Textos Escolhidos / Max Horkheimer, Theodor Adorno; São Paulo: Nova Cultural – 1989. p 26.

¹⁴ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zarhar, 1986. p.4.

elemento destrutivo do progresso, o pensamento cegamente pragmatizado perde seu carácter superador e, por isso, também sua relação com a verdade. A disposição enigmática das massas educadas tecnologicamente a deixar dominar-se pelo fascínio de um despotismo qualquer, sua afinidade autodestrutiva com a paranóia racista, todo esse absurdo incompreendido manifesta a fraqueza do poder de compreensão do pensamento teórico atual.

Nesse sentido, é possível compreender que a Teoria Crítica não aceita a aplicação puramente teórica, sem considerar as condicionantes e manipulações sociais que embasam essa teoria tradicional, sob pena da teoria tornar-se apenas um conjunto discursivo de dominação.

A preocupação da teoria crítica é de uma transformação radical, tornando claro que a estrutura social possui contradições e essas devem ser conhecidas, apresentadas e discutidas.

Habermas amplia a própria racionalidade crítica percebendo nela a fraqueza de propor o atingimento ao esclarecimento, mas não a emancipação. Desse modo o autor desloca a análise para o sujeito e os procedimentos argumentativos utilizados pelos indivíduos acerca de diversas questões. Em suas palavras¹⁵:

[...] eu pretendo arguir que uma mudança de paradigma para o da teoria da comunicação tornará possível um retorno à tarefa que foi interrompida com a crítica da razão instrumental; e isto nos permitirá retomar as tarefas, desde então negligenciadas, de uma teoria crítica da sociedade (1984, p. 386).[...]não é a relação de um sujeito solitário com algo no mundo objetivo que pode ser representado e manipulado mas a relação intersubjetiva, que sujeitos que falam e atuam, assumem quando buscam o entendimento entre si, sobre algo. Ao fazer isto, os atores comunicativos movem-se por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e referem-se a algo simultaneamente em um mundo objetivo, em seu mundo social comum e em seu próprio mundo subjetivo.

No arremate de Bento Itamar Borges¹⁶ acerca do assunto:

A teoria crítica não precisa ser medida com critérios externos, uma vez que as suas dificuldades podem ser colocadas por ela mesma. [...] Para a Escola da Teoria Crítica, a crítica radical da sociedade e a

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston, Beacon Press. P. 392.

¹⁶ BENTO, Itamar Borges. *Transformação da Teoria Crítica: A Conversão de Habermas ao Paradigma Discursivo*. Uberlândia: Edufu, 2010. p. 14.

crítica de sua ideologia dominante são inseparáveis. Entretanto, a Ideologiekritik conseguirá quando muito realizar os objetivos da teoria crítica pela metade: poderá atingir o esclarecimento, mas não a emancipação. Por volta do início da década de 70, Habermas teria se dado conta dessa fraqueza de uma teoria social incapaz de ir além da crítica do estabelecido. A partir daí, esse autor inicia projetos “construtivos” de teoria social, entendendo que a filosofia deva “produzir racionalidade”, em um trabalho cooperativo com as ciências.

Nesse movimento de ampliação crítica Habermas percebe nas redes de argumentação um processo em que seja possível discutir a noção de sistema, representado pela razão instrumental com seus mecanismos de dominação, com o mundo da vida, da representação simbólica da linguagem e suas redes de significado.

Na explicação de Chapani¹⁷,

Em sua análise da sociedade moderna, Habermas utiliza as categorias sistema e mundo da vida. O sistema é regido pela razão instrumental e compreende dois subsistemas: o econômico e o político. O mundo da vida compreende as intersubjetividades dos atores inseridos em situações concretas de vida, constituindo-se no pano de fundo sobre o qual ocorrem as ações (HABERMAS 2001; 2003). Dessa maneira, têm-se duas formas de interação: a social (obtida por meios linguísticos de busca do consenso) e a sistêmica (obtida por meios não linguísticos, como o mercado e a burocracia). entre o sistema e o mundo da vida: possibilidades de ação comunicativa na trajetória ... 191 O conceito de interação social pode ser analisado com a ajuda dos conceitos elementares, ação e discurso, os quais ocorrem de forma entrelaçada nas interações linguisticamente mediadas.

Segundo Habermas¹⁸:

[...] a ação comunicativa está inserida em um mundo da vida que fornece uma cobertura protetora dos riscos sob a forma de um imenso consenso de fundo. As proezas da comunicação explícitas que são alcançadas pelos agentes comunicativos dão-se no horizonte de convicções partilhadas e não problemáticas.

Como no capitalismo avançado a sociedade apresenta ampla complexidade e um desacoplamento do sistema e o mundo da vida há uma sobrecarga nos processos de entendimento, permitindo a existência e ampliação de outros meios de controle além da

¹⁷CHAPANI, Daisi Teresinha e CARVALHO, Lizete Maria de. Práxis Educacional Vitória da Conquista v. 6, n. 9 p. 187-208 jul./dez. 2010.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Racionalidade e comunicação. Lisboa: Edições 70, 2002, p.103-149.

rede de significação simbólica da linguagem, pelos instrumentos de mercado e burocráticos. Isso é que permite, na concepção de Habermas, uma colonização do mundo da vida pelo sistema. Em suas palavras¹⁹:

Grosso modo, penso que as sociedades complexas contemporâneas se integram até certo ponto através de três veículos ou mecanismos. O “dinheiro” enquanto veículo está, por assim dizer, institucionalizado no mercado; o “poder” enquanto veículo está institucionalizado nas organizações; e a “solidariedade” é gerada pelas normas, pelos valores e pela comunicação.

Como se vê do trecho em destaque, as normas e os valores operam como instrumentos de mediação entre o sistema e o mundo da vida, abrindo a possibilidade de que o Direito faça um papel mediador entre esses dois universos, questão discutida por Habermas.

Nesse sentido, o consenso produzido pelo Direito estaria mediado pela Ação Estratégica, quando o indivíduo defende seus interesses próprios, frente a uma Ação Comunicativa, em que a orientação deixa de ser individual, passando ao consenso. Para o autor²⁰:

O código do Direito não deixa outra escolha; os direitos de comunicação e participação têm que ser formulados numa linguagem que permite aos sujeitos autônomos do direito escolher se e como vão fazer uso deles. Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa.

Quando os sujeitos decidem por esse movimento através de uma racionalidade crítica e comunicativa, acabam por garantir a própria participação nas decisões públicas em que se avaliam os conteúdos normativos, demandados naturalmente pelo mundo da vida, na assunção de princípios éticos que vão sendo preenchidos pela ação

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. A Ética da Discussão e a Questão da Verdade. São Paulo: Martins Fontes. p. 38.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I. p. 167.

comunicativa. Assim o processo de conhecimento se relaciona ao de verdade, garantindo a emancipação. Nas palavras de Habermas²¹:

O conceito de conhecimento como representação é indissociável do conceito de verdade como correspondência. Não podemos abrir mão do primeiro sem perder também o segundo. Se a linguagem e a realidade se interpenetram de uma maneira que para nós é indissociável, a verdade de uma sentença só pode ser justificada com a ajuda de outras sentenças já tidas como verdadeiras.

O Direito passa a ser, portanto, o produto de uma validação discursiva e não decorrência exclusiva da legalidade surgida como produto de uma ação ligada a noção de razão prática kantiana. Em Kant, o indivíduo tem sua volição determinada por um “bem dirigir-se” fundado em uma lei moral universal, como um pressuposto da ação individual. A razão comunicativa, por outro lado, dependerá de um discurso prévio entre todos os envolvidos capaz de produzir um consenso com prevalência do argumento mais racional. Dessa relação última é que decorre a legalidade possível. Habermas explica que²²

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se a si mesmo [...] A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: de um lado, a carga de legitimação dos cidadãos desloca-se para os procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente; de outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor (HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2v., 1997. Vol. I. p. 167)

No arremate de Rogério Garcia Mesquita²³:

O princípio do discurso, com a roupagem do Direito, tornar-se-á o princípio fundamental da própria democracia, na medida em que a legitimidade das normas legais somente pode ser alcançada através de processos de validação discursiva.

²¹ HABERMAS, Jürgen. A Ética da Discussão e a Questão da Verdade. São Paulo: Martins Fontes. p. 59

²² HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I. p. 167.

²³ MESQUITA, Rogério Garcia. PERSPECTIVA, Erechim. v.36, n.134, p.41-52, junho/2012.

Ainda que em mui apertada síntese conceitual, ficam claros os argumentos oferecidos por Habermas na ampliação da visão do sistema jurídico, não nos moldes do Positivismo Jurídico, mas sim como ampla rede de significação democrática dos sujeitos através da interação de suas subjetividades, pela argumentação.

Tecido este breve esboço filosófico, passemos a uma análise focada especificamente ao pensamento de Kelsen e Habermas, para que seja possível compreender o modelo de processo até então desenvolvido e o que se pretende adotar com a superveniência do princípio da colaboração.

1.1 Considerações sobre processo e filosofia do Direito nas perspectivas de Kelsen e Habermas

Como visto em linhas anteriores, a organização da sociedade era vista como algo natural, pelo que não se questionava a autoridade exercida pela sociedade sobre seus indivíduos que, simplesmente, se submetiam às regras impostas.

Qualquer argumentação neste sentido recaía sobre a forma de organização da sociedade, mas jamais sobre a relação indivíduo-sociedade.

As transformações na sociedade, contudo, conduziram o ser humano a uma individualização cada vez mais crescente, a qual lhe fez questionar a naturalidade da imposição das regras sociais.

Os debates acerca da legitimação da submissão do homem à norma jurídica revelaram duas teorias que ganharam maior destaque, quais sejam, as já citadas, Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen e Teoria Discursiva do Direito, de Jürgen Habermas.

O aparente antagonismo existente entre as duas teorias pode ser superado pelo reconhecimento da existência de alguns pontos comuns que conduzem ao entendimento de uma certa complementariedade entre elas.

No período histórico conhecido como iluminismo os tradicionais referenciais religiosos pautados no cristianismo vieram a ser substituídos pela razão, o que gerou reflexos também no âmbito do Direito que passou a ser reconhecido com caráter de ciência.

Marília Muricy²⁴ leciona que:

Enquanto os filósofos racionalistas do século XVIII procuravam extrair noções jurídicas concretas de uma verdade de razão ética, como expressão máxima e superior do direito, a Teoria Pura do Direito esvazia a norma fundamental, para ela princípio regulador da juridicidade de qualquer sentido moral ou legitimação material, conferindo-lhe função de simples postulado do conhecimento, que atende à exigência de plenitude do sistema.

Segundo a concepção de Kelsen, o ordenamento jurídico pode ser entendido como um conjunto de normas hierarquicamente escalonadas, as quais têm por referência uma norma fundamental disposta no topo.

Para Kelsen, a legitimidade corresponde ao próprio procedimento estabelecido no ordenamento jurídico, sendo por este determinado.

A Teoria Pura do Direito passou a ser alvo de severas críticas a partir do momento em que foi invocada por oficiais nazistas perante o Tribunal de Nuremberg como forma de justificar a legalidade das atrocidades por eles cometidas, pautados no argumento que cumpriram normas validamente postas.

Foi neste íterim que a Teoria Discursiva de Habermas despontou, preconizando a necessidade de enfoque na linguística, de modo a captar o sentido da fala. Em suas palavras²⁵:

A linguagem, assim, teria como característica um sentido performativo, ou seja, quando alguém diz algo, informa o que faz. E esse sentido só é captado por um ouvinte potencial que assume o enfoque de uma segunda pessoa, abandona a perspectiva do observador e adota a do participante. Isso significa entrar no mundo da vida compartilhado por uma comunidade linguística e querer entender-se com alguém sobre algo no mundo, para chegar a um acordo racionalmente motivado e construído intersubjetivamente.

Para Habermas, a linguagem tem o condão de viabilizar a comunicação entre os interlocutores, conduzido a uma harmonização de suas intenções. Em suas palavras²⁶:

²⁴ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos. p. 67.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 36.

Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”. Neste caso, os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários.

A viabilização do diálogo assegura os ideais de justiça e de liberdade, na medida em que disponibiliza condições de igualdade aos envolvidos no discurso, permitindo a prevalência do argumento mais convincente.

Na concepção de Habermas, a legitimidade do ordenamento jurídico decorre da possibilidade de diálogo paritário entre os envolvidos e a abertura para o questionamento deve ser sempre assegurada de modo a viabilizar a reconstrução e aperfeiçoamento das normas.

É possível, contudo, vislumbrar um diálogo entre as teorias de Kelsen e Habermas.

Pela teoria kelseniana, a postura nazista encontrava-se revestida de plena legalidade, vez que pautada em normas cuja técnica imposta fora regularmente respeitada. Para Habermas, ao revés, não haveria que se falar em legalidade da conduta, vez que não fora oportunizado o diálogo aos atingidos pelas referidas normas.

Ao contradizer a Teoria Pura do Direito, a Teoria Discursiva do Direito não objetivou extirpá-la do ordenamento, mas tão somente superá-la, uma vez demonstrada suas imperfeições. Nas palavras de Barreto²⁷

É importante destacar que Habermas não se desfaz da ideia do procedimento enquanto mecanismo legitimador do ordenamento jurídico, pregado por Kelsen. Contudo, ele vai além por não, simplesmente, pressupor a legitimidade desse procedimento de elaboração de normas; ele traça o conteúdo ético necessário para que esse procedimento possa ser racionalmente legitimado. E a tônica dessa legitimação reside na ampla participação dos potencialmente afetados pelas deliberações.

O autor também explica que a legitimidade não decorre automaticamente da legalidade, mas sim de um processo democrático embasado em normas que culminarão

²⁷ BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Legitimidade do ordenamento jurídico: entre Kelsen e Habermas. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/22283/legitimidade-do-ordenamento-juridico-entre-kelsen-e-habermas>> Acesso em 12/01/2016.

em leis, estas sim, amparadas pelo princípio da legalidade; e faz importante observação acerca do princípio da continuidade do discurso.

Ademais, ao estabelecer o princípio da continuidade do discurso, Habermas prega devam tais cláusulas ser revestidas de garantias até mesmo contra a vontade da maioria, na forma de direitos fundamentais. Se Habermas pugna que a sociedade cunhe tais normas, revestidas da qualidade especial de não poderem ser suprimidas, para garantir a continuidade do discurso, é forçoso reconhecer que ele as identifica como dotadas de uma hierarquia em relação às demais regras que podem ser produzidas pelo procedimento originador das normas. Aqui também ele se abebera da noção da pirâmide normativa de Kelsen, pondo tais garantias no seu ápice, pois é hoje pacífico que os direitos fundamentais são consagrados na Constituição, norma maior do ordenamento jurídico, cujo fundamento repousa na norma fundamental.

Em Kelsen, a legitimidade da norma consubstancia-se no fato de sua introdução no ordenamento jurídico estar de acordo como o procedimento previsto. Em Habermas, a mera observância ao procedimento não é suficiente, sendo imprescindível a garantia de diálogo paritário aos potenciais envolvidos na situação cuja jurisdição se invoca, bem como de futura rediscussão, o que se faz possível através da garantia de direitos fundamentais.

A análise e confronto das perspectivas de Kelsen e Habermas permite compreender que as partes, na busca da defesa de seus direitos, não podem se resumir a visão de meros expectadores, triangulados por uma relação processual formada a partir de categorias prefixadas conceitualmente em autor, réu e Estado-juiz.

1.2 O Processo Civil e a constante busca pela efetividade

No presente capítulo buscaremos demonstrar que se faz necessário atualizar e reformar, com frequência, as normas de direito processual a fim de que se mantenham conectadas ao real desenvolvimento da sociedade.

Cada vez mais, não se mostra suficiente um direito processual civil técnico, fazendo-se necessário um processo vivo que seja capaz de garantir a aplicação do direito material positivado em nosso ordenamento.

Uma norma apenas será efetiva quando for capaz de produzir os efeitos que dela se espera. A lei processual, por sua vez, será efetiva quando tiver a capacidade de solucionar as questões submetidas ao crivo do Poder Judiciário, garantido assim a pacificação social.

Essa pacificação dos conflitos emergentes na sociedade dificilmente será atingida se o processo é moroso o que, conseqüentemente, conduz a uma justiça tardia, incapaz de consagrar o direito material assegurado. Disto decorre que a efetividade processual somente se exterioriza quando a tutela jurisdicional prestada pelo Estado é adequada.

Para Teori Albino Zavascki²⁸ o direito constitucional à efetividade pode ser entendido da seguinte forma:

Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de proporcionar ao litigante vitorioso a concretização fática de sua vitória.

O que se busca na atualidade é um processo capaz de produzir efeitos a tempo de satisfazer o titular do bem tutelado. Portanto, o direito processual deve andar ao lado do direito material, até porque a finalidade daquele é servir a este, ou seja, o escopo do processo civil não é atender a si próprio, mas sim, permitir a efetivação do direito material assegurado, satisfazendo o direito de seu titular.

O processo nos moldes até pouco tempo preconizados não mais atende os anseios da sociedade, principalmente diante da sua morosidade, o que por sua vez o torna ineficaz.

A morosidade processual vai na contramão dos ditames da Constituição Federal, já que o direito à tempestividade da tutela jurisdicional constitui uma garantia constitucionalmente estabelecida. A Carta Maior estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXV que todos têm o direito de bater às portas da justiça para fazer valer um direito, mas a interpretação correta do dispositivo transluz mais do que o legislador constitucional quis dizer, pois essa regra significa também que os jurisdicionados

²⁸ Teori Albino Zavascki, *Antecipação da Tutela*, p. 64.

possuem além do mero direito de acesso à justiça, devendo a tutela jurisdicional lhes ser prestada pelo Estado de forma adequada e célere.

Não é sem razão que o professor Luis Guilherme Marinoni²⁹ ensina:

A busca da efetividade do processo é necessidade que advém *do* direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due process of law*, e ínsito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos poderes e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou dever que o Estado se impôs quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela antecipatória, portanto, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional.

Percebe-se que em alguns casos uma decisão, mesmo que embasada em elementos robustos de convicção extraídos através de uma exauriente processo de conhecimento, pode resultar infrutífera no mundo real, se o momento da sua prolação for retardado, ou seja, intempestivo conforme a necessidade das partes.

Entretanto, é preciso observar que a efetividade que se pretende empregar ao processo não deve servir de obstáculo para a segurança jurídica, na realidade o que se almeja é que o processo se desenvolva em um prazo razoável, onde haverá oportunidade das partes produzirem suas respectivas provas que servirão para formar a convicção do julgador, mas o fim da marcha processual deve ocorrer conforme a realidade fática da causa e das partes que a integram, caso contrário a decisão que finda o processo poderá ser inútil, além é claro de representar um desperdício de tempo e de recursos financeiros do próprio Estado e dos litigantes. Desta forma, faz-se necessário adequar o processo a realidade da causa *sub judice* para que assim o Estado cumpra com o seu dever de dizer o direito a quem necessita.

Assim, o próprio Estado através da Carta Maior está obrigado a garantir aos jurisdicionados uma tutela efetiva, mas o que se constata é que de fato ele não consegue garantir direitos constitucionalmente protegidos, daí a necessidade de reforma do diploma processual civil, tendo esta reforma o escopo de colocar à disposição do estado mecanismos jurídicos capazes de contribuir com a efetivação da tutela jurisdicional.

O novo diploma processual civil passa a vigor a partir do corrente ano, sendo que todas as inovações que o novo Codex apresenta têm como objetivo adequar o

²⁹ MARINONI, Luís Guilherme. Garantias Constitucionais do Processo Civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. p. 81.

sistema processual com a realidade atual das causas submetidas à legislação cível, bem como adequar a legislação processual civil com a Carta Magna, tudo isso se apresenta de uma forma mais coerente e organizada em relação ao Código de 1973, para que assim o processo possa alcançar sua efetividade plena, tão necessária para toda a sociedade brasileira.

Essa tão esperada efetividade do Processo Civil consiste na adequação da legislação processual ao caso submetido à análise do judiciário. Desta forma, deve o processo civil conter normas que se aproximem da realidade dos fatos, contudo, deve ser ao mesmo tempo célere, tendo sempre como foco a concretização da tutela jurisdicional pleiteada em juízo.

Um processo somente consegue sua almejada efetividade quando o prazo para o seu desfecho for razoável, garantido às partes oportunidade de participarem e atuarem no processo de forma equânime, além de entregar o bem tutelado a quem efetivamente o possui na medida do razoável e no limite do direito.

Tanto é assim que o novel Código de Processo Civil traz em seu artigo 4º a seguinte regra: *“Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”*.

Para que a efetividade do processo seja alcançada conforme se almeja, o novo sistema processual civil criou algumas ferramentas que auxiliarão a concretização de um processo efetivo, nomeadamente em seus artigos 4º, 9º, II e 12, II respectivamente, passando as partes a ter o direito de verem decididas suas lides em tempo razoável, as possibilidades de concessão liminar das tutelas da evidência ficam ampliadas, as lides submetidas à apreciação do judiciário deverão ser decididas obedecendo a uma ordem cronológica, além de serem julgadas em blocos as ações repetitivas.

Ainda se faz necessário para que a efetividade do processo seja alcançada uma postura ativa por parte do magistrado no curso da ação, proferindo suas ordens de forma clara e simplificada, para que se evite uma movimentação dos autos desnecessária e até mesmo recursos indevidos.

Visando justamente conferir ao julgador esse poder/dever de adequar o processo à realidade do caso é que o novo Código em seu artigo 139, VI, possibilitou ao juiz *“dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”*. Essa nova regra que se apresenta por meio do princípio da adequação

concebe mais uma ferramenta jurídica que o magistrado pode lançar mão para se alcançar a efetividade.

Ainda assim, o julgador deve ter por escopo conduzir o processo de forma que o mesmo atinja sua efetividade, entretanto outros princípios processuais constitucionais devem ser observados concomitantemente como é o caso do princípio do contraditório, até porque o processo efetivo é aquele concluído em um tempo satisfatório conforme a realidade da causa, tendo a participação das partes que serão capazes de auxiliar a convicção do magistrado ao proferir uma decisão que deve ser justa.

O contraditório como dito alhures é requisito essencial para que o processo seja efetivo, pois somente com a contribuição das partes na formação da convicção do magistrado é que a sentença decisória poderá externar o justo, reflexo de um processo trilhado sob a ótica do princípio da efetividade.

Somente será efetivo o processo que está atrelado a garantia constitucional que as partes litigantes possuem de receberem oportunidades de atuações igualitárias no tramite do processo, é assim que o princípio do contraditório se entrelaça com o princípio da efetividade, servindo ambos como base estrutural que visam garantir a real efetividade do processo.

E é através dessa participação das partes que ao apresentarem ao julgador suas realidades respectivas, o processo passa a se desenvolver de forma a conduzir ambos os litigantes ao direito material que entregará a quem de direito o bem pretendido, mas para que a decisão final seja justa é imprescindível que no decorrer do processo sejam os anseios das partes refletidos tendo sempre como norte a Carta Maior.

Dessa forma, em um processo efetivo o julgador deve conceder oportunidades às partes para informarem o que pretendem, pois somente assim será possível o magistrado colher informações para garantir ao final uma decisão justa e fundamentada, é o que se extrai do artigo 10 do Novo Código de Processo Civil.

Ademais, o novo diploma preconiza em seu artigo 489, §1º e seus incisos, que o julgador deverá ao proferir uma decisão (decisão interlocutória, sentença ou acórdão), explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, não podendo se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; também está impedido de empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; impossibilitado ainda de invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; devendo enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; não poderá 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; devendo por fim seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, salvo se demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O princípio da efetividade do processo atribui a obrigação de que o julgador antes de proferir sua decisão enfrente todos os argumentos apresentados na lide pelas partes capazes de influenciarem sua decisão, para que assim possa ao final com base no contraditório garantir o acesso à justiça.

Assim, é incontroverso o fato de que a efetividade do processo representa bem mais para o ordenamento jurídico e a sociedade do que o direito de pleitear um provimento judicial do Estado, pois importa também na obtenção de uma decisão justa fundamentada nos elementos trazidos a lide pelas partes litigantes, tendo em conta que esta decisão deverá ser prolatada em um prazo razoável.

É nesse contexto que o Novo CPC traz à tona o princípio da efetividade, já que a expectativa de todos os jurisdicionados é que o Estado garanta à sociedade uma justiça capaz de dizer o direito e efetivamente entregar ao seu legitimado o bem pleiteado em um tempo hábil.

2 O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO NO ÂMBITO DOS PRINCÍPIOS REITORES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Uma das principais características que se pode aferir da análise do novo Código de Processo Civil, senão a mais importante, é a expressa preconização de que a interpretação de suas normas e consequente aplicação devem ser feitas em estrita consonância com o processo constitucional democrático.

Diferentemente do formalismo rigoroso que embasa a lei Processual Civil de 1973, o moderno sistema processual não se ampara estritamente na técnica, exigindo dos operadores do Direito uma interpretação crítica, atrelada aos preceitos emanados da Constituição Federal.

Este novo enfoque do processo civil moderno já pode ser percebido logo no artigo inaugural da nova Lei³⁰, que expressa que “Art. 1º. 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 deste Código”.

Esta forma de interpretação do processo modernamente exigida requer do operador do Direito a estrita observância aos princípios na fundamentação de julgados, como forma de preservar o espírito constitucional, o que pode ser facilmente aferido da análise dos artigos subsequentes do mesmo Codex.

Antes, contudo, de passar à detida análise dos referidos dispositivos legais, é pertinente tecer uma breve análise acerca da trajetória dos princípios no ordenamento jurídico, com vistas a ressaltar a importância de sua observância e efetiva aplicação, pois, nas palavras de Bonavides³¹, “sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo”.

³⁰ Lei 13.105 de 16 de março de 2015 *in* Códigos de processo civil comparados. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 21.

³¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 231.

2.1 Considerações acerca da trajetória dos princípios no ordenamento jurídico

Historicamente, pode-se abordar a normatividade dos princípios jurídicos em três momentos distintos, quais sejam, o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo.

A primeira concepção de princípio remonta ao jusnaturalismo, fase na qual os princípios eram concebidos como uma expressão do direito natural, ou seja, independentes de qualquer legislação emanada do Estado. Afirma Tovar³², que:

Na fase jusnaturalista, os princípios ocupavam uma função meramente informativa (para valorar como certo ou errado, conforme a norma de direito positivo se conformasse ou não às diretrizes dos princípios), mas sem qualquer eficácia sintática normativa. Nesta fase os princípios jurídicos eram situados em esfera metafísica e abstrata, sendo reconhecidos como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito.

Sequencialmente, o advento do Estado Liberal culminou no declínio do jusnaturalismo, implementando o positivismo, para o qual o princípio assumiu nova feição.

O positivismo jurídico se caracteriza pelas codificações e pela exaltação da lei como fonte precípua do Direito, relegando aos princípios a função subsidiária de colmatagem de lacunas. Na explicação de Theodoro Júnior³³,

O positivismo jurídico buscará construir uma ciência jurídica capaz de separar integralmente o Direito das demais ordens sociais (Moral, Ética, Religião, Política, Economia). Acreditando ser este o caminho para sustentar uma objetividade o conhecimento jurídico, livre de qualquer juízo de valor sobre seu objetivo, a norma jurídica, que passa a ser estudada de maneira descritiva apenas pelo cientista do Direito e que tem de se ater à sua tradução - e nada mais. Aqui, um discurso sobre os princípios será construído, mas este virá despido de qualquer atribuição de normatividade.

³² TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/6824/o-papel-dos-principios-no-ordenamento-juridico/1> Acesso em 18/07/2015.

³³ JUNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e Sistematização. 2ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 47.

O mesmo jurista explica que, neste momento histórico, surgiram referências aos chamados princípios gerais do Direito, utilizados para o preenchimento de lacunas pelo julgador, fazendo o doutrinador o seguinte alerta neste tocante: “A noção de princípios gerais do Direito não pode ser tomada como equivalente à compreensão que os princípios jurídicos assumirão no pós-positivismo”.³⁴

Na ótica pós positivista, os princípios conquistam o *status* de norma jurídica, ao lado das regras, deixando de ser compreendidos meramente por sua função de integrar o direito em caso de lacunas para destinar-se a orientar o operador do Direito na obtenção do verdadeiro sentido da lei. Nas ilustradoras palavras de Pinho³⁵,

Esta fase foi inaugurada nas últimas décadas como forma de contestação ao positivismo estrito. Nela, os princípios são vistos com o máximo de normatividade, na medida em que se vive a sua hegemonia. A ideia de que os princípios derivam das leis é absolutamente superada, sendo construída de maneira inversa: agora são as leis que derivam dos princípios, reconhecendo-se o caráter destes de geração das normas. Na fase atual, os princípios têm supremacia em relação às demais normas por conta de suas características, que serão analisadas adiante. Nesse âmbito convém mencionar apenas que é no pós-positivismo que a normatividade dos princípios é, efetivamente, alcançada, podendo até mesmo ser reclamada.

Afere-se, pois, que o declínio do Positivismo Jurídico teve início diante da percepção humana de que o texto frio da lei nem sempre era capaz de solucionar os conflitos conforme a vontade social, sendo necessário aliá-lo ao fato social, ao valor e à norma.

O equivocado entendimento de que a norma jurídica se confundia com o próprio texto da lei veio a ser modificado por Kelsen, que preconizou que a norma compreende o sentido que se extrai deste texto, extrapolando o mero conjunto de regras.

A concepção dos princípios como norma, ao lado das regras, surgiu, basicamente com os estudos desenvolvidos por Dworkin e Alexy. Theodoro Júnior tece breves considerações acerca da maturação jurídica da ideia de força normativa dos princípios, narrando em sua obra que³⁶:

³⁴ Idem. P. 48.

³⁵ PINHO, Daniella Ribeiro de. *A normatividade dos Princípios*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/19800/a-normatividade-dos-principios>>. Acesso em 19/07/2015.

³⁶ JUNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 2ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 50-51

Em Esser, em meados do século XX, pode-se encontrar a ideia de que princípios fixam os fundamentos para a tomada de uma decisão jurídica.

Já Larenz traz a ideia de que princípios são figuras que indicam parâmetros para interpretação e aplicação do Direito. Contudo, aos princípios careceriam conteúdos que definissem as consequências quanto à sua não aplicação (sanção). Canaris também teve uma contribuição importante ao afirmar que os princípios seriam dotados de um conteúdo axiológico explícito, e igualmente Larenz, concordando com a alusão de que um princípio seria dependente de regra(s) para sua concretização.

Como consequência, tais concepções reforçarão a ideia de que os princípios não possuem uma normatividade própria, tendo importância para a ciência jurídica muito mais por funcionarem como referenciais para a aplicação das regras jurídicas, sob a forma de “bússolas de interpretação” ou “vetores para uma interpretação”.

Outros autores como Bobbio e Del Vecchio, apostaram na ideia de que os princípios são normas jurídicas, mas de conteúdos mais gerais e abstratos que as regras.

Dworkin destacou a importância dos princípios como normas, e não como mera forma de integração de lacunas, como ocorria com os princípios gerais do Direito, identificando a amplitude do sistema jurídico para além das regras positivadas.

Barroso e Barcelos³⁷ explicam no trecho que ora se transcreve que:

A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

É possível traçar uma associação deste contexto histórico dos princípios à evolução ocorrida no âmbito processual civil, iniciando-se a partir da era Absolutista, onde a vontade do monarca se sobrepunha a lei, de modo que a atividade jurisdicional,

³⁷ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Poderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Malheiros: 2003. P. 108.

nas palavras de Gaio Júnior³⁸, “não passava de instrumento de opressão do povo a serviço dos interesses de pequenas castas dominantes (a nobreza e o clero)”.

O liberalismo veio suceder o absolutismo, dando origem a uma nova forma de Estado, republicano e democrático, pautado no ideal de intervenção estatal mínima, com predomínio da liberdade do homem em substituição à antiga opressão e autoritarismo.

No liberalismo, a atividade jurisdicional se organizou com base em algumas premissas, assim enumeradas por Gaio Júnior³⁹

a) uma excessiva neutralidade do juiz, com grande valorização da iniciativa das partes na formação e condução do processo, inclusive no tocante às provas; b) uma valorização excessiva das formas procedimentais; c) o condicionamento da atividade executiva quase sempre à definitividade da coisa julgada; d) o distanciamento do direito processual do direito material; e) a elevação da coisa julgada a verdadeiro dogma; f) o excesso de tecnicismo processual, na separação e isolamento estanque das tutelas de cognição, de execução e cautelar.

A superação do Estado Liberal se deu com o advento do chamado Estado Social, focado na efetiva realização dos direitos fundamentais assegurados, mediante justa distribuição de riquezas para viabilizar uma igualdade real entre os indivíduos.

Até então, o direito processual pauta-se na aplicação adequada da técnica, sendo visto de modo independente do direito material. Em sua tese de doutoramento, Mitidiero⁴⁰ afirma que tal postura fez com que a ciência jurídica se mantivesse alheia à realidade política, social e moral do direito. Segundo ele, “a compreensão do direito como um conjunto de normas formais e abstratas, deduzidas conceitualmente, teve como consequente a sua própria colocação fora do âmbito cultural”.

Nesta fase, Gaio Júnior⁴¹ destaca que houve uma mudança no exercício da prestação jurisdicional, que passou a se pautar nos seguintes critérios:

a) uma postura mais ativa do juiz, caracterizada por menor neutralidade e maior iniciativa no comando do processo e na instrução probatória da causa; b) a assunção pelo juiz do encargo de promover a intervenção para assegurar a efetiva igualdade das partes em juízo, como meta do devido processo legal; c) a supremacia das técnicas de

³⁸ JUNIOR, Antonio Pereira Gaio e CAMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC: reflexões e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 186.

³⁹ Idem

⁴⁰ Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valortivo. 2007. Tese de doutoramento, UFRS, Porto Alegre, 2007.

⁴¹ Idem. P. 187.

efetividade em detrimento do formalismo comprometido apenas com a segurança jurídica; d) o desapego à forma dos atos processuais e a valorização máxima de sua instrumentalidade; e) o abrandamento do dogma da coisa julgada, mediante ampliação dos casos de ação rescisória, assim como admitindo a relativização da força da sentença em muitas situações críticas, como as das ações coletivas e as de sentenças ofensivas à ordem constitucional; f) a remodelação dos expedientes executivos, como necessidade de assegurar efeitos reais ao processo, inclusive por técnicas de tutela diferenciada e de sumarização para abreviar o alcance dos resultados práticos, urgentes, etc.

Surge um processo voltado para o Estado Democrático de Direito, focado na constitucionalização da atividade jurisdicional, com vistas a superar a mera observância de regras procedimentais para efetivamente alcançar um resultado adequado à composição do conflito de interesses.

2.2 O ativismo judicial e a judicialização da política como modelos de busca de efetividade

O ativismo judicial, consubstanciado em uma postura proativa do magistrado, tem despontado na contemporaneidade, demonstrando que a tradicional forma de interpretação, qual seja a mera aplicação da lei ao caso concreto, não mais se amolda às pretensões sociais, fazendo-se necessário uma interação entre direito, moral, ética e política, com vistas a dar efetividade aos ditames Constitucionais caracterizadores da vontade política emanada em um Estado Democrático.

Aliado ao ativismo judicial, o fenômeno da judicialização da política se destaca, permitindo a atuação do Judiciário em áreas de competência dos poderes Legislativo e Executivo, também com o objetivo de dar efetividade aos preceitos Constitucionais, especialmente no que toca à proteção de direitos fundamentais.

Abrindo um parêntese sobre este tema, faz-se importante destacar que ativismo judicial e judicialização da política são expressões que não se confundem. A primeira refere-se a uma atitude, uma postura proativa por parte do Judiciário, enquanto que a

segunda refere-se a uma opção do sistema constitucional vigente. Segundo a explicação de Silva⁴²:

É possível e desejável analiticamente a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições. (...) Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.

O ativismo judicial pode ser entendido como a conduta dos magistrados que eleve sua atividade ao patamar de fundamental na efetiva realização da função jurisdicional, em oposição a uma atuação moderada ou restrita. Na definição de Barroso⁴³, o ativismo judicial:

é entendido como uma postura, uma posição, uma maneira de o Judiciário interpretar e aplicar o Direito, expandindo ao máximo a incidência de preceitos constitucionais, ainda que não expressos claramente. O problema é que, através dessa expansão dos preceitos constitucionais que não estejam expressos claramente somado a uma fundamentação débil em princípios constitucionais, o julgador acaba por deixar vazar mais o seu sentimento pessoal acerca do comando normativo do que a disposição do texto constitucional. Mas o ativismo é mais do que isso. O ativismo judicial é a encampação/penetração eventual pelo Judiciário no domínio de decisão dos poderes eleitos pelo voto popular.

Dworkin⁴⁴ explica em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, que:

O programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

⁴² SILVA, Alexandre Garrido da. Modelos de decisão judicial, direitos humanos e acesso à justiça. Disponível em <www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt3/gt03p09.pdf>. Acesso em 21/07/2015.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. 3. ed. Salvador: JusPodvm, 2010. P. 172.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes: 2002. P. 215.

Em sentido oposto ao preconizado pelos adeptos da moderação, o ativismo judicial requer do magistrado uma atuação mais audaciosa na interpretação dos princípios constitucionais, e não a mera aplicação formal da lei, de modo a interpretar a Constituição captando seus verdadeiros ideais.

Dworkin⁴⁵ tece ainda alguns comentários ao debate travado entre os que defendem uma postura ativista do Judiciário e os que preconizam a necessidade de uma moderação judicial, expondo que:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. (...) Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

E prossegue Dworkin⁴⁶ em seu raciocínio explicando que:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

Esta conduta ativista do Poder Judiciário tem ganhado, como visto, adeptos e opositores, na medida em que se caracteriza por uma verdadeira interpretação do Direito nos moldes antes destinados prioritariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal postura tem sido adotada com o intuito de garantir a efetividade da democracia e dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados,

⁴⁵ Idem. P. 215.

⁴⁶ Idem. P. 231.

transmutando-se os juízes e Tribunais, de aplicadores da lei a verdadeiros guardiões do texto constitucional, ressaltando valores fundamentais que devem ser igualmente observados pelos três Poderes do Estado.

Nesta linha de pensamento assevera Barroso⁴⁷ que:

Há que se advertir que a prática do ativismo judicial é de uso tópico e ocasional, nunca podendo ser utilizada de maneira contínua e irrestritamente. A postura proativa do Judiciário, além de ser eventual, deve se restringir a proteger dois valores constitucionais: a efetivação de direitos fundamentais e proteção do regime democrático. Fora disso, seu uso é pernicioso e enfraquece a democracia.

Em síntese, pode-se dizer que, de um lado destacam-se os opositores do ativismo judicial, disseminando o entendimento de que este constitui verdadeira afronta à clássica separação dos Poderes do Estado. Em contrapartida, os defensores do ativismo proclamam que o texto constitucional deve ser interpretado pelo Judiciário com vistas a dar efetiva realização a seus fins. Nas palavras de Lorenzetti⁴⁸

O problema central que se discute é se o juiz deve seguir critérios precisos, como ocorre normalmente em um sistema de regras determinadas, ou deve decidir conforme o seu bom critério e discricionariedade, já que tem um amplo espaço para tal. Na escola exegetica só havia lugar para a aplicação do direito, e não cabiam normas indeterminadas nem a criação judicial. A posteriori foi entendido que o direito é sempre interpretação criativa, realização de valores, ampliando-se a atividade judicial.(...) Atualmente, e uma vez admitido este rol protagonista, discutimos sobre seus limites.

A expressão “judicialização da política”, por sua vez, tem sido amplamente utilizada na contemporaneidade para designar a acentuada e crescente atuação do Poder Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Bello Filho⁴⁹ assevera que:

Importante observar que todas as normas constitucionais possuem natureza política. O que caracteriza uma Constituição, muito além de

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. 3. ed. Salvador: JusPodvm, 2010. p. 172

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 169.

⁴⁹ FILHO, Ney de Barros Bello. Sistema Constitucional Aberto: Teoria do Conhecimento e da Interpretação do Estado Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 231.

sua gênese formal, é a sua natureza política, e a sua posição como decisão fundamental de um povo. Assim, todas as normas constitucionais fatalmente possuem uma natureza política que lhes é peculiar, muito embora não se trate de um espaço inteiramente político. Não se trata de um espaço puramente político, porque o direito constitucional é o momento do confronto entre o jurídico e o político, mas há uma tonalidade, uma intensidade política superior ao matiz jurídico. Por essa razão, o momento constitucional não é integralmente imune a conteúdo político, ao revés, representa uma verdadeira interpolação de dois conceitos, criando um terceiro, que se denomina sistema constitucional.

O advento do neoconstitucionalismo permitiu o intercâmbio entre o Direito e outras áreas de conhecimento como a sociologia, a ética, a filosofia e a política, de modo que o pronunciamento do Judiciário acerca de determinada questão, perfaz-se também em um juízo político.

A judicialização da política pressupõe, como requisitos, a existência de um Estado Democrático e a separação dos Poderes, de modo a permitir que o Judiciário, ao mesmo tempo em que se encontra em posição de igualdade com os Poderes Legislativo e Executivo, assuma uma postura independente para controle das ações das maiorias que desrespeitem o texto constitucional e os direitos fundamentais, em detrimento das minorias. Segundo Streck⁵⁰,

O Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos poderes executivo e legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

Isto se deve ao fato de que o ordenamento jurídico constitucional baseia-se em pressupostos políticos que devem corresponder aos interesses sociais.

Pelo modelo positivista, o Direito era aplicado mediante a técnica de subsunção, havendo, deste modo, uma resposta pré-concebida para cada questão controvertida submetida à apreciação do Judiciário.

O advento do neoconstitucionalismo rompeu com este formato tradicional de interpretação do Direito, permitindo a comunicação entre Direito e moral e reconhecendo, conseqüentemente, a importância da carga axiológica dos princípios.

Com esta mudança, percebe-se que não há uma única resposta correta oferecida pela norma, tampouco é o interprete um mero aplicados automático do texto legal. Ao

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 53.

revés, requer do Judiciário uma atividade criativa, capaz de vislumbrar a norma em um contexto moral, ético e social, o que enseja a politização do judiciário.

Nos últimos tempos tem-se vislumbrado no Supremo Tribunal Federal a adoção de uma postura inovadora, através da prolação de decisões de notório cunho moral e popular, o que tem culminado em acirrados debates.

Conforme explica Sarmiento⁵¹:

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei", como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

Percebe-se, pois, que o movimento neoconstitucionalista tem trazido novos contornos à atuação do Judiciário, conferindo-lhe uma atuação mais incisiva, principalmente no que tange à proteção de direitos fundamentais.

O ativismo judicial e a judicialização da política surgem neste contexto como forma de garantir a necessária efetividade dos direitos constitucionalmente positivados, permitindo que o juiz deixe a tradicional posição de mero aplicador de normas a casos concretos e proceda à interação entre os diversos campos do conhecimento, indagando a real vontade do legislador constitucional e consequentemente fazendo valer o anseio da sociedade deste Estado Democrático de Direito.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro traz em si este espírito, tanto é que o legislador se preocupou em consagrar, logo nos primeiros artigos, os princípios constitucionais que considera precipuamente reitores deste novo Codex.

2.3 Os princípios constitucionais expressamente consagrados pelo Novo Código de Processo Civil

⁵¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 37.

Chamamos de Direito Constitucional Processual o rol de garantias processuais asseguradas pelo texto constitucional. Alguns princípios encontram-se expressamente consagrados pela Constituição Federal como norteadores do Direito Processual. Referidos princípios proporcionam a defesa do indivíduo com relação a abusos cometidos pelo Poder Público, constituindo pilar fundamental do Estado Democrático de Direito.

A importância de tais princípios constitucionais lhes conferiu privilegiada localização no seio da Constituição, de modo que a maioria encontra-se alojada no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Caracterizando-se a Constituição Federal como a Lei Maior de um Estado, toda a legislação infraconstitucional deve com ela guardar estrita consonância e obediência, o que se aplica inclusive ao Código de Processo Civil. Luís Roberto Barroso⁵² ensina que:

(...) os princípios constitucionais são o conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

Dentre as normas constitucionais, revestem-se de natureza processual: as que tratam do devido processo legal⁵³, da igualdade⁵⁴, do contraditório e ampla defesa⁵⁵, da publicidade dos atos processuais⁵⁶, da inafastabilidade do Poder Judiciário⁵⁷, da inadmissão das provas ilícitas⁵⁸, do duplo grau de jurisdição⁵⁹, do juiz natural⁶⁰, da

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva. p. 141.

⁵³ Constituição Federal. Art. 5º. (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁵⁴ Constituição Federal. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁵⁵ Constituição Federal. Art. 5º. (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a eles inerentes.

⁵⁶ Constituição Federal. Art. 5º. (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem

⁵⁷ Constituição Federal. Art. 5º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

⁵⁸ Constituição Federal. Art. 5º. (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁵⁹ Constituição Federal. Art. 5º. (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁶⁰ Constituição Federal. Art. 5º. (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.

fundamentação das decisões judiciais⁶¹, da segurança jurídica⁶², da celeridade⁶³ e da efetividade.

É intento do presente trabalho discorrer de forma mais aprofundada sobre os princípios constitucionais que foram reproduzidos no texto do novo Código de Processo Civil, razão pela qual nos limitaremos a traçar breves comentários apenas acerca dos outros princípios acima destacados que não se encontram neste rol.

De início, apontamos como importante princípio constitucional de caráter processual o princípio do devido processo legal, pelo qual é assegurada ao jurisdicionado a resolução do conflito através de um processo dotado de todas as etapas legalmente previstas, bem como das garantias constitucionalmente asseguradas.

A expressão “devido processo legal” remonta à Magna Carta de João Sem-Terra, Rei da Inglaterra, em 1215, primeiro texto jurídico a fazer menção expressa ao termo. No dizer de Araújo Cintra⁶⁴:

O Princípio do devido processo legal apresenta dois sentidos, significando “o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional”.

Em apertadas palavras, ora destacamos também o princípio constitucional processual da igualdade que assegura tratamento isonômico aos cidadãos, assegurando-lhes as mesmas possibilidades. No que perquire ao princípio da igualdade, Nelson Nery Júnior⁶⁵ assevera que:

(...) o que o princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial, e não a isonomia meramente formal. Essa

Constituição Federal. Art. 5º. (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

⁶¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes

⁶² Constituição Federal. Art. 5. (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁶³ Constituição Federal. Art. 5. (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁶⁴ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

⁶⁵ NERY Jr., Nelson. Princípios do processo na constituição federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

igualdade real explicada e demonstrada cientificamente pelo direito constitucional e também pelo direito processual civil, está servindo de fundamento básico para recente corrente político-jurídica denominada no Brasil de “aplicação alternativa do direito” ou “justiça alternativa”, desenvolvida por setores da magistratura do Rio Grande do Sul, que vê na igualdade substancial o instrumento para a busca da segurança e do justo.

Os princípios constitucionais processuais sequencialmente destacados acima, quais sejam o do contraditório e ampla defesa, serão alvo de comentários mais aprofundados nas linhas seguintes vez que figuram no rol de princípios constitucionais expressamente reproduzidos pela nova lei processual civil. Por ora, assevera-se que expressam a garantia de que ninguém será submetido ao comando contido em um pronunciamento judicial sem que lhe seja assegurada ampla e efetiva participação no processo. Conforme lição de Nery Júnior⁶⁶:

Em razão do princípio da paridade das partes, o princípio do contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes (Chancengleichheit) e os mesmos instrumentos processuais (Waffengleichheit) para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo as decisões judiciais

O próximo princípio constitucional processual a ser sinteticamente abordado é o da publicidade dos atos processuais, que apresenta-se em duas faces: sob um primeiro enfoque, o princípio permite que os litigantes tenham conhecimento dos atos processuais. Por outro prisma, o princípio confere ciência à sociedade acerca da atuação do Poder Judiciário a fim de que eventuais interessados possam tomar conhecimento do processo e se manifestar, caso queiram.

Tal princípio foi consagrado em nosso ordenamento jurídico em sua modalidade restrita vez que a publicidade constitui regra, sendo o sigilo processual a exceção pautada na exigência do interesse público. Tucci⁶⁷ explica que:

Deve ser ressaltado, todavia, que a garantia da publicidade não se traduz na exigência da efetiva presença do público e/ou dos meios de comunicação aos atos em que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais do que uma simples ‘potencialidade’ abstrata

⁶⁶ NERY Jr., Nelson. Princípios do processo na constituição federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 136.

⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz Tucci. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 72/73.

(como quando, por exemplo, não se tem conhecimento da data, horário e do local da realização de determinado ato: publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico). Seja como for, constitui ela, na verdade, valioso instrumento para assecuração do controle público da administração da justiça, e, conseqüentemente, da imparcialidade do juiz.

Outro importante princípio constitucional processual é o da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como princípio do direito de ação.

O direito de ação constitui forma de garantia de acesso ao Judiciário, garantindo ao cidadão um meio pelo qual possa pleitear a defesa de seus direitos individuais violados.

O princípio da não admissão da prova obtida por meios ilícitos também se revela um princípio processual constitucional de natureza processual. Em breve explanação, Nelson Nery Júnior⁶⁸ assim discorre sobre ele:

A prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc.). Há ilicitude formal quando a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, ao momento introdutório da mesma. Em suma, razões de legalidade e de moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do Poder Público.

O duplo grau de jurisdição caracteriza-se como princípio constitucional processual através do qual a lei garante ao litigante o direito de pedir ao Judiciário a revisão de determinado julgado.

O princípio do juiz natural assegura que ninguém seja julgado por quem não esteja legalmente investido de poderes para tal. Nas palavras sábias de Nelson Nery Júnior⁶⁹ temos que:

Costuma-se salientar que o princípio do juiz natural se traduz no seguinte conteúdo: a) exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais, isto é, a

⁶⁸ NERY Jr., Nelson. Princípios do processo na constituição federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 143.

⁶⁹ Op. Cit. p. 62.

preconstituição do direito italiano (art. 25, CF Italiana); b) garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes; c) fixação da competência, vale dizer, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna, tal como ocorre com o Geschäftsverteilungsplan do direito alemão.

Pelo princípio constitucional processual da fundamentação das decisões judiciais compete ao Estado-juiz demonstrar ao seu jurisdicionados os motivos que o levaram a formar seu convencimento em um determinado sentido, culminando na tomada daquela determinada decisão. No dizer de Nelson Nery Junior⁷⁰:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação

A segurança jurídica destaca-se como princípio constitucional de cunho processual de grande relevância, posto que nele se deposita a garantia de estabilidade nas relações jurídicas. Afirma Humberto Avila⁷¹ que:

(...) o exame minucioso de seus fundamentos permite concluir que a Constituição protege todas as dimensões da segurança jurídica, atribuindo-lhe, pelo modo e pela insistência com que prevê os seus independentes fundamentos, elevada importância como princípio constitucional protetivo do indivíduo e destinado a garantir um estado de confiabilidade e de calculabilidade do e pelo ordenamento jurídico, baseado na sua cognoscibilidade.

Por fim, os princípios constitucionais da celeridade e efetividade objetivam garantir que o processo se desenvolva em tempo hábil a viabilizar a entrega da prestação jurisdicional efetiva, ou seja, que forneça a solução almejada pelos conflitantes.

O novo Código de Processo Civil inovou ao transportar da Constituição Federal alguns dos princípios processuais, positivando-os de forma expressa em seu texto.

⁷⁰ NERY Jr., Nelson. Princípios do processo na constituição federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 175.

⁷¹ Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 248.

Os princípios preambularmente positivados na nova lei processual civil, não foram os únicos a serem inseridos em seu texto, contudo, ganharam este especial destaque, posicionando-se logo em seu introito com o propósito de orientar a interpretação sistemática no novo códex e a imprescindibilidade de fazê-lo em consonância aos ditames constitucionais.

O artigo inaugural da Lei 13.105/15 dispõe que: “Art. 1º. 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 deste Código”.

Da leitura do referido dispositivo verifica-se que a aplicação da lei processual deve ser feita em conformidade com os princípios positivados no texto Constitucional de modo a respeitar os direitos fundamentais nela assegurados.

Não obstante a redação do artigo ter sido muito clara em afirmar a necessidade de estrita observância aos ditames constitucionais, o novo Codex preocupou-se em reproduzir expressamente em seu texto alguns destes princípios, já consagrados na Lei Maior.

Não se trata de uma mera repetição no texto da nova lei processual dos princípios já positivados na Constituição, o que seria de pouca ou nenhuma utilidade, mas sim, da demonstração de um novo enfoque dos mesmos princípios, agora voltados às suas características, aplicação e utilidade no âmbito processual. Conforme explicação de Miranda⁷²:

Os Códigos anteriores pertenciam a uma época em que o padrão do direito era o legislador, cingindo-se o direito à lei e impondo à atividade judicial uma natureza meramente declaratória dos enunciados normativos. O novo código, por sua vez, está num ambiente de constitucionalização do direito, com reconhecimento da força normativa da Constituição e ampliação da jurisdição constitucional.

Este movimento de constitucionalização do direito processual civil faz com que a interpretação de suas normas e dos princípios constitucionais deve ser feita de forma conjunta entrelaçada. Não há mais que se aplicar um princípio constitucional avulso sobre uma determinada norma processual. A interpretação deve ser sistemática,

⁷² MIRANDA, Igor Costa de. *O projeto de Código de Processo Civil e os princípios jurídicos*. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/35152/o-projeto-de-codigo-de-processo-civil-e-os-principios-juridicos>>. Acesso em 23/07/15.

compreendendo-se a intenção da norma constitucional e consequentemente, o modo pelo qual ela anseia que o direito processual seja aplicado.

2.3.1 A norma processual como instrumento de efetividade do direito de acesso à justiça

O primeiro artigo do novo Código de Processo Civil que reproduz expressamente um princípio constitucional é o artigo 3º⁷³ do Novo Codex. O dispositivo trata do princípio constitucional já consagrado no artigo 5º, XXXV⁷⁴ da Constituição Federal, que garante o acesso à justiça.

Como dito em linhas anteriores, antes do contratualismo os indivíduos garantiam o exercício de seus direitos através da autotutela e, somente com a evolução da humanidade e com o surgimento do Estado garantidor é que surgiu a garantia hoje esculpida na Carta Magna do acesso à justiça.

Antes do surgimento da figura do Estado, os que se encontrassem envolvidos em um determinado litígio deviam resolver suas diferenças entre si, o que muitas vezes acabava conduzindo a uma situação final de violência física e instabilidade no que tange à segurança ou ordem social, insegurança esta que passou a não mais ser interessante aos indivíduos que viviam em sociedade.

Com o advento do contrato social o Estado passou a garantir a almejada ordem social, impondo em troca aos indivíduos a renúncia à sua liberdade natural de resolverem por si mesmos suas relações conflituosas.

A partir deste momento histórico o Estado passou a gerir as relações sociais e a caracterizar-se como detentor exclusivo do poder de dizer o direito, ao qual nomeamos jurisdição.

Sobre o assunto o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux assevera em seu curso de processo civil⁷⁵ que:

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os

⁷³ Lei 13.105/15, artigo 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

⁷⁴ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷⁵ FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. [...]

Luiz Rodrigues Wambier⁷⁶ leciona, nesta linha de raciocínio, que:

Se, por um lado, o Estado avoca para si a função tutelar jurisdicional, por outro lado, em matéria de direitos subjetivos civis, faculta ao interessado (em sentido amplo) a tarefa de provocar (ou invocar) a atividade estatal que, via de regra, remanesce inerte, inativa, até que aquele que tem a necessidade da tutela estatal quanto a isso se manifeste, pedindo expressamente uma decisão a respeito de sua pretensão.

E, citando Kildare Gonçalves Carvalho: “é a inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário”.

Sobre o assunto, mister também ressaltar os ensinamentos do professor Cândido Rangel Dinamarco⁷⁷

Saindo da extrema abstração consiste em afirmar que ela visa a realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, a implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade. Sob esse aspecto, a função jurisdicional e legislativa estão ligadas pela unidade de escopo fundamental de ambos: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos de ordenamento jurídico (teoria dualista) há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos.

Desta forma, passando o Estado a deter o monopólio da jurisdição, tornou-se obrigado a oferecer aos jurisdicionados mecanismos legais de garantia de acesso à justiça, pois de nada adiantaria um poder como é o judiciário se a sociedade não tivesse como alcançar a tutela do Estado.

O acesso à justiça até pouco tempo atrás somente poderia ser reivindicada por quem detivesse recursos financeiros para custear as despesas, mas com o desenvolvimentos do capitalismo surgiram anseios de ordem social, passando assim o princípio do acesso à justiça ganhar relevância no cenário jurídico.

⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

⁷⁷ Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, 1987, p. 220.

Diante disso, o princípio constitucional do acesso à justiça surgiu meio a evolução da própria sociedade e, diante da sua importância o referido princípio ganhou status de garantia fundamental na Constituição Federal.

Nossa Carta Maior consagra em seu artigo 5º, inciso XXXV a garantia do acesso à justiça, denominado por alguns estudiosos como princípio da inafastabilidade da jurisdição, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O referido princípio também pode ser encontrado na primeira convenção sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, especificamente em seu artigo 8º, que assim estabelece:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Diante desta realidade e, da importância desta garantia constitucional, é que o princípio do acesso à justiça ganhou valor de princípio fundamental de Direitos Humanos.

Tanto é assim, que é por meio desta garantia que todo ser humano independente de sua raça, religião, posição política e condição econômica possui o direito de acessar à justiça para obter uma resposta de um julgador imparcial sobre uma situação litigiosa em que esteja inserido.

Diante desta perspectiva de que o princípio da inafastabilidade da jurisdição possui relevância de princípio fundamental atrelado aos Direitos Humanos, é possível concluir que ele se relaciona intimamente com os demais princípios de envergadura constitucional, por ser uma garantia ampla e geral, assim como também é o princípio do contraditório. Notadamente, Luiz Fux⁷⁸, afirma: “O direito de agir, isto é, o de provocar

⁷⁸ FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.43

a prestação da tutela jurisdicional é conferido a toda pessoa física ou jurídica diante da lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo (...)”.

Diante dessa segurança constitucional o acesso ao poder judiciário não pode ser dificultado, o que dizer negado, quando houver ofensa ou ameaça a um direito estabelecido, devendo assim, o Estado garantidor e detentor da jurisdição adotar ferramentas que facilitem efetivamente o acesso à justiça.

A gratuidade da justiça, legalmente estabelecida, constitui um bom exemplo de mecanismo legal que viabiliza ao acesso ao judiciário, pois todo aquele que não possuir condição econômica capaz de prover as custas de um processo poderá pleitear a justiça gratuita, ficando assim, isento do pagamento de custas e honorários advocatícios em caso de deferimento.

Outro exemplo a ser citado é o dos Juizados Especiais onde as causas limitadas até quarenta salários mínimos vigentes à época não necessitam de pagamento de custas e acompanhamento de advogado, como ocorre também na justiça trabalhista.

A instituição das Defensorias Públicas também refletem outro exemplo de superação dos empecilhos ao acesso à justiça.

Entretanto, a garantia constitucional do acesso à justiça, por si só, não é suficiente para entregar o direito a quem o detém, pois a tutela jurisdicional ofertada pelo Estado necessita ser efetiva sob pena de o Estado não atingir sua finalidade que é garantir a paz social, razão pela qual deu-se sua constituição e que a autotutela foi abolida da nossa sociedade. Luiz Rodrigues Wambier leciona sobre o tema:

Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁷⁹ na mesma esteira, assim colaboram na explicação do assunto:

[...] restou claro que hoje interessa muito mais a efetiva realização do direito material do que sua simples declaração pela sentença de mérito. Daí, pois, a necessidade de compreender a ação como um

⁷⁹ MARINONI, Luís Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, como direito à ação adequada, e não mais como simples direito ao processo e a um julgamento de mérito. [...]

É necessário ressaltar que nos casos onde não estejam presentes as condições da ação deverá haver extinção do processo sem julgamento de mérito, entretanto, isso não quer dizer que o princípio do acesso à justiça está sendo tolhido, pelo contrário já que esses requisitos apenas regulamentam o acesso à justiça.

Diante destas assertivas, não é suficiente garantir aos jurisdicionados o acesso à justiça, que é um direito humano fundamental para que a cidadania seja exercida em sua plenitude, necessário se faz ainda a observância do princípio da efetividade, uma grande problemática dos tempos atuais a ser resolvida, que estabelece a necessidade de o processo ser efetivo, sendo que essa efetividade pode ser traduzida em utilidade e praticidade dos resultados produzidos na vida em sociedade em seu devido tempo.

Devemos também ter em mente que ainda existem vários fatores que inviabilizam o acesso à justiça, principalmente quando nos referimos às classes sociais menos abastadas, portanto, mesmo que o acesso à justiça tenha alcançado novos ares ainda é muito precipitado afirmar que o princípio em comento atingiu sua maturidade.

A morosidade da marcha processual é outro exemplo latente de limitação ao princípio do acesso à justiça, somando-se às custas processuais, em caso de não concessão de justiça gratuita. Assim, diante da realidade do processo judicial como instrumento indispensável para fazer valer os direitos fundamentais estabelecidos em sociedade, é preciso fortalecer a garantia do acesso à justiça.

Ademais, essa lentidão do judiciário suscita na sociedade um sentimento de descrença no próprio Estado que detém o monopólio da jurisdição e que deveria ser o garantidor da paz social.

Outro fator limitador do acesso à justiça é a educação precária que é oferecida perante a sociedade brasileira, assim os cidadãos desconhecem por vezes seus direitos, além disso, o país carece de instituições oficiais que possam oferecer assessoria jurídica, sem dizer na questão cultural em que a população deveria ser orientada em uma espécie de assessoria jurídica preventiva, evitando assim tumulto no judiciário.

A questão psicológica também acaba por dificultar o acesso à justiça, pois os cidadãos menos favorecidos financeiramente tendem a temer ou desconfiar do judiciário.

Desta forma, há grande necessidade em reformar os institutos processuais que visam satisfazer os direitos instituídos no direito material, visando atingir maior simplificação e celeridade dos processos, assim como incentivar meios alternativos de solução dos litígios como é o caso da arbitragem.

Assim, uma análise literal do referido dispositivo constitucional permite deduzir que o Estado garante um amplo acesso ao Poder Judiciário para que seus jurisdicionados busquem a preservação dos direitos que lhes são assegurados.

Contudo, a moderna interpretação deste princípio, extrapola a mera garantia formal de acesso para, com fulcro nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, viabilizar a prestação de uma justa e efetiva tutela jurisdicional. Na lição de Watanabe⁸⁰:

Uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos. Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de um ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos – sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.

Neste mesmo sentido colhe-se também a explanação de Marinoni⁸¹ acerca da efetividade do acesso à justiça:

Entretanto, a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela do direito. Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória reconheçam o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência (que presta a tutela do direito) e a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, embora constitua resposta ao dever do Estado de prestar tutela jurisdicional.). Daí já se percebe que a decisão interlocutória e a sentença constituem apenas técnicas para a prestação da tutela do

⁸⁰ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª edição. Campinas: Bookseller. 2000. p. 19/21

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004. p. 146/147

direito. Ou seja, resposta ou tutela jurisdicional há sempre, mas tutela do direito apenas no caso em que a técnica processual reconhecer o direito, isto é, quando a sentença for de procedência. (...) A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.

Afere-se, pois, que a garantia de acesso democrático, tão somente, não é capaz de garantir a justa entrega da prestação jurisdicional, pelo que a moderna interpretação do princípio do acesso à justiça deve se pautar na efetividade, ou seja, na realização da justiça.

2.3.2 A morosidade processual e a aplicação do princípio da razoável duração do processo

A entrega de uma prestação jurisdicional satisfatória aos interesses dos litigantes requer também a observância da razoável duração do processo, princípio reproduzido pelo artigo 4º⁸² do Novo Codex, e constitucionalmente consagrado no artigo 5º, LXXVIII⁸³ da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 teve o princípio da razoável duração do processo consagrado em seu texto por meio da edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 a qual, em resposta ao anseio da sociedade por uma prestação jurisdicional mais célere, introduziu modificações de grande impacto no âmbito do Poder Judiciário.

O inciso LXXVIII inserido pela Emenda em questão no art. 5º da Constituição Federal, estabeleceu que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua

⁸² Lei 13.105/15, artigo 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁸³ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

tramitação”, sedimentando a necessidade de observância e respeito a um período satisfatório para o desenrolar da marcha processual.

A consagração do princípio da razoável duração do processo no seio da Lei Maior teve por intento solucionar, ou ao menos minimizar, o problema da crescente morosidade processual, que tanto dificulta a prestação efetiva da tutela jurisdicional aos litigantes.

A questão da morosidade processual não é recente. Há tempos atormenta os operadores e os tutelados do Direito, conforme se pode aferir do trecho a seguir transcrito, revelando palavras de Ruy Barbosa⁸⁴:

(...) Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escripto das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.

A entrega da prestação jurisdicional só é eficaz quando é efetiva, ou seja, quando entregue ao tutelado em tempo hábil, satisfatório à consolidação do seu direito. A expressão “razoável duração do processo” é, contudo, imprecisa, vez que a própria noção de tempo é abstrata.

Santo Agostinho⁸⁵ já trazia indagações acerca da mensuração do tempo como se pode aferir do texto a seguir transcrito:

O que é o tempo? Quem o poderá explicar facilmente e com brevidade? Quem poderá apreendê-lo, mesmo com um pensamento, para proferir uma palavra acerca dele? Que realidade mais familiar e conhecida do que o tempo evocamos na nossa conversação? E quando falamos dele, sem dúvida compreendemos, e também compreendemos quando ouvimos alguém falar dele. O que é, pois, o tempo? Se ninguém me pergunta, sei o que é; mas se quero explicá-lo a quem me pergunta, não sei: no entanto, digo com segurança que sei que, se nada passasse, não existiria tempo passado, e se nada adviesse, não existiria tempo futuro, e, se nada existisse, não existiria o tempo presente.

O princípio da razoável duração do processo não pode ser interpretado como uma quantificação do tempo de modo a estabelecer um prazo fixo e fatal para a conclusão da marcha processual. Tal padronização, além de incompatível com a

⁸⁴ BARBOSA, Rui. Oração aos moços. P. 29

⁸⁵ LESSA, Ana Carolina. Duração razoável do processo? Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199312,61044-duracao+razoavel+do+processo>. Acesso em 10/01/2016.

realidade de cada caso concreto, inviabilizaria o respeito a outros princípios constitucionais de igual importância, a citar como exemplo os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Conforme ensinamento de Fredie Didier⁸⁶, o correto entendimento sobre o princípio da razoável duração do processo deve pautar-se pela compreensão de que existe todo um contexto a ser observado para que o processo atinja o fim colimado em tempo satisfatório. Transcrevendo suas exatas palavras:

Dar-se isto a partir da subsunção dos seguintes critérios - cuja criação deu-se pela Corte Européia dos Direitos do Homem - a cada caso concreto: i) a complexidade do assunto; ii) o comportamento das partes e de seus procuradores; e iii) a estrutura do Poder Judiciário, aqui compreendida a atuação do órgão jurisdicional.

Deste modo, somente a análise global sobre todos estes aspectos apontados é que torna possível uma adequada compreensão do termo “razoável duração do processo”, na medida em que é preciso entender que vários são os fatores que interferem no bom andamento da marcha processual rumo ao deslinde do litígio. No mesmo sentido leciona Zarif⁸⁷ que:

A criação dos referidos paradigmas é bastante oportuna e pragmática, vez que o processo, para alcançar seu fim com brevidade, não depende apenas da dificuldade envolvida na causa, da atuação do juízo ou do comportamento das partes, mas sim da conjunção desses fatores.

No que perquire à estrutura física, é certo que o aparelhamento do Poder Judiciário, com instalação de número de varas proporcional à demanda local, bem como a disponibilização de servidores suficientes e aptos à prestação do serviço também interferem na razoável duração do processo. Nos dizeres de Gajardoni⁸⁸:

A contribuição do arcabouço material do Judiciário para a lentidão do processo ocorre por intermédio da desorganização judiciária local, a exemplo do aproveitamento incorreto de servidores e juizes, do investimento tecnológico e material mínimo e da ausência de divisão das matérias por especialidade.

⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie, 2009, p. 66.

⁸⁷ ZARIF, Cláudio Cintra., 2006. p 140.

⁸⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. 2003. P. 81.

É fato também que a atuação do magistrado no caso concreto constitui fator decisivo para a razoável duração do processo posto que sua postura pró ativa na condução da marcha processual viabiliza uma solução mais rápida e eficaz, ao passo que sua inércia diante de atos meramente protelatórios corrobora a morosidade. Explica Annoni⁸⁹ que:

Quanto ao comportamento dos magistrados, quatro de suas condutas representam, de forma mais contundente, parcela de contribuição para com a morosidade do processo. São elas: autorização para suspender o processo, especialmente nos feitos de execução; omissão do magistrado frente às condutas protelatórias das partes; o atraso do processo devido a exigências desnecessárias de produção de prova, especialmente a testemunhal; inércia ou ineficácia do magistrado em resolver a contenda.

Importante fator a ser também observado para que a marcha processual se desenvolva em tempo razoável diz respeito à efetiva participação e contribuição das partes. Zarif⁹⁰ dispõe sobre a influência do comportamento das partes na duração do processo da seguinte forma:

A atuação das partes está intimamente ligada à duração do processo, sendo um de seus princípios orientadores a lealdade e a boa-fé dos litigantes. O que se espera das partes envolvidas numa demanda judicial é exatamente que atuem em respeito a esses princípios, o que facilitará que o processo tenha sua duração reduzida, atingindo de forma mais ágil e rápida sua finalidade, que é a decisão atribuindo razão àquele que tem direito.

Do mesmo entendimento compartilha Annoni⁹¹, explicando que:

A diligência e eficiência das partes na prática dos atos que lhes competem contribuem para o aceleração ou morosidade da marcha processual, revelando-se intimamente relacionada à questão da razoável duração do processo. O paradigma da atuação das partes leva em consideração os atos de diligência dos figurantes na relação processual, praticados com escopo de acelerar, ou não, o trâmite do processo. Como exemplo dos atos aceleratórios, cite-se a antecipação das partes ao prazo estipulado em lei ou pelo juiz para a prática de certo ato processual, ou a renúncia do prazo recursal quando não se pretende fazer uso de recursos. Verificadas essas atitudes, não de

⁸⁹ ANNONI, Danielle. O acesso à justiça em um prazo razoável. 2006, p.225.

⁹⁰ ZARIF, Cláudio Cintra., 2006. p. 142.

⁹¹ Ob. Cit. P. 226.

poderá imputar às partes a responsabilidade pela demora na resolução da lide.

É este o ponto que será abordado no decorrer da presente dissertação, eis que o princípio da colaboração ora consagrado no texto do novo Código Processual Civil tem por escopo contar com a cooperação dos sujeitos processuais na condução do processo ao fim colimado em tempo satisfatório.

O fato é que a mera positivação do princípio no texto constitucional não tem o condão de solucionar o problema da morosidade processual, sendo imprescindível a implementação de instrumentos hábeis a dar-lhe a necessária efetividade.

Garantir que o processo tenha uma “razoável duração” é garantir na verdade a presteza da atuação jurisdicional. É assegurar aos litigantes a almejada resposta do Judiciário para o conflito em tempo hábil à satisfação de seus interesses. Em suma, é conferir efetividade ao processo. Nas palavras de Barbosa Moreira⁹²

O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível a todos os direitos contemplados no ordenamento jurídico, que resultam de expressa previsão normativa, que possam inferir no sistema (a); Esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos (b); Impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade (c); Em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento (d); Cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e de energias (e).

Um processo com razoável duração é aquele que perdura por período suficiente para atender aos seus fins, permitindo a efetiva entrega da prestação jurisdicional. É válido também lembrar o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira⁹³ acerca do aceleramento da marcha processual. Para ele:

Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O

⁹² LESSA, Ana Carolina . LESSA, Ana Carolina. Duração razoável do processo? Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199312,61044-uracao+razoavel+do+processo>. Acesso em 10/01/2016.

⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. p. 6-15.

que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Mas não a qualquer preço.

De fato, a aplicação do princípio da razoável duração do processo deve ser feita em total consonância com os demais princípios constitucionais, de modo a garantir a ampla manifestação das partes, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, sem contudo permitir a prática de atos protelatórios que venham tumultuar a marcha processual e prejudicar a entrega célere e eficaz da prestação jurisdicional.

2.3.3 A boa-fé como princípio norteador do processo civil constitucional

O artigo 5º⁹⁴ do novo Código traz para o direito processual civil a expressa previsão de aplicação dos princípios da lealdade e da boa-fé processual, os quais devem ser adotados por todos os participantes do processo.

A leitura do respectivo dispositivo permite constatar a amplitude do princípio, que exige a conduta leal de todos aqueles que de qualquer modo participem do processo.

A boa-fé pode ser compreendida no âmbito jurídico como cláusula geral, posto que se origina da técnica legislativa pela qual o ordenamento deve caminhar em consonância com as transformações sociais.

A necessidade da aplicação da cláusula da boa-fé para a efetivação do direito pode bem ser entendida na lição de Martins⁹⁵, que preconiza que:

A cláusula geral, ao contrário, não é um conceito, mas uma técnica legislativa em que a estruturação normativa é elaborada em termos amplíssimos, de forma que a regra passe a abranger e submeter a tratamento jurídico todo um domínio de casos (...) Portanto, averbe-se que as cláusulas gerais têm por escopo o estabelecimento de preceitos normativos, através de tipos vagos para atingir um sem número de hipóteses.

⁹⁴ Lei 13.105/15, artigo 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁹⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. Estado de Perigo no Código Civil. 2007, p. 99.

Assim, percebe-se que a almejada celeridade processual somente pode ser alcançada mediante a superação pelo Poder Judiciário da tradicional visão formalista do processo. Em seus dizeres:

Certo é que – enquanto os setores ortodoxos do direito protestarem contra a chamada “interação” do magistrado na utilização de tais cláusulas gerais – ainda demandará bom espaço de tempo para o advento de uma judicatura célere, com cientificidade e baseada em valores sociais, disposta a derrotar os métodos estruturais a que foram expostos inúmeros estudantes de direito de ontem, durante anos de opressão cultural nos bancos dos cursos superiores, e que, hoje, na função jurisdicional, vestem a norma em vez da toga”.⁹⁶

A compreensão da expressão “boa-fé” pode ser feita sob dois prismas distintos. Primeiramente, sob a ótica subjetiva, pela qual entende-se que a boa-fé é a compreensão traçada pelo indivíduo sobre determinado fato jurídico, ou seja, sua crença acerca deste.

Por outro lado, analisada sob o ponto de vista objetivo, a boa-fé pode ser encarada como a conduta ética que se é exigida do indivíduo.

Analisando-se pelo primeiro aspecto, tem-se que a boa-fé caracteriza-se como um estado psicológico, revelando a intenção da parte com relação a um determinado fato. No segundo caso, revela-se a boa-fé como uma questão de comportamento, donde espera-se da parte a prática de uma determinada conduta em um determinado sentido. Na explicação de Martins-Costa⁹⁷:

A expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência”, ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito aplicável (...). Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem. Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.

⁹⁶MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de Perigo no Código Civil*. 2007. p. 103.

⁹⁷MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemas e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000. P. 411.

A busca pela prestação jurisdicional gera para aquele que a invoca o direito a uma resposta efetiva do Poder Judiciário, como forma de garantir a satisfação de seus direitos fundamentais. Assim, a viabilização do acesso à justiça para exercício do direito de ação somente é verdadeiramente assegurada quando o indivíduo obtém a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

A concepção de processo deve extrapolar o mero interesse particular dos litigantes em verem satisfeitas suas pretensões para ser entendido como verdadeiro mecanismo garantidor de acesso à Justiça para pacificação dos conflitos sociais.

Sobre esta acepção, o processo deve desenvolver-se à luz da cooperação dos sujeitos processuais, viabilizando o atingimento de sua finalidade. Nas palavras de Mitidiero⁹⁸:

No modelo de processo cooperativo (...) além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo.

A aplicação da boa-fé no âmbito processual civil coaduna com os fins constitucionais perquiridos pelo Estado de Direito Social Democrático brasileiro pois impõe que as partes mantenham a urbanidade e lealdade necessária ao conhecimento da verdade fática que se busca.

Nesta esteira, a imposição de observância do respeito ao princípio da boa-fé traduz a necessidade de abstenção a comportamentos que visem burlar a lei, fraudar o processo ou cometer abuso de direito.

Ao infrator da boa-fé a lei processual cuida de impor sanções destinadas a coibir os atos de abuso.

No que tange à definição do que seria caracterizado como boa-fé processual, Neves⁹⁹ esclarece que:

O dispositivo não conceitua a boa-fé, de modo que o Novo Código de Processo Civil segue a tradição do CPC/1973 no sentido de se limitar a tipificar os atos que atentam contra tal princípio, prevendo a devida sanção.

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valortivo*. 2007. Tese de doutoramento, UFRS, Porto Alegre, 2007. P. 70.

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Inovações. Alterações Supressões. Comentadas*. São Paulo: Método, 2015. p 19.

Ao exigir das partes que guardem no processo a lealdade e boa-fé a lei passa a vedar a prática de condutas fraudulentas e procrastinatórias. Neste diapasão, o atual Código de Processo Civil erigiu em seus artigos 14 e 15 um rol exemplificativo de condutas a serem observadas pelos litigantes no processo em busca da pacificação do conflito.

Tais orientações de conduta selecionadas pelo Código constituem vetores éticos cuja inobservância acarreta a imposição de sanções que a lei cuidou de descrever nos subsequentes artigos 16 a 18.

O primeiro inciso do artigo 14¹⁰⁰ da vigente lei processual trata do dever de veracidade, assim entendido como o dever de apresentar os fatos no mundo jurídico da mesma forma com que ocorreram no mundo fático.

Esta obrigação de exposição dos fatos nos autos em conformidade com a realidade deve ser guardada não somente pelas partes, mas por todos os envolvidos na relação processual, estendendo-se aos demais participantes, como testemunhas e peritos.

Tal obrigação decorre da imposição feita pelo artigo 339 do atual Código de Processo Civil, que estabelece que: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

É que acima dos interesses particulares dos envolvidos no conflito está o interesse estatal de pacificação social, o que somente pode ser alcançado através do conhecimento da verdade.

O inciso II¹⁰¹ do referido artigo 14 impõe às partes, e também aos demais intervenientes no processo, o dever de guardar a lealdade e a boa-fé na prática dos atos processuais. Na explicação de Angher¹⁰²:

Lealdade é a qualidade de uma pessoa sincera, franca e honesta. Agir com lealdade é um dever de natureza processual que obriga o litigante e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo a proceder de conformidade com a ética e a moral, em todo o curso do processo, não se utilizando de meios ardilosos, sofismas ou subterfúgios na pretensão de saírem-se vitoriosos ou até mesmo procrastinarem o feito.

¹⁰⁰ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I. expor os fatos em juízo conforme a verdade.

¹⁰¹ Art. 14 (...): II. Proceder com lealdade e boa-fé.

¹⁰² ANGHER, Anne Joyce. Litigância de má-fé no processo civil. São Paulo: Rideel, 2005. P. 43.

A conceituação de lealdade e boa-fé processual extrapola, na verdade, o âmbito jurídico, sendo alvo de debate no campo filosófico. Ao Direito perquire indagar sobre a existência de alguma diferenciação relevante entre os dois temas.

Na concepção jurídica, a expressão lealdade encontra-se atrelada ao conceito de honestidade na produção dos atos processuais. Quanto à boa-fé, explica Rui Stocco¹⁰³ que:

Enquanto conceito ético-social incorporado ao Direito, contém dois sentidos: a) a boa-fé-lealdade; e b) a boa-fé-crença. A primeira, traduz-se pela honestidade, pelo comportamento probo no decorrer da marcha processual. A segunda, no dizer do autor, pode ser compreendida como a crença do indivíduo no sentido de que age de acordo com a lei.

O artigo 14, inciso III¹⁰⁴ da lei atual impõe às partes o dever de motivar as alegações que trazem a juízo, de modo a não arguirem no mundo dos autos questões que não correspondam à verdade fática.

Como dito, o interesse processual transcende o mero anseio dos conflitantes por uma resposta à lide, mas constitui uma importante ferramenta de pacificação da paz social, a qual se apresenta como dever do Estado.

Em sequência, o IV¹⁰⁵ inciso do mesmo dispositivo legal versa sobre a não procrastinação do processo mediante a prática de atos que não terão relevância para o deslinde do feito. A produção de atos e provas no decorrer da marcha processual deve ser voltada ao fim proposto, qual seja a obtenção do resultado prático almejado, consubstanciado na entrega da prestação jurisdicional.

Para realização do comando contido neste dispositivo, o artigo 130 do mesmo Codex dispõe que: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Nesta esteira, cabe ao magistrado, na qualidade de condutor da marcha processual, analisar a pertinência da providência requerida, a fim de permiti-la ou

¹⁰³ STOCO, Rui. Abuso do Direito e Má-Fé Processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

¹⁰⁴ Art. 14 (...) III. não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento.

¹⁰⁵ Art. 14 (...) IV. não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

refutá-la, conforme verifique que terá utilidade para o processo ou servirá apenas para tumultuá-lo.

Por fim, o derradeiro inciso do artigo 14, qual seja o V¹⁰⁶, impõe às partes e demais participantes do processo o dever de cumprimento das ordens judiciais, bem como a obrigação de não criar empecilhos à prática de atos determinando pelo juiz.

O comando guarda íntima relação com a dignidade da justiça, prevista no artigo 600 do atual Código de Processo Civil, que determina que:

Art. 600 Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que:

- I. fraude a execução;
- II. se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;
- III. resiste injustificadamente às ordens judiciais;
- IV. intimado, não indica ao juiz em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Os chamados atos atentatórios à dignidade da justiça, os quais, no Novo Código Processual Civil, vêm elencados no artigo 77¹⁰⁷, trazendo um rol de deveres a serem observados por todos os participantes do processo, sob pena de incorrerem em multa de até 20% do valor da causa conforme a gravidade da conduta ofensiva.

Neste tocante, a nova Lei traz duas modificações com relação ao Código de Buzaid com relação à aplicação da multa pelo descumprimento dos deveres impostos pela regra consagrada no supracitado artigo.

A primeira inovação encontra-se prevista no § 5º do artigo 77, o qual preconiza que se o valor da causa for irrisório ou inestimável a multa pode ser aplicada no valor correspondente a até dez vezes o valor do salário mínimo vigente.

¹⁰⁶ Art. 14 (...) V. cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

¹⁰⁷ 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 informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 23/07/2015.
- VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

A segunda alteração diz respeito ao termo inicial para que a multa não paga seja inscrita na dívida ativa. No Código de Processo Civil de 1973, à luz do disposto no parágrafo único do artigo 14, faz-se necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença. No Novo Código, o § 3º do artigo 77 permite que a inscrição seja feita logo após o trânsito em julgado da própria decisão que fixou a multa, modificação que é benéfica para o caso de multas fixadas em decisão interlocutória.

O efeito decorrente da prática de ato que afronte a dignidade da justiça é a penalização do infrator com a imposição de sanções. Nas palavras de Angher¹⁰⁸:

Enquanto o ato de litigância de má-fé prejudica principalmente a parte vítima do *improbis litigator*, que ofende o princípio da lealdade processual, o ato atentatório ao exercício da jurisdição *ou contempt of court* visa proteger o Poder Judiciário, sua autoridade e a eficácia de suas decisões. Por esse motivo a multa que será fixada em até vinte por cento do valor da causa, destina-se ao Estado, e não à parte contrária do processo (...) Por isso, entenda-se possível a cumulação das sanções por prática de ato atentatório à dignidade da justiça com a de litigância de má-fé (...).

A cumulação de sanções pelas irregularidades cometidas no processo pelo infrator é portanto perfeitamente possível, na medida em que existe a possibilidade do ato em questão trazer prejuízo particular ao adversário e também ao próprio Poder Judiciário no exercício de sua função.

Saindo do artigo 14 da lei processual civil atual e dando sequência a leitura dos artigos que lhe sucedem, percebe-se que o artigo 15¹⁰⁹, na mesma linha de raciocínio, preconiza o dever de respeito mútuo, impondo às partes e demais envolvidos no processo o dever de urbanidade no tratamento em juízo.

O emprego de palavras e expressões ofensivas, seja oralmente ou por escrito, deve ser coibido pelo magistrado, mediante advertência e retaliação.

Todos estes deveres, expressamente enumerados pelos artigos 14 e 15 do atual Código de Processo Civil encontram-se intimamente relacionados ao princípio da boa-fé processual e a falta de sua observância implica litigância de má-fé, a qual é alvo de destaque no subsequente artigo 17 que assim dispõe:

¹⁰⁸ Op. Cit. P. 70.

¹⁰⁹ Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. Parágrafo único: Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

Art. 17. Reputa-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 incidentes manifestamente infundados;
- VII – iterpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

O primeiro inciso do supracitado artigo aborda a má-fé daquele que se manifesta em juízo ciente de que não faz jus ao direito invocado, seja por contrariar dispositivo de lei ou por fundar-se em notório direito não lhe assegurado. Nas palavras de Leão¹¹⁰, “O dever de dizer a verdade, fundamento da lealdade processual, é de ordem subjetiva e não objetiva. O postulante deve acreditar no que afirma. Esse dever é relativo aos fatos.(...) A parte não deve ter o propósito de mentir”.

O inciso II do artigo 17 coíbe a distorção da verdade, com consequente alteração proposital da realidade pelas partes, com o intuito de obter vantagem no processo. É fato que é assegurado às partes a escolha dos argumentos a serem utilizados na defesa de seus interesses. Contudo, isto não lhes permite macular a realidade de modo a prejudicar o conhecimento da verdade.

Passando-se à análise do inciso III do artigo 17 em questão vislumbra-se que o processo não pode servir como instrumento de obtenção de ilicitude, sendo vedada às partes a prática de atos fraudulentos destinados a burlar a lei.

O inciso IV do atual artigo 17 da lei processual civil reza sobre a injustificada protelação da marcha processual. Certo é que a prática dos atos processuais destinados à comprovação dos argumentos trazidos ao processo pelas partes demanda, por vezes, uma cautela que acaba por reduzir a velocidade com que o processo se desenvolve. A necessária garantia do contraditório também se consubstancia em um cuidado da lei que acaba por contribuir para a lentidão do processo. Tais providências contudo revelam-se imprescindíveis e não podem ser suprimidas sob pena de comprometerem de forma negativa o pronunciamento judicial.

Por outro lado, a prática de atos inúteis, desprovidos de qualquer fundamento, apenas tumultuam a marcha processual e notoriamente afrontam o princípio da boa-fé, devendo ser veementemente combatidos.

¹¹⁰ LEÃO, Adroaldo. O litigante de má-fé. Rio de Janeiro: Forense, 1986. P. 13.

Em sequência à análise do artigo 17, o inciso V veda a postura temerária dos litigantes. Por temerária entende-se a conduta do litigante que se utiliza dos meios processuais sem atender à finalidade da regra, a exemplo do que dispõe o seguinte inciso VI que estabelece que a provocação de incidentes processuais desprovidos de fundamento constitui litigância de má-fé.

Por fim, o derradeiro inciso do artigo 17, de número VII enquadra como atentatório à boa-fé processual a interposição infundada de recursos pelos litigantes, com o notório intuito de procrastinar o prosseguimento do feito.

A utilização dos atos processuais imprescindíveis à comprovação de seus argumentos é constitucionalmente assegurada aos litigantes, integrando seu direito de ampla defesa. Contudo, a prática destes atos deve ser comedida, de modo a restringir-se ao necessário, sendo vedado o excesso, posto que caracteriza forma de abuso de direito.

Nunca é demais lembrar que o interesse do Estado se sobrepõe aos interesses particulares, de modo que a presteza na entrega do provimento jurisdicional constitui sinônimo de sua eficiência.

Esta presteza, contudo, somente é atingida com a conjugação de fatores que compreendem esforços comuns dos envolvidos na relação processual, de modo a viabilizar o pronunciamento judicial em tempo hábil a satisfazer os interesses tutelados, do que resulta a almejada paz social. Leciona Theodoro Júnior¹¹¹ que:

Consiste o abuso de direito processual nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando assim o resultado justo da prestação jurisdicional.

Extrai-se pois, que o abuso de direito pode ser compreendido como a conduta lícita em seu nascedouro, mas que posteriormente vem ultrapassar os limites da boa-fé processual e da função social do processo, revestindo-se de superveniente ilegalidade.

2.3.4 O contraditório como meio de acesso paritário ao processo

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 113.

O artigo 7º¹¹² do Novo Código Processual Civil, reproduz, por sua vez, o princípio constitucional consagrado no artigo 5º, LV¹¹³ da Constituição Federal que garante o contraditório.

Tradicionalmente, o contraditório pode ser entendido como a oportunização feita a uma parte de manifestação e reação com relação à outra que lhe é adversa, constituindo uma garantia de tratamento igualitário entre os litigantes, aos quais serão asseguradas as mesmas oportunidades de influenciar a formação do convencimento judicial.

Neves¹¹⁴ explica que “o princípio do contraditório é formado por três elementos: informação, reação e poder de influência”. Quanto ao primeiro, o doutrinador afirma que constitui um dever do juiz informar as partes sobre os atos praticados no processo, facultando-lhes, conseqüentemente, reagir. Ressalta, que trata-se de um ônus processual, bastando, portanto, que seja oportunizado à parte este direito à manifestação, não se exigindo que ela se concretize para que se considere garantido o contraditório. Na sequência, esclarece, quanto ao poder de influência, que o contraditório “somente será realmente efetivo se, além da informação e da possibilidade de reação, essa for concretamente apta a influenciar a formação do convencimento do juiz”.

O princípio, cujo fundamento é a não surpresa para a parte adversa, também pode ser encontrado no Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8º, qual seja a chamada Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assim dispõe:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos as obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O contraditório constitui princípio essencial e imprescindível a todo e qualquer processo, seja em qualquer seara do direito ou em qualquer grau de jurisdição, já que

¹¹² Lei 13.105/15, artigo 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

¹¹³ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas. São Paulo: Método, 2015. P. 1.

em um processo democrático é imprescindível a participação das partes envolvidas que provocarão os atos do julgador dando assim desenvolvimento ao processo.

Na condução da marcha processual cabe ao juiz conceder às partes oportunidades de participarem do processo, contudo, deve fazê-lo em igualdade de condições para que com as alegações ou fatos trazidos pelos litigantes sejam hábeis a formar corretamente sua convicção.

Neste ínterim, o contraditório pode inclusive ser conceituado como a possibilidade que as partes adversárias possuem de contradizer aquilo que foi dito no curso da ação, corroborando com formação da opinião do magistrado que ao final produzirá uma decisão embasada nas provas e afirmações apresentadas pelos litigantes no processo.

Em linhas gerais o contraditório representa o duelo entre os litigantes que se desenvolve perante as vistas do julgador posicionado a certa distância das partes para resguardar sua opinião de cunho decisório que sempre deverá estar pautada na imparcialidade, características estas inerentes ao processo democrático.

Diante disso, percebe-se a nobreza desse princípio constitucional, pois representa até mesmo condição de validade de todo e qualquer processo na órbita jurídica.

A Carta Magna preconiza em seu artigo 5º, §1º que as normas instituidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata tamanha sua importância para o direito como um todo, diante disso, o princípio do contraditório tem eficácia plena, significando assim que as instituições devem aplicar o mandamento da norma na medida do possível, ao passo que o Poder Judiciário deve sempre cumpri-la.

Destarte, o Estado tem o dever de garantir aos jurisdicionados a aplicação efetiva da garantia constitucional de participação pelas partes em todo e qualquer processo judicial, sob pena de incorrer em nulidade a decisão proferida sem observância deste requisito de validade processual.

Assim, percebe-se que pelo contraditório o diálogo processual é resguardado, ao passo que a surpresa está vedada no curso de qualquer demanda judicial, de modo que o juiz deve sempre provocar as partes para que estas manifestem sobre as situações colocadas sob a apreciação do judiciário.

Nota-se também que este princípio encontra-se intimamente ligado a outro princípio constitucional que é o da igualdade entre as partes litigantes, em que ambas as partes possuem iguais direitos de serem informadas para que possam manifestar suas

opiniões, requerer a produção de provas visando com tudo isso o fim almejado de se atingir a justiça almejada.

Diante do contraditório as partes não possuem quaisquer privilégios em detrimento do seu adversário respectivo, até porque o princípio do contraditório não pode ser mitigado diante de seu absolutismo, não estando somente às partes a ele submetidas, mas também o julgador.

O que se quer dizer com o absolutismo desse princípio é que nenhum processo ou procedimento pode existir sem respeitar esse requisito de validade.

É oportuno também lembrar que, apesar de ser absoluto o princípio do contraditório para o processo, isso não quer dizer que as partes dele não possam dispor, ou seja, essa garantia não pode ser imposta aos jurisdicionados mas deva ser oportunizada para a parte o momento de manifestar no processo, tornando-se assim em relação aos litigantes um direito disponível, já que o Estado não pode forçar a sociedade a exercer esse direito, mas tão somente disponibilizá-lo para que querendo faça valer essa garantia constitucionalmente estabelecida. Neste sentido, o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior¹¹⁵

Quando se afirma o caráter absoluto do princípio do contraditório, o que se pretende dizer é que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais. (...) Não pode o juiz conduzir o processo sem respeitar o contraditório; à parte, entretanto, cabe a liberdade de exercitá-lo ou não, segundo seu puro alvedrio. Ninguém é obrigado a defender-se. O direito de participar do contraditório é, nessa ordem, disponível. Logo, mesmo quando o juiz o desobedece, cometendo cerceamento de defesa, o processo ficará passível de nulidade.

Na atualidade o fato é que tão importante princípio fundamental não tem produzido o efeito que dele se espera, visto que tem representado mera formalidade incapaz de corroborar a convicção do magistrado, que diante do volumoso número de ações não consegue analisar cada processo como deveria em tese pelo menos fazer.

Não raro, já possui um conhecimento prévio da situação pela similitude com outros julgados e assim passa a decidir semelhantemente conforme julgados pretéritos, pouco contribuindo as posições apresentadas pelas partes na decisão.

¹¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014, op, cit, p. 172.

A respeito desta problemática, Fredie Didier Junior¹¹⁶ assim leciona:

O princípio do contraditório, visto como direito de participação na construção da norma jurídica, precisa ser repensado. Isso porque ele não pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

A nova lei processual civil a entrar em vigor em nosso ordenamento jurídico nasce com este espírito, objetivando garantir aplicação mais ativa do princípio do contraditório, tendo como foco conceber uma maior efetividade do processo.

Prova disso é que, além do ora abordado artigo 7º que aparece dentre o rol de princípios inaugurais, norteadores da aplicação da nova lei, o novo *Codex* se encarregou de tipificar o princípio em tela em diversos outros dispositivos, dois quais alguns, dado à relevância, ora seguem destacados.

Logo no artigo 9º, a nova lei destaca o princípio da não surpresa, estabelecendo que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

O artigo 10º, logo a seguir, trata na necessidade de garantia do contraditório inclusive no que perquire às matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como segue transcrito:

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

Mais à frente, o artigo 115 no Novel Diploma processual dispõe sobre as situações de invalidade do provimento jurisdicional de mérito feito sem a observância do contraditório. Estabelece o referido dispositivo que:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:
I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie – Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredir Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. V.2, p. 471.

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.
(...)

A prova emprestada também mereceu tratamento de destaque na nova lei processual que dispôs acerca de sua admissibilidade desde que levada ao crivo do contraditório: Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Acerca da execução das medidas de urgência provenientes de decisão estrangeira o novo Código também dispõe sobre a possibilidade desde que atrelada à necessária observância do contraditório, como ora segue transcrito:

Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.

(...)

§ 2º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.

O legislador pátrio, com o advento do novo Código de Processo Civil, acertadamente trouxe à tona no corpo da lei o real espírito do contraditório, fato este jamais visto anteriormente em nosso ordenamento jurídico, o que permite concluir que finalmente o princípio veio a ser valorado como garantia de real efetividade do processo.

2.3.5 O fim social e o bem comum como princípios norteadores do novo processo civil constitucional

Por fim, encerrando a sequência introdutória de princípios que ora nos propusemos a analisar, o artigo 8º¹¹⁷ do novo Código de Processo Civil dispõe sobre os fins sociais e exigências do bem comum a serem observados pelo Estado na entrega da prestação jurisdicional.

No exercício de sua atividade típica cumpre ao operador do Direito aplicar a ciência jurídica de modo a interpretar aquilo que está implícito no ordenamento,

¹¹⁷ Lei 13.105/15, artigo 8º: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

permitindo assim, que as normas atendam à função social para à qual se destinam, qual seja a de pacificação dos conflitos surgidos em sociedade. Na lição de Larenz¹¹⁸:

É missão dos tribunais decidir de modo ‘justo’ os conflitos trazidos perante si e, se a ‘aplicação’ das leis, por via do procedimento de subsunção, não oferecer garantias de uma tal decisão, é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos ‘dados materiais’ desses mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal. Esse processo apresentar-se-á como um ‘tratamento circular’, que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista – tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica – que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça, com o objectivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes.

Para atender à sua finalidade a norma deve assegurar ao tutelado a satisfatória entrega da prestação jurisdicional com proteção ao bem da vida turbado. Explica Maximiliano¹¹⁹ que:

Desapareceu nas trevas do passado o método lógico, rígido, imobilizador do Direito: tratava todas as questões como se foram problemas de Geometria. O julgador hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultantes do seu veredictum. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social.

Isso implica no fato de que as decisões judiciais devem estar em harmonia não apenas com o espectro normativo em si, mas com o sentido que se abstrai de seu contexto, o que caracteriza sua finalidade social.

O fim social, por sua vez, é voltado ao bem comum, assim entendido como um *status* ideal de bem estar a ser atingido, mediante garantia de cumprimento dos direitos fundamentais imprescindíveis à dignidade humana.

Na concepção de Telles Júnior¹²⁰ acerca do tema:

Bem comum é a ordem jurídica, por ser o único bem rigorosamente comum, que todos os participantes da sociedade política desejam

¹¹⁸ Karl Larenz, Metodologia da ciência do direito, p. 170.

¹¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 129.

¹²⁰ TELLES JR., Goffredo. Introdução à ciência do direito. São Paulo: USP, 1972.

necessariamente, que ninguém pode dispensar. Sem ordem jurídica não há sociedade; logo somente a ordem jurídica é um bem comum.

Nas palavras de Dworkin¹²¹:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que queremos ter.

A observância aos princípios do fim social e do bem comum são de extrema importância para a otimização do acesso à justiça, tendo em vista que asseguram a prestação jurisdicional voltada não somente aos interesses individuais dos envolvidos diretamente no conflito de interesses, mas à almejada pacificação social.

A breve abordagem ora tecida acerca dos artigos introdutórios do novo Código de Processo Civil teve por intuito demonstrar que estes, embora não sejam os únicos princípios positivados na nova Lei, ganharam destaque na sistemática do novo *Codex* ante a íntima relação com o propósito de constitucionalização do processo.

No capítulo seguinte nos ocuparemos de forma mais específica do princípio da colaboração, objeto do presente trabalho.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p. 492.

3 EFETIVIDADE DO PROCESSO COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL

O Estado Democrático de Direito tem como pilares de sustentação a valorização e a efetividade dos direitos do homem. A exata compreensão desta afirmação requer uma análise prévia acerca do conceito de efetividade.

Em uma abordagem léxica, o termo efetividade remete a uma característica de algo que existe, ou seja, que possui concretude no mundo real.

Juridicamente analisada, a palavra efetividade pode ser compreendida como a capacidade que a norma jurídica possui de atingir os efeitos por ela pretendidos, junto aos seus destinatários.

Na tradicional lição de Kelsen¹²², em sua Teoria Pura do Direito, “uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas”.

O jurista observa ainda, em sua obra, que efetividade é um conceito que possui íntima ligação com outros, como a validade e a eficácia, com os quais, no entanto, não se confunde. Transcrevendo suas palavras:

Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento de validade. Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber porque devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir em harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes.¹²³

Barroso¹²⁴ caracteriza a efetividade como:

a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e

¹²² Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. P. 234.

¹²³ Idem. P. 236.

¹²⁴ Barroso, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 83.

simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

O Estado Democrático de Direito funda-se, portanto, na premissa de que o verdadeiro acesso à justiça, conforme constitucionalmente assegurado, somente se concretiza quando realizado o resultado almejado. A lição de Theodoro Júnior¹²⁵ vem a calhar neste intróito, conforme segue transcrita:

Estudar processo, sem comprometê-lo com sua finalidade institucional, representa obra especulativa, divorciada dos grandes valores e interesses que à ordem jurídica compete preservar e realizar. O resultado esperado da técnica processual há de se operar no campo das relações jurídicas substanciais, é na produção desses resultados, em nível satisfatório, que se poderá definir a maior ou menor efetividade do processo.

Na moderna visão que caracteriza o pós-positivismo, a aplicação da lei processual civil deve extrapolar a garantia do devido processo legal, indo além da instrumentalização das regras, com o escopo de garantir que o resultado obtido com o pronunciamento jurisdicional seja justo e consoante os ditames da Constituição Federal.

Nesta nova roupagem do direito processual, a técnica e a efetividade estão atreladas e se complementam, com o intuito de alcançar o resultado material pretendido. Nas palavras de Theodoro Júnior¹²⁶:

O direito, sob influência das garantias fundamentais traçadas pela Constituição, incorporava valores éticos, cuja atuação se faz sentir não apenas na observância de regras procedimentais, mas também sobre o resultado substancial do provimento com que a jurisdição põe fim ao litígio. Daí falar-se, no século atual, em garantia de um processo justo, de preferência a um devido processo legal apenas. Mesmo no plano de aplicação das regras do direito material, o juiz não pode limitar-se a uma exegese fria das leis vigentes. Tem de interpretá-las e aplicá-las no processo de modo a conferir-lhes o sentido justo, segundo o influxo dos princípios e regras maiores retratados na Constituição.

O devido processo legal é, pois, nesta nova perspectiva, acoplado ao processo justo, o qual extrapola a mera observância das regras formais para caracterizar-se como um processo destinado a atingir sua finalidade, qual seja alcançar a finalidade almejada no caso concreto.

Este processo justo, assume, nas palavras de Theodoro Júnior¹²⁷, o *status* de direito fundamental dentro da ordem constitucional.

¹²⁵ Idem. 177.

¹²⁶ Idem. P. 188.

Ao garantir o direito de acesso à Justiça como meio se solucionar conflitos de interesses a Lei Maior consagra o processo como uma garantia individual, na medida em que este constitui o meio necessário para realização da jurisdição.

E para que a tutela jurisdicional prestada pelo Estado seja justa, é necessário que o processo se desenvolva mediante observância das normas traçadas pelo Direito Processual Civil. Theodoro Junior¹²⁸ reforça a lição de que o processo justo deve extrapolar a regularidade formal, explicando que:

Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-se também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da Lei” a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça.

Deste modo, se é através do processo que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados serão efetivamente garantidos, pode-se dizer que o processo é um verdadeiro instrumento a serviço da ordem constitucional, vez que permite concretizar os preceitos da Constituição Federal. Novamente, nas enriquecedoras palavras de Theodoro Júnior¹²⁹,

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

Com o intuito de garantir a realização deste processo justo o Novo Código de Processo Civil consagrou em sua Parte Geral as normas fundamentais do processo, pautadas nas regras constitucionais.

Dentre elas, preconiza o artigo 6º que todo o trajeto percorrido com vistas a alcançar a justa aplicação do direito material no caso concreto deve ser feito com a participação e cooperação de todos os sujeitos processuais.

¹²⁷ Idem. P. 189.

¹²⁸ Idem. P. 174.

¹²⁹ Idem. P. 175

O princípio da colaboração decorre de uma nova visão acerca do princípio do contraditório, a qual extrapola o direito de informação e reação para se consubstanciar em um direito de participação na construção do provimento jurisdicional.

Percebeu-se que, em um regime democrático de direito, faz-se necessária a efetiva participação de todos os sujeitos envolvidos no âmbito da relação processual, principalmente daqueles que se submeterão as consequências do pronunciamento jurisdicional.

Sobre o princípio da colaboração, Mitidiero¹³⁰ elucida que existem três modelos ideais de processo de acordo com a espécie de relação existente entre o juiz e as partes, quais sejam: o processo isonômico, o processo assimétrico e o processo cooperativo.

O processo isonômico, segundo explica, é aquele caracterizado pela existência de uma paridade entre os sujeitos processuais, de modo que, a condução do processo rumo à solução do conflito pauta-se na boa-fé dos envolvidos e na busca da verdade processual.

O processo assimétrico, por sua vez, é aquele que enaltece a figura do juiz como representante do Estado, colocando-o em situação superior à dos litigantes na relação processual, de modo que o direito é compreendido como o próprio direito do Estado.

Por fim, surge o processo cooperativo, como processo do Estado Democrático, voltado à obtenção da justiça no caso concreto.

Neste sentido, é pertinente a colocação de Theodoro Junior¹³¹ ao explicar que: “O importante é ver na cooperação dos litigantes uma conexão com o poder que o processo democrático assegura às partes de influírem, de maneira real e efetiva, na condução do processo e na formulação do provimento pacificador do litígio”.

No Estado Liberal o processo se desenvolvia mediante atuação dos litigantes na defesa de seus interesses e produção das respectivas provas, cabendo ao juiz aplicar a lei ao caso.

O advento do Estado Social deu ao processo uma nova roupagem, permitindo aos litigantes participarem, juntamente com o magistrado, de todo o procedimento destinado a solucionar a lide. Explicaodoro Júnior¹³², neste contexto, que:

A visão democrática que o Estado Social deu à jurisdição afastou-se completamente do padrão liberal, tornando os litigantes partes ativas do

¹³⁰ Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valortivo. 2007. Tese de doutoramento, UFRS, Porto Alegre, 2007.

¹³¹ Idem. P. 185

¹³² Idem. P. 179

método judicial de composição de litígios. Não apenas se passou a conferir-lhes poder de influir efetivamente na construção do provimento final, como se impôs ao juiz o dever de levar em conta a colaboração das partes no ato de julgar. O contraditório, nessa ordem de ideias, deixou de ser diálogo entre os litigantes, já que nele se inseriu, também, o juiz, que ficou impedido de resolver questões que não tivessem passado pelo crivo da audiência dos principais interessados no conflito, ainda que se tratasse de matérias apreciáveis de ofício.

Em sua obra, o jurista prossegue destacando que o princípio da colaboração entre os sujeitos do processo, ora enfatizado no Novo Código de Processo Civil, já é prestigiado pelo direito comparado, citando como exemplo o direito português e o italiano.

No âmbito do Direito Português, explica Theodoro Júnior¹³³ que:

Em Portugal, prevalece o entendimento de que o processo para merecer o qualificativo de justo, como se almeja no Estado Democrático de Direito, deverá desenvolver-se mediante colaboração recíproca entre o órgão judicial e as partes, tocando ao juiz, perante os litigantes, um dever funcional que se desdobra, segundo Miguel Teixeira de Souza, em quatro deveres essenciais, configuradores em seu conjunto da necessária conduta leal e de boa-fé esperada do magistrado: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consultar as partes e dever de auxiliar as partes (CPC Português, arts. 266 e 266-A)

Ainda acerca do prestígio do princípio no direito estrangeiro, Theodoro Júnior¹³⁴, ressalta que:

Atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal – e, já com algumas repercussões na doutrina brasileira o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.

No mesmo sentido, Donizetti¹³⁵, expõe que:

A doutrina brasileira importou do Direito europeu o princípio da cooperação (ou da colaboração), segundo o qual o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular (entre o juiz e as partes). A moderna concepção processual (no sentido de que o processo é um meio de interesse público na busca da justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto) exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo.

¹³³ Idem p.180

¹³⁴ JUNIOR, Fredie Didier. Revista de Processo. 2006. p. 75

¹³⁵ DONIZETTI, Elpidio. Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. Disponível em < <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em 24/07/15.

O juiz do Estado Social Democrático não mais se caracteriza como mero representante do Estado e aplicador da lei, atuando como um intermediário da cooperação dos litigantes com vistas à obter a solução do conflito de interesses.

Theodoro Júnior¹³⁶ afirma que:

Atualmente, já consta do Código Italiano (art. 101, 2º *comma*) a exigência expressa de que o juiz, para fundamentar sua decisão em matéria suscitada de ofício, deverá previamente conceder prazo às partes para se manifestarem, sob pena de nulidade do decisório.

O citado doutrinador adverte ainda que já desponta controvérsias no meio jurídico acerca da efetivação do princípio da cooperação adotado pelo Novo Codex, diante do entendimento de que a cooperação entre os litigantes seria uma utopia face ao antagonismo de seus interesses.

Neste sentido, transcreve-se a crítica citada por Neves¹³⁷:

Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expurgado da natureza humana. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isto é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria direito. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie.

Em contraposição à esta crítica, Theodoro Júnior¹³⁸ explica que, na verdade, não se trata de abolir o natural conflito de interesses existente, mas de exigir dos litigantes uma postura processual que viabilize a solução do litígio. Em suas palavras:

É natural que não se exija de um litigante que coopere com o adversário na defesa do seu interesse antagônico. Mas, a cooperação de todos os sujeitos processuais, sem excluir as partes, deve realmente acontecer entre todos eles, muito embora o comportamento cooperativo não seja exatamente igual para cada um deles. Na medida do possível os sujeitos processuais deverão de comportar-se de modo a contribuir para o adequado esclarecimento da

¹³⁶ Idem p. 181

¹³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Código de Processo Civil Lei 13.105/2015.

Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas. São Paulo: Método, 2015. P. 17-18.

¹³⁸ Idem. P. 185.

verdade, sem tumultuar a marcha processual com expedientes e obstáculos desnecessários e procrastinatórios, pautando sua conduta sempre pelos ditames da boa-fé e lealdade.

Neste mesmo sentido, Neves¹³⁹ afirma que a postura que o princípio da colaboração exige de cada litigante é a contribuição que seja possível, de modo a preservar seus interesses particulares, contudo, sem tumultuar o curso natural do processo, senão vejamos do trecho ora transcrito:

É benéfico ao sistema processual que exista uma comunidade de trabalho com a finalidade de regulamentar o diálogo entre as partes e o juiz, mas estes, por terem interesses diversos no processo, não podem ser colocados num mesmo patamar.

Neves¹⁴⁰ ainda elucida que sequer seria constitucional exigir dos opositores em um processo judicial que lancem mão de seus posicionamentos particulares, valendo-se de atitude contrária ao que postulam, o que caracterizaria na verdade, uma restrição em sua liberdade de litigar em juízo. Em suas palavras, o princípio da cooperação:

É um modelo que não deve ser pensado a distância da realidade, sem considerar que no processo há verdadeiro embate (luta, confronto, enfrentamento), razão pela qual as partes e seus advogados valem-se – e assim deve ser – de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um fim parcial. Não é crível (nem constitucional), enfim, atribuir aos contraditores o dever de colaborarem entre si a fim de perseguirem uma verdade superior, mesmo que contrária àquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los da sua necessária liberdade para litigar, transformando-os, eles mesmos e seus advogados, em meros instrumentos a serviço do juiz na busca da tão almejada justiça.

Na sequência, Neves¹⁴¹ ressalta que os interesses dos litigantes são necessariamente antagônicos, pois, se assim não fosse, nem seria justificável a instauração da demanda judicial. Assim sendo, buscam um resultado parcial, que, por óbvio, favoreça seus interesses particulares, sendo difícil crer que possam convergir para uma colaboração mútua em prol do processo. Em suas palavras:

Inexiste um tal espírito filantrópico que enlace as partes no âmbito processual, pois o que cada uma delas ambiciona é resolver a questão da melhor forma possível, desde que isto signifique favorecimento em prejuízo do adversário. Aliás, quando contrato um advogado, é para que ele lute por

¹³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas. São Paulo: Método, 2015.

¹⁴⁰ Idem. P. 17

¹⁴¹ Idem. P. 18.

mim, por minha causa. Não quero que ele abra mão de nada. Os direitos são meus e meu advogado deles não dispõe. Se meu advogado for obrigado a cooperar com a outra ou com o juiz, meu direito constitucional de acesso à justiça estará violado.

Mitidiero¹⁴² se contrapõe ao radicalismo deste posicionamento, elucidando que, na verdade, a cooperação não consiste em ceder aos interesses do adversário, mas sim, de empreender a necessária lealdade e boa-fé processual para que a justa solução do litígio seja alcançada.

Segundo Mitidiero¹⁴³, “às partes é que caberia o direito de exigir do juiz a prestação de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio, como forma de aprimoramento da necessária e justa composição do conflito deduzido em juízo”.

Theodoro Júnior¹⁴⁴ afirma que o princípio da cooperação já se encontrava implícito no sistema brasileiro, estando intimamente ligado ao devido processo legal, pois é dever das partes viabilizar a marcha processual para que haja a solução do litígio em tempo razoável. Em suas palavras,

O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação de um ato final.

Donizetti¹⁴⁵ explica que cabe ao juiz implementar na prática, alguns deveres processuais recíprocos, a exemplo do que transcreve a seguir:

- a) dever de esclarecimento: obrigação do magistrado de esclarecer com as partes quanto a determinadas dúvidas que tenha sobre alegações, posições ou pedidos realizados em juízo (“embargos de declaração às avessas”), dando conhecimento à outra parte sobre a diligência;
- b) dever de consulta: o juiz deve ouvir previamente as partes sobre as questões de fato ou de direito que influenciarão o julgamento da causa;
- c) dever de prevenção: cabe ao magistrado apontar as deficiências postulatórias das partes, para que possam ser supridas (ex.: emenda da inicial, indeferimento da inicial por escolha inadequada do procedimento somente quando for impossível adaptá-la);

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo n. 194, 2011, p. 62.

¹⁴³ Idem. p. 62.

¹⁴⁴ JUNIOR, Fredie Didier. Revista de Processo. 2006. p. 75

¹⁴⁵ DONIZETTI, Elpidio. Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. Disponível em < <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em 24/07/15

- d) dever de auxílio: obrigação do juiz de auxiliar a parte a superar eventual dificuldade que lhe tolha o exercício de seus ônus ou deveres processuais (ex.: distribuição dinâmica do ônus da prova – projeto do CPC, art. 358);
- e) dever de correção e urbanidade: deve o magistrado adotar conduta adequada, ética e respeitosa em sua atividade judicante.

O verdadeiro espírito do princípio da cooperação consiste na viabilização de uma atuação mais ativa das partes no decorrer da marcha processual, de modo a poderem efetivamente formar o convencimento do julgador e obter um pronunciamento jurisdicional de mérito que seja realmente justo.

Interpretação diversa descaracteriza a natural litigiosidade do processo, exigindo-se, absurda, imoral e ilegalmente, que um litigante sacrifique seus interesses em benefício de seu adversário. Na lição de Piero Calamandrei, citado por Neves¹⁴⁶:

O advogado que pretendesse exercer seu ministério com imparcialidade não só constituiria uma incômoda duplicata do juiz, mas seria deste o pior inimigo; porque, não preenchendo sua função de contrapor ao partidarismo do contraditor a reação equilibradora de um partidarismo em sentido inverso, favoreceria, acreditando ajudar a justiça, o triunfo da injustiça adversária.

A correta leitura do artigo 6º da nova lei processual civil de modo a permitir que os sujeitos da relação processual assumam uma postura mais pró ativa rumo ao deslinde do feito, com justo julgamento do mérito, o que é o real interesse de todos. Nas palavras de Neves¹⁴⁷, “interpretar o dispositivo legal como previsão que exige das partes uma cooperação entre si, outorgando-lhes um dever que contraria seus próprios interesses defendidos em juízo, é utopia e tornará o dispositivo morto”

À luz do Novo Código de Processo Civil, pautado nas diretrizes do Estado Democrático de Direito, a garantia do contraditório como forma de conferir igual oportunidade de manifestação aos litigantes no processo é substituído pela garantia de um processo justo, o qual vai além da técnica e da forma para atingir a efetividade do direito material, conforme preconiza a Constituição.

O efetivo alcance desse processo justo decorre precipuamente da cooperação dos sujeitos processuais, com vistas a viabilizar o desenrolar do atos processuais em tempo razoável e de forma paritária para que seja possível obter a pacificação do conflito mediante pronunciamento jurisdicional de mérito.

¹⁴⁶ CALAMANDREI, Piero *apud* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas. São Paulo: Método, 2015. P. 18-19.

¹⁴⁷ Idem. P. 18.

Lenio Streck¹⁴⁸, contudo, tece incisiva crítica à chamada cooperação processual que, em seu ponto de vista, não se amolda à Constituição e sua principiologia.

Para o jurista, a interpretação do artigo 6º do novo Código de Processo Civil conduz ao entendimento de que a obtenção de decisões justas, céleres e efetivas seria não apenas uma garantia constitucional, mas um dever imposto aos jurisdicionados, o que seria descabido, vez que o Estado estaria transferindo, ou repartindo com estes a obrigação que lhe é imposta com exclusividade. Em suas palavras:

É o legislador, de modo sutil, depositando sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional. Uma “katchanga processual”. Você quer uma decisão justa, efetiva e tempestiva? Então, caro utente, para o fim de consegui-la deverá cooperar com o juiz e sobretudo com a contraparte, e esperar igual cooperação de ambos.

E prossegue em sua fervorosa crítica:

Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da “natureza humana”. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria “direito”. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie. Desculpemos nossa franqueza.

Há indiscutível diferença entre a existente de comunhão de trabalho com vistas a viabilizar o diálogo entre os sujeitos do processo e a colocação destes em um mesmo patamar. As funções exercidas no processo pelo juiz e pelas partes jamais serão equivalentes. Não cabe ao magistrado levar conteúdo fático e probatório ao bojo dos autos. Do mesmo modo, o evidente antagonismo de interesses com relação ao objeto de

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? In: Revista de Processo, v. 213, 2012, p. 13.

direito material *sub judice* não permite uma atuação consensual dos litigantes neste tocante.

Mas não é disso que se trata. O princípio insculpido no art. 6º da nova lei processual civil traz ao ordenamento jurídico brasileiro a coparticipação como garantia de influência e não surpresa, garantindo aos litigantes o direito fundamental de participação na formação do provimento jurisdicional a que serão submetidos.

Trata-se de um equacionamento do agir estratégico dos conflitantes, guiados por seus interesses antagônicos, e das necessárias diretrizes exigidas para que haja uma racional articulação das pretensões jurídicas no âmbito formal.

3.1 A colaboração entre os sujeitos do processo como forma de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional

O artigo 6º¹⁴⁹ da Lei 13.105/15 introduz no novo ordenamento processual civil o princípio da colaboração. Por este princípio, no decorrer da marcha processual deve haver entre os sujeitos da relação uma colaboração mútua, tendo em vista o interesse comum dos envolvidos no processo de viabilizarem o atingimento do fim colimado de forma célere e efetiva.

É certo que os interesses de direito material dos litigantes são antagônicos e que a atuação do juiz no processo difere da participação das partes. Estas se sujeitarão aos efeitos da decisão. O magistrado, por sua vez, deve, no exercício de sua função, agir no sentido de permitir a participação igualitária dos litigantes, de modo que tenham igualdade de oportunidades de manifestação e produção de provas para demonstrar em juízo seus interesses.

Por força do princípio, deve abandonar sua tradicional postura de mero aplicador da técnica imposta pela lei para, juntamente com as partes, conduzir o processo de modo a viabilizar a efetiva prestação jurisdicional. Explica Marinoni¹⁵⁰ que:

¹⁴⁹ Lei 13.105/15, artigo Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁵⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, Vol. I: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 405.

O processo deixou de ser um instrumento voltado à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais.

Nesta mesma linha de pensamento, Fredie Didier Junior¹⁵¹ também assevera que:

O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação de um ato final.

Para que isto se faça possível, é necessário, pois, que partes, Estado-juiz e demais envolvidos no processo colaborem no sentido de agir com boa-fé processual, se abstendo de praticar atos fraudulentos e procrastinatórios, a fim de que o processo possa fluir com celeridade.

O processo não deve ser visto, portanto, como um conjunto de despachos e decisões que seguem metodicamente a mesma marcha há tempos fixada por lei. Uma nova visão do processo não mais se coaduna com este formato. A cooperação surge neste contexto como forma de conduzir os participantes do processo a um caminho permeado pela colaboração mútua na busca pelo fim almejado.

O princípio da colaboração já era preceito implícito no sistema jurídico brasileiro, alicerçado no devido processo legal que acaba por sugerir a interação entre os sujeitos da relação processual como forma de cooperar na sua solução do conflito.

Dado à sua importância cada vez mais sobressaliente no cenário de frustração da sociedade com o Poder Judiciário, o princípio da colaboração ganhou destaque no texto do novo Código de Processo Civil, estando positivado no supracitado artigo 6º.

Esta expressa previsão legal constitui um grande avanço na medida em que ressalta a importância do papel desempenhado pelo juiz e pelas partes na relação processual, bem como viabiliza a democratização do debate no curso do processo.

¹⁵¹ JUNIOR, Fredie Didier. Revista de Processo. 2006. p. 76.

A intervenção efetiva dos sujeitos processuais torna o processo menos burocrático, na medida em que reduz os obstáculos, tendo em vista que todos passam a atuar rumo a um mesmo destino, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional.

Os benefícios trazidos pela cooperação são amplos e notórios. A efetiva participação no processo assegura para as partes seu direito constitucional à ampla defesa. Por outro lado, a sociedade também é beneficiada pela efetiva e célere prestação jurisdicional, o que garante a almejada segurança jurídica e paz social.

3.2 A colaboração na formação do mérito e na fundamentação da decisão

A construção de um processo pautado no princípio da colaboração requer uma análise voltada à formação e estabilização do mérito da causa no decorrer do processo.

Pelo princípio da inércia a jurisdição somente pode ser exercida quando provocada, sendo defeso ao Estado instaurar processo não demandado.

Ao demandante, por sua vez, cabe a propositura da ação, com exposição de suas alegações de fato e consequente indicação dos fundamentos jurídicos que embasam seu pedido.

Ao demandado, por outro lado, cabe promover a contrariedade direta ao mérito, refutando os argumentos trazidos ao processo pelo autor, ou, ainda, produzir defesa indireta, arguindo fato que impede, modifica ou extingue o direito invocado pelo seu adversário.

Nas palavras de Mitidiero¹⁵²:

Nesse quadro, o processo civil ganha contornos cooperativos na medida em que para a ótima delimitação do objeto litigioso do processo todas as pessoas envolvidas no juízo podem oferecer a sua contribuição, constituindo um verdadeiro *actum trium personarum*.

Se por um lado cabe tão somente às partes a consolidação do mérito da causa, não possuindo neste tocante, qualquer poder de interferência o magistrado, cabe a este,

¹⁵² MITIDIERO, Daniel. Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valortivo. 2007. Tese de doutoramento, UFRS, Porto Alegre, 2007. P. 78.

por outro lado verificar a regularidade formal com que a lide foi deduzida em juízo, podendo a existência de vícios insanáveis culminar na extinção do processo sem resolução do mérito.

O indeferimento da petição inicial, com consequente extinção prematura do feito, só deve ocorrer no entanto, após oportunizada ao demandante a correção do vício detectado, mediante emenda da petição inicial, nos moldes previstos no artigo 284¹⁵³ do Código de Processo Civil vigente.

No processo colaborativo impõe-se ao Estado-juiz um dever de esclarecimento e prevenção com relação às partes que lhe impede de indeferir de plano a petição inicial sem oportunizar o debate.

A técnica processual conduzida sob o manto da colaboração requer o necessário diálogo entre os sujeitos do processo a fim de que a garantia fundamental ao contraditório e a ampla defesa permitam uma participação mais direta e efetiva na construção do provimento jurisdicional.

O processo nada mais é que um instrumento de realização dos fins do Estado Constitucional em sua função precípua de pacificador dos conflitos sociais. A solução do litígio, contudo, só se faz possível se o processo é conduzido sob o crivo do contraditório, vez que imprescindível o debate acerca do direito material invocado, com vistas a guiar a fundamentação da decisão judicial.

A garantia de um processo justo e de um pronunciamento judicial efetivo requer a inexistência de surpresa, compreendida como a oportunização de conhecimento e manifestação acerca dos atos processuais produzidos.

O debate judicial democratiza o processo e, consequentemente, favorece o interesse público de que seja proferida uma decisão judicial madura, apta a produzir os efeitos desejados pela sociedade. Mitidiero¹⁵⁴ ensina que:

Nosso Supremo Tribunal Federal, a propósito, já teve a oportunidade de observar na esteira da jurisprudência do Bundesverfassungsgericht, que o direito fundamental ao contraditório importa em direito das partes a ver os fundamentos arguidos em suas manifestações processuais considerados pela decisão jurisdicional, o que de seu turno exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. Na perspectiva do órgão

¹⁵³ Código de Processo Civil. Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

¹⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valortivo. 2007. Tese de doutoramento, UFRS, Porto Alegre, 2007

jurisdicional, esse direito corresponde ao dever de dar atenção aos arrazoados das partes, o que pressupõe deles tomar conhecimento, considerando-os séria e detidamente. Corresponde, em suma, ao dever de fundamentar suas decisões.

O dever de fundamentar as decisões judiciais tem sido entendido como a derradeira manifestação do contraditório no processo, vez que permite às partes verificar que suas intervenções foram consideradas e sopesadas pelo magistrado na formação do convencimento. Nas palavras de Mitidiero¹⁵⁵:

Há, pois, um nexu inarredável entre inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo.

A decisão judicial proferida sem que seja feita esta contraposição dos argumentos trazidos à baila pelos litigantes afronta a natureza colaborativa do novo processo civil na medida em que a fundamentação deve necessariamente considerar, seja para acolher ou para refutar, todos os fundamentos deduzidos pelas partes no processo.

Esta motivação deve ser feita não somente de modo a indicar no julgado o fundamento jurídico que conduziu à formação do convencimento em um determinado sentido. Nas palavras de Alvaro¹⁵⁶: “A completude da decisão tem de ser aferida em função das atividades da partes, das alegações por estas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas”.

A estruturação de um modelo processual civil pautado na colaboração requer o constante diálogo entre os envolvidos no processo a fim de que a decisão do caso possa levar em conta todas as manifestações e conteúdo probatório produzidos nos autos.

3.3 A conciliação e a mediação como instrumentos de colaboração no processo

¹⁵⁵ Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 62.

¹⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

A efetividade do acesso à justiça vem sendo comprometida, cada vez mais, em razão da crescente e excessiva judicialização dos conflitos de interesse. Diante deste cenário, a utilização de métodos equivalente, destinados à solução extrajudicial dos litígios vêm ganhando espaço no contexto jurídico e colocando em evidência sua utilidade e necessidade.

A utilização das técnicas de autocomposição de conflitos permitem a solução do litígio de forma mais rápida e menos drástica para uma das partes, eis que não se fala em imposição da lei à parte vencida, mas em um ajuste de vontades para harmonizar os interesses de ambos.

Outro indiscutível benefício diz respeito à redução de demandas, permitindo o desafogamento do Judiciário, que passa a atuar nos casos onde sua intervenção se fizer imprescindível, o que permite que a tutela jurisdicional seja prestada pelo Estado com maior efetividade.

As políticas públicas surgem como instrumentos necessários a garantir a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição Federal, viabilizando o exercício pleno da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Leciona Bucci¹⁵⁷ que a expressão política pública pode ser definida como

um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

No âmbito dos conflitos sociais, as políticas públicas usualmente se desenvolvem paralelamente à atuação do Poder Judiciário, com o intuito de prestar-lhe auxílio na pacificação dos litígios.

Dentre estas formas de composição extrajudicial destaca-se, nesta pesquisa, a mediação, que não se confunde com a conciliação, posto que, naquela, o conflito resulta de uma relação pré-existente entre os litigantes, diferentemente do que ocorre nesta última. Sales¹⁵⁸ demonstra a distinção entre os dois institutos explicando que:

Quando há um relacionamento entre as partes e uma preocupação em manter o vínculo existente entre elas, torna-se adequada a prática da

¹⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

¹⁵⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e Mediação de Conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 40.

mediação, enquanto para os conflitos existentes entre partes que não possuem um relacionamento ou esse é meramente circunstancial indicada será a conciliação.

No campo dos conflitos familiares a mediação constitui importante instrumento pois intenta justamente viabilizar a preservação do bem-estar geral na relação pré-existente, de modo a reestabelecer a comunicação entre os litigantes, substituindo a tradicional cultura do litígio pela cultura do diálogo.

A valorização do diálogo desmotiva o litígio e, conseqüentemente, desobstrui o Judiciário, dando efetividade ao princípio constitucional do acesso à justiça.

Segundo Rodrigues Junior¹⁵⁹,

Nesse procedimento, os conflitantes, que voluntariamente se propõe a participar, são os protagonistas do conflito, e nesse ambiente de mediação lhes é permitido expor suas vontades e problemas, ou seja, as partes recebem atenção, são ouvidas e têm sua opinião respeitada. Logo, os participantes sozinhos devem chegar a um acordo, que deve ser voluntário e mutuamente aceitável.

A mediação objetiva, pois, proporcionar a todos os envolvidos a criação de um espaço democrático no qual, com urbanidade, os conflitantes irão debater sobre seus pontos de vista, de modo a alcançar um denominador comum que seja justo e satisfatório para ambos. Para Farinha e Lavadinho¹⁶⁰

A desjudiciarização é expressão do generalizado movimento de democratização social que reconhece aos interessados capacidade e responsabilidade pela resolução das questões que lhes respeitam.

Em consequência, as partes que aderem ao uso da técnica da mediação como forma de composição de seus conflitos familiares serão beneficiados com um menor desgaste emocional, menor dispêndio financeiro e maior celeridade do que obteriam através da solução judicial da demanda. Farinha e Lavadinho¹⁶¹ ressaltam que:

Um processo de mediação familiar poderá decorrer antes, durante ou depois de um processo judicial, isto porque a mediação deverá ser autônoma face ao poder judicial, apenas se socorrendo dele para a

¹⁵⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça. p. 78

¹⁶⁰ FARINHA, Antônio H. L. e LAVADINHO, Conceição. Mediação familiar e responsabilidades parentais. cit., p. 35

¹⁶¹ Idem. P. 42.

“consolidação jurídica dos resultados obtidos por via da homologação judicial dos acordos celebrados pelos interessados.

Fachinni¹⁶², ao discorrer sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, que chama de ADR, abreviatura de *Alternative Dispute Resolution*, elucida que:

São de duas espécies os argumentos esgrimidos a favor do movimento das ADR, uma de natureza quantitativa, outra de natureza qualitativa. O argumento de natureza quantitativa é o mais invocado. Segundo ele, a ADR deveria ser incentivada porque é uma maneira mais eficiente de solução das disputas, de menor custo e muito mais rápida. O segundo argumento, ‘qualitativo’, parte de uma abordagem segundo a qual a ADR possibilita uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo e permite a elas um maior controle sobre o resultado do processo – afinal, são elas que definem esse resultado. Além disso, sustenta-se que a ADR oferece uma maior possibilidade de reconciliação entre as partes, garantindo uma melhor comunicação entre elas, aumentando assim a probabilidade de manutenção ou recuperação das relações interpessoais. Segundo esta visão, enquanto o processo judicial ordinário “olha para o passado” da relação litigiosa, a ADR “olha para o futuro”, ficando mais próxima da ideia de justiça coexistencial da qual se fala frequentemente.

O moderno direito processual civil deve conduzir a marcha processual de modo a viabilizar a composição de interesses de modo satisfatório à pretensão dos litigantes. Trazemos ainda entranhado em nossa essência a cultura do litígio, na qual as partes esperam obter do Judiciário uma declaração de vitória de um dos litigantes em detrimento do outro.

O que se busca com a implementação do novo Código de Processo Civil é a obtenção de uma prestação jurisdicional efetiva, uma resposta hábil a solucionar o impasse, o que não necessariamente precisa ocorrer no modo tudo ou nada.

A pacificação de um conflito de interesses pode ser feita de modo a demonstrar aos litigantes que a convivência em sociedade, o relacionar com o semelhante, demanda um constante cuidado, pois é do equilíbrio entre os direitos assegurados a cada um que resulta a paz.

A colaboração que ora é sugerida faz-se no sentido do agir com boa-fé, permitindo que o processo siga seu curso de modo a assegurar a explanação dos argumentos de cada um, sem interpelações desnecessárias e diligências protelatórias, de

¹⁶² FACCHINI NETO, Eugênio. ADR (Alternative dispute resolution) Meios alternativos de resolução de conflitos: solução ou problema? In *Direitos Fundamentais e Justiça* - Ano 5, Nº 17, out/dez 2011.

modo a viabilizar uma resposta do Judiciário que seja capaz de satisfazer os fins colimados.

A colaboração dos sujeitos processuais deve ser entendida como forma de garantia de efetividade da prestação jurisdicional, com consequente consolidação dos direitos pleiteados.

CONCLUSÃO

A consolidação da democracia pós-constitucionalismo de 1988 tem promovido nos últimos anos o aprofundamento das complexidades da sociedade brasileira, levando a um aumento da demanda pela defesa dos direitos dos cidadãos.

É perceptível o aumento paulatino de processos nos Tribunais pátrios, impondo-se a modernização dos mecanismos de solução dos conflitos, em especial o processo.

A revisão do modelo processual não pode se afastar do modo como esse foi pensado, razão pela qual faz-se necessária a análise sobre a racionalidade, bem como do papel exercido pelos sujeitos no processo e ainda, a finalidade da relação processual.

Se antes bastava o formal argumento segundo o qual o processo tem a função primal de pacificação social, hoje tal argumento subsiste apenas se demonstrada a sua materialização na vida dos indivíduos.

O presente trabalho buscou demonstrar que a racionalidade geradora do Positivismo, que foi a base sob a qual se assentou o Código Buzaid, de 1973, esteve ligada a uma noção de volição moral, estribada em uma categorização idealista-formalista, que ao tomar o sujeito a partir do universalismo, engessa-o no “bem dirigir-se”, prefixando e dirigindo o conteúdo dessa vontade. É de tal modo fixada essa “vontade” que os próprios mecanismos utilizados pelo sujeito no conhecimento do mundo, tornam-se mais importantes do que as finalidades desse conhecimento.

Os estudos da Escola de Frankfurt, no trabalho elencados, demonstram uma mistificação acerca da racionalidade que, no capitalismo avançado, acaba cumprindo um intento de dominação, e não de emancipação, como já propugnavam os Iluministas no século XVIII.

É essa racionalidade dirigida a dominação e mistificada que permite ao Positivismo a feitura de leis desconsiderando suas reverberações sociais efetivas, como se o ordenamento jurídico fosse algo aplicado as relações sociais, sem qualquer preocupação com os sujeitos que a compõem.

Na atualidade, tal perspectiva formalista não é defensável nem em relação aos direitos materiais, tampouco no que tange aos mecanismos processuais. O processo não pode resultar apenas na solução de caso, devendo assegurar a melhor solução para a composição do conflito de interesses.

É por este motivo que a teorização de Habermas é tão necessária ao Direito e à revisão do processo. Ao demonstrar que a racionalidade comunicativa e o agir comunicativo são os mecanismos de produção de uma sociedade, verdadeiramente democrática e baseada no consenso, o autor deixa claro que todos os sujeitos envolvidos devem ser considerados em suas manifestações.

A perspectiva de Habermas permite afastar a triangulação que considera autor, réu e Estado-juiz com funções pré-determinadas, ligados a uma lei processual inflexível. Enquanto que sob a égide da codificação atual as partes se socorrem ao Estado-juiz, tendo neste o único capaz de “dizer-lhes” o Direito, entregando-lhes a consequente solução, na novel legislação, a ideia é que as partes recorram ao Estado-juiz em busca de um diálogo construtivo e democrático, com base em argumentos racionais, convergentes à pacificação do conflito de interesses.

Assim, o novo Código de Processo Civil, prestes a entrar em vigor, desponta no cenário atual do ordenamento jurídico brasileiro como forma de corroborar a visão contemporânea do Direito Processual, segundo a qual este não pode mais ser compreendido como mera técnica ou conjunto de formalidades a serem necessariamente cumpridas para a obtenção do direito material.

A nova visão do Direito Processual Civil o encara sob a perspectiva dos direitos fundamentais, face ao entendimento de que ele constitui instrumento indispensável à concretização dos valores constitucionais, com consequente efetivação da justiça e da almejada paz social.

Nesta nova concepção a lei processual encontra-se intimamente ligada à prestação jurisdicional e, consequentemente, à proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal, pois não se trata apenas de sua subsunção aos ditames constitucionais, mas de verdadeiro emprego destes no exercício da atuação jurisdicional.

O rigoroso formalismo na aplicação das normas, a preocupação excessiva com a técnica não se revelaram nos últimos tempos o meio mais adequado à efetiva entrega da prestação jurisdicional, tendo em vista que o processo não pode ser conduzido com a precisão das equações matemáticas pois as situações variam conforme a realidade fática de cada caso.

O processo tem por escopo a realização da jurisdição, mediante efetiva entrega da prestação jurisdicional, com consequente pacificação do conflito social. Disto denota-se que sua função não é meramente auxiliar. Partindo-se da premissa de que o

Estado é o responsável pela paz social, conclui-se que, molestada esta, cabe-lhe assegurar aos indivíduos o meio hábil para eliminar os litígios, restaurando efetivamente o *status quo*.

Este instrumento hábil à pacificação dos conflitos, que é o processo, não pode ser engessado em concepções imutáveis. Acima do respeito à forma está a finalidade a ser alcançada. A marcha processual deve ser voltada à garantia de paridade entre os litigantes, de igual oportunidade de exposição de suas manifestações e produção das respectivas provas. Somente com observância das garantias e princípios assegurados pela Constituição Federal será possível uma entrega efetiva da prestação jurisdicional.

Considerando-se que o Processo Civil é uma ferramenta destinada à satisfação adequada dos direitos assegurados aos indivíduos e que o procedimento, nesta senda, constitui mera formalidade técnica destinada a colaborar com a prestação do serviço jurisdicional, não pode este se afastar, logicamente, dos direitos a que deva proteger.

Do mesmo modo, não lhe é permitido se distanciar das necessidades sociais da contemporaneidade, sob pena de cair na inutilidade no que tange à sua precípua função de realizar as finalidades estatais.

O direito processual contemporâneo tempestivamente vislumbrou que a mera garantia de titularidade de direitos não é suficiente para que o indivíduo receba do Estado o amparo que lhe é constitucionalmente assegurado, sendo imprescindível o fornecimento de meios eficazes que garantam sua satisfação.

O fim colimado pelos litigantes é, pois, a entrega da prestação jurisdicional em eficiente solução ao conflito de interesses apresentado e, embora o interesse dos litigantes seja em sua essência antagônico, o fato é que ambos caminham para o mesmo destino, qual seja, o pronunciamento judicial final. E para lá também caminha o Estado-juiz, rumo ao cumprimento de sua função.

É neste sentido que o princípio da colaboração traz relevante contribuição para o ordenamento jurídico e para o processo em especial, pois, cumpre o papel de dar voz efetiva às partes, permitindo o aprofundamento dialógico, antes centralizado na síntese decisória do Estado-juiz.

Daí vislumbra-se que a cooperação entre os sujeitos processuais é realmente medida que se impõe como forma de viabilizar o tranquilo e adequado desenrolar da marcha processual rumo ao pronunciamento de mérito, donde se obterá a almejada entrega da prestação jurisdicional.

REFERENCIAS

ADORNO, Theodor W, HORKHEIMER, Max. *A dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Tania; BRAGA NETO, Adolfo. *Uma Lei de Mediação para o Brasil*. Dezembro de 2002. Disponível em <http://www.mediare.com.br/artigos/lei_mediacao.htm>. Acesso em 30/07/2015.

ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no processo civil*. São Paulo: Rideel, 2005.

ANNONI, Danielle. *O acesso à justiça em um prazo razoável*. In: _____. *O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável*. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis, dez. 2006. cap. 4, p. 179-239. Disponível em: <<http://tede.ufsc.br/teses/PDPC0796.pdf>>. Acesso em: 10/01/2016.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

ARAÚJO, L.B.L. *Habermas e a ética do discurso*. Disponível em <http://www.pgfil.uerj.br/pdf/publicações/araujo/Habermas_etica_discurso.pdf> Acesso em 17/01/2016.

_____. *Moral, Direito e Política: sobre a Teoria do Discurso de Habermas*. Disponível em <<http://www.pgfil.uerj.br/pdf/publicações/araujo/TeoriaDiscursoHabermas.pdf>> Acesso em 17/01/2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5 ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Legitimidade do ordenamento jurídico: entre Kelsen e Habermas*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/22283/legitimidade-do-ordenamento-juridico-entre-kelsen-e-habermas>> Acesso em 12/01/2006.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva. p. 141.

_____. *Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional*. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 3. ed. Salvador: JusPodvm, 2010.

_____ e BARCELLOS Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Poderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Malheiros: 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENTO, Itamar Borges. *Transformação da Teoria Crítica: A Conversão de Habermas ao Paradigma Discursivo*. Uberlândia: Edufu, 2010.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *Comparação de Regulamentos*. In: André Gomma de Azevedo. (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. 1ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, v. 1, p. 301-367.

_____. *"Crise de Autocompreensão do Direito" e Ausência de Fundamento Epistemológico-Jurídico Seguro: Reflexos nos Métodos Alternativos de Resolução de Controvérsias*. In: André Gomma de Azevedo. (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. 1ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, v. 1, p. 201-24.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro*. São Paulo: Ícone, 2011.

_____. *Os Seis Livros da República. Livro Segundo*. São Paulo: Ícone, 2011.

_____. *Os Seis Livros da República . Livro Terceiro*. São Paulo: Ícone, 2011.

_____. *Os Seis Livros da República . Livro Quarto*. São Paulo: Ícone, 2012.

_____. *Os Seis Livros da República . Livro Quinto*. São Paulo: Ícone, 2012.

_____. *Os Seis Livros da República . Livro Sexto*. São Paulo: Ícone, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial, uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Disponível em <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 29/03/2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05/01/2016.

BRASIL. BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 29/03/2015.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. In: *Processo Civil: Novas Tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CASTALDI SAMPAIO, Lia Regina; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é Mediação de conflitos?* São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHAPANI, Daisi Teresinha e CARVALHO, Lizete Maria de. *Práxis Educacional* Vitória da Conquista v. 6, n. 9 p. 187-208 jul./dez. 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL COMPARADOS. São Paulo: Saraiva, 2015.

COOLEY, John W. *A Advocacia na Mediação*. Trad. René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DIDIER JUNIOR., Fredie – *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015.

_____. *Princípios Processuais*. In Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. *Razões para um novo CPC. Confiteor*. Disponível em <http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/>. Acesso em 29/03/2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 6ª ed., 1998.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva.

DONIZETTI, Elpídio. *Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC*. Disponível em <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em 24/07/15.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARINHA, Antônio H. L. e LAVADINHO, Conceição. *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 1997.

FILHO, Ney de Barros Bello. *Sistema Constitucional Aberto: Teoria do Conhecimento e da Interpretação do Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz.

HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes.

_____. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. *The theory of communicative action*. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston, Beacon Press.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da Razão*. Rio de Janeiro: Labor do Brasil, 1976.

_____. *Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In. Textos Escolhidos /* Max Horkheimer, Theodor Adorno; São Paulo: Nova Cultural – 1989.

JUNIOR, Antonio Pereira Gaio e CAMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC: reflexões e perspectivas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

JUNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização.* 2ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KANT, Emmanuel, Max. *Crítica da Razão Prática.* São Paulo: Brasil Editora, 1959. p. 60/61.

KELSEN, Hans. *O problema da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição.* Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

_____. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.* Belo Horizonte: Mandamento, 2002.

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé.* Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LESSA, Ana Carolina. *Duração razoável do processo?*

Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199312,61044-duracao+razoavel+do+processo>. Acesso em 10/01/2016.

LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Org.: Igor César F. A. Gomes. Publicação: Editora Vozes. Distribuição: Clube do Livro Liberal

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição, uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luís Guilherme. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Curso de Processo Civil, Vol. I: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

MARINONI, Luís Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de Perigo no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: Sistemas e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MESQUITA, Rogério Garcia. PERSPECTIVA, Erechim. v.36, n.134, p.41-52, junho/2012.

MIRANDA, Igor Costa de. *O projeto de Código de Processo Civil e os princípios jurídicos*. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/35152/o-projeto-de-codigo-de-processo-civil-e-os-principios-juridicos>>. Acesso em 23/07/15.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Bases para a construção de um processo civil ccooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valortivo*. 2007. Tese de doutoramento, UFRS, Porto Alegre, 2007.

_____. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo, n. 194, 2011.

MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação: Estratégias para a Resolução de Conflitos*. Trad. Magda França Lopes. 2 ed. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

MORAIS, José Luis; MARION SPENLGER, Fabiana. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos*. In Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 4, nº 8, 1º semestre/2000.

MURICY, Marília. *Racionalidade do direito, justiça e interpretação*. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas*. São Paulo: Método, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PINHO, Daniella Ribeiro de. *A normatividade dos Princípios*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/19800/a-normatividade-dos-principios>>. Acesso em 19/07/2015.

PIRES, Amom Albernaz. *Mediação e Conciliação: Breves Reflexões para uma Conceituação Adequada*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 1 Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. - 2ª edição - São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos. Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Modelos de decisão judicial, direitos humanos e acesso à justiça*. Disponível em <www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt3/gt03p09.pdf>. Acesso em 21/07/2015.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? In: *Revista de Processo*, v. 213, 2012.

TELLES JR., Goffredo. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: USP, 1972.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

_____. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014*

TORRES AYRES, Jasson. *O Acesso à Justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/6824/o-papel-dos-principios-no-ordenamento-juridico/1> Acesso em 18/07/2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. V. 1. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição. Campinas: Bookseller. 2000.

ZARIF, Cláudio Cintra. *Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.