

AMPLITUDE DO DEVER DE COLABORAÇÃO PROCESSUAL

EXTENT OF THE DUTY OF PROCEDURAL COLLABORATION

Guilherme Kronenberg Hartmann *

RESUMO

O estudo pretende demonstrar a relevância de uma atuação colaborativa dos sujeitos do processo para o resultado justo e tempestivo da prestação jurisdicional. Para tanto, em configuração dos pressupostos lógicos da colaboração processual, merece análise a invasão dos valores éticos e a releitura do princípio do contraditório. São mensurados os deveres das partes, e de seus procuradores, notadamente potencializados pela parcialidade envolta e pela relação profissional desenvolvida: lealdade, veracidade e operosidade. De outro modo, é vista a pertinência no ideal cooperativo de um juiz ativo e diligente, bem como os deveres extras daí decorrentes: esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta. Dá-se a contextualização do problema através do exame de situações específicas. Ademais, faz-se a verificação dos ditames normativos e o formato disponível para permitir e estimular a participação processual dos jurisdicionados, com abordagem sobre o projeto em tramitação para modificar a legislação processual codificada. O desfecho do trabalho desenvolvido busca ratificar que a estruturação processual adequada ao Estado Constitucional deve partir da amplitude do dever de colaboração.

PALAVRAS-CHAVE

PROCESSO COLABORATIVO; DEVERES ÉTICOS; PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO; PERSPECTIVAS ATUAIS.

ABSTRACT

The study aims to demonstrate the relevance of the collaborative work in the procedural actions and their contribution to improve adjudication results. To do so, in setting the assumptions logical of the collaboration procedural analysis deserves the invasion of ethical values and rereading of the fair hearing principle. Are measured the duties of the parties and their attorneys, especially surrounded by the partiality and potentiated by the professional relationship developed: loyalty, truthfulness and diligence. The relevance of a judge active and diligent in the cooperative ideal, and the resulting extra duties: enlightenment, prevention, assistance and consultation. Give up the context of the problem by examining specific situations. Moreover, it will analyze the regulatory legislation and format available to enable and encourage the participation of litigant, with approach of the project in progress to modify the procedural law codified. The outcome of the work seeks ratify that procedural structure appropriate to the Federal Constitution should start from the duty to cooperate.

* Mestre em Direito Processual pela UERJ. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela EMERJ/UNESA. Professor da EMERJ, da AMPERJ, da ESA, da UNESA (graduação e pós-graduação), da UCAM (pós-graduação), dentre outros cursos jurídicos.

KEYWORDS

COLLABORATIVE PROCESS; ETHICAL DUTIES; FAIR HEARING PRINCIPLE; CURRENT PERSPECTIVES.

INTRODUÇÃO

É cediço que vários fatores endêmicos atuam para um resultado processual indesejável, necessitando por isso mesmo de ajustes. Questiona-se, nesse giro, de forma preferencial, a existência de leis processuais defasadas das atuais necessidades da sociedade, exacerbadamente formalistas; bem como o desaparecimento ou falta de estrutura judiciária, carente de funcionários e magistrados, com o devido recrutamento e treinamento. De forma não infensa, apresentam-se outros fatores marginais, mais específicos, como o excesso de meios recursais, além do disseminado desprestígio das decisões proferidas pelo juiz de primeira instância, o que estimula impugnações.

No cotidiano das atividades processuais, uma linha, porém, merece maior desenvolvimento e conseqüente transposição: o atuar desvirtuoso dos principais atores processuais, em contribuição negativa ao sucesso da empreitada jurisdicional, causando-lhe patológico retardamento. Penetrar em tal celeuma é o objetivo central deste trabalho.

De fato, a postura processual tem saliente papel na ambição de entrega de uma tutela jurisdicional justa, além de tempestiva (art. 5, inciso LXXVIII, CF c/c art. 8, Convenção Americana sobre Direitos Humanos)¹. Terminantemente, de maneira nenhuma se poderá prescindir da escorreita utilização do processo pelos agentes e cooperadores da justiça, sob pena de inteligível fracasso dos fins sociais e políticos que o informam, num “absoluto contra-senso” operacional (CARNEIRO, 2007, p. 72).

Como sustentação teórica, vem a propósito observar o grau de comprometimento das partes – e, logo em seguida, de seus procuradores –, segundo os ditames normativos e éticos, com o resultado a ser alcançado no processo, tomando em consideração, inclusive, a pretensão incessante de lealdade, veracidade e produtividade, nos mais diversos tipos de procedimento. Em análise: o grau de liberdade dos sujeitos do processo (art. 5, *caput*, CF),

¹ Observe-se que a garantia de acesso à justiça (art. 5, inciso XXXV, CF) não se esgota com a mera obtenção de provimentos judiciais descomprometidos com a real capacidade de produzir efeitos no mundo empírico; assim, a norma programática de razoável duração do processo engloba, também, a atividade satisfativa.

além das limitações impostas ao exercício de suas situações jurídicas subjetivas, em observância do devido processo legal (art. 5, inciso LIV, CF).

Ao julgador também se voltam às atenções, claramente com menor intensidade ética defronte ao seu desinteresse prático com a sorte dos litigantes, uma vez eqüidistante e imparcial. No entanto, resta exigida uma postura ativa dos magistrados, na condução e controle do processo, para reprimir condutas ilícitas ou impróprias, bem como para estimular a participação dos jurisdicionados, numa releitura de seus poderes (*rectius*: deveres).

Nesse último desígnio, indispensável se torna considerar a renovação do princípio do contraditório (art. 5, inciso LV, CF), a pautar a comunicação e a cidadania entre os sujeitos do processo, diante do ceticismo sobre a legitimidade de uma decisão jurisdicional que não tenha sido fielmente influenciada pela participação das partes ².

Como se avulta, o trabalho intercede na direção de um necessário comportamento cooperativo entre os sujeitos processuais, encarnado pela moralidade e diálogo, das partes e seus advogados, além e para com o julgador, como forma de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, humanizando-a ³.

A proposição tem suporte na estipulação da Constituição como centro gravitacional do sistema jurídico, ao infundir a necessidade de adequação do formalismo processual aos fins buscados pelo Estado através do processo – o que, aliás, é buscado pelo recente projeto de lei que visa alterar a legislação processual codificada ⁴, conforme inúmeras passagens inseridas neste trabalho.

O ideal de cooperação processual reflete, então, um novo influxo sobre a relação desenvolvida entre o Estado e os litigantes, a partir do intuito magno de construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3, inciso I, CF). Adicionalmente, são-lhes atribuídas outras tarefas e responsabilidades para favorecer a formação de um juízo mais aberto e ponderado, porquanto interessa ao próprio método processual perseguir um produto justo.

Tudo dito perpassa pelo abandono da concepção privatista do direito processual, na afirmação de que a justa resolução das lides interessa a toda a coletividade, e não somente aos litigantes que nele discutem sua relação jurídica ⁵. De fato, o processo não tem o objetivo

² “[...] o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. (OLIVEIRA, 2005, p. 14/15).

³ “Consiste a humanização do processo na valorização do homem que nele comparece e supõe a atuação de valores éticos no sistema processual, ordenados à finalidade”. (SOUZA, 1987, p. 28).

⁴ Projeto de lei nº 8.046 de 22/12/2010, na elaboração do novo Código de Processo Civil, revogando-se a lei nº 5.869/1973, em tramitação na Câmara dos Deputados, após aprovação no Senado Federal.

⁵ No quadro publicista do método processual, por exemplo, resta fora de moda a figura do “juiz espectador”, para quem o resultado do processo está relacionado unicamente ao desempenho da parte e de seu procurador (BEDAQUE, 2011, p. 10/11).

único de eliminar os conflitos que agasalha, como se a atuação concreta da vontade da lei (escopo jurídico) encerrasse sua missão constitucional; muito mais dele se espera, seja na afirmação do poder jurisdicional (escopo político), ou, sobretudo, na pacificação e educação da sociedade (escopo social)

Diga-se que um processo dialético e responsável torna harmônica a desenvoltura processual, por influência, inclusive, da economia processual, pois tolhidas as indevidas dilações sobre temas não esclarecidos ou não corrigidos no momento limiar do processo ⁶. Ademais, faz demonstrar a íntima relação do direito processual com o direito material, na busca de realização deste último.

1. Atuação colaborativa das partes

No que concerne às partes, o dever de colaboração está fundado no dever positivo de litigância de boa-fé. “Se todos têm o dever de cooperar, é porque todos têm o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé” (DIDIER, 2010, p. 94).

Se não há como especificar de modo preciso esta conceituação jurídica, entretanto é possível realizar aproximações teóricas a partir dos deveres éticos de lealdade e veracidade, e no dever fecundo de operosidade, a que se sujeitam os litigantes, cujas noções colaborativas se infiltram espontaneamente.

Tais compromissos constituem marcos solidários que excepcionam à plena liberdade de atuação das partes, estatuídos para adequar condutas à dignidade do instrumento, a despeito da vivenciada extremidade de interesses em juízo.

“[...] a solidariedade tem conteúdo único, pois, ela existirá mesmo entre os adversários, entre as partes e seus respectivos advogados, que, apesar de estarem em campos diversos, observarão o dever de lealdade e, portanto, o de veracidade, enfim as regras do jogo, sem que isto possa comprometer a defesa reta dos interesses dos seus clientes”. (CARNEIRO, 2001, p. 352).

Vale o alerta de que o processo colaborativo não prega um comportamento absolutamente altruísta dos litigantes adversários no desenrolar do feito. Cada qual é sujeito processual parcial e interessado na tutela jurisdicional, cujo desfecho positivo está associado à capacidade de exploração dos elementos e argumentos que lhes são favoráveis.

⁶ “A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade”. (DIDIER JR., 2007a, p. 56).

O nada crível comportamento contributivo do litigante para sua própria destruição – sem negar a possibilidade de disposição de direitos no processo, havendo tal interesse (por todos: art. 269, incisos II e V, CPC) –, é suplantado pela edição de normas jurídicas que despertem a colaboração dos sujeitos do processo.

Em linha de orientação para o processo/fase de conhecimento, as partes devem concorrer para que a tutela jurisdicional toque, o mais possível ⁷, na realidade, identificando cabalmente as questões de fato e de direito.

É prefacial exigir das partes que exponham os fatos de forma clara sem ardis com propósito de engano. “La demanda y su contestación deben exponerse en forma clara, en capítulos y puntos numerados, a fin de que el relato de los hechos no constituya una emboscada para el adversario” (COUTURE, 2005, p. 157). Tal postura constitui um dever de colaboração com o juízo (art. 339, CPC) ⁸, afinal a verdade processual sempre se resolve num juízo de verossimilhança do julgador.

Fora da questão fática, a ordem jurídica chega a estimar também a cooperação dos litigantes para que o magistrado elabore sua conclusão sobre o direito – reconhecendo, em certo aspecto, a incompletude e falibilidade de conhecimento do julgador, comum a qualquer ser humano. Outra conclusão não poderia ser extraída das disposições legais que invocam o autor a indicar os fatos e “fundamentos jurídicos” que escoram a sua pretensão (art. 282, inciso III, CPC); e o réu a alegar na contestação toda matéria defensiva, de fato e “de direito” (art. 300, CPC). Mais ainda, permite-se que a parte revel intervenha no feito e tente persuadir o magistrado quanto às questões de direito (art. 322, parágrafo único, CPC).

Portanto, nem mesmo o aforismo *iura novit curia* ⁹ exclui a contribuição das partes, interessadas finalmente no êxito na causa, mas também na fixação do conteúdo e alcance da norma jurídica (OLIVEIRA, 2005, p. 19/20). No ideal cooperativo, aliás, deverá o julgador necessariamente, dentro do seu dever de consulta, ouvir previamente as partes, como condição de validade de sua decisão.

“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

⁷ Esclareça-se que a técnica processual, atenta ao equilíbrio entre as exigências conflitantes de certeza e efetividade, num intuito de eliminação ponderada de litígios, abranda a obsessão pelo atendimento do direito material (DINAMARCO, 2008, p. 292). É o que ocorre no emprego, exemplificativamente, do sistema de preclusões, que simbolizam uma fonte de riscos quanto à fidelidade do resultado do processo, diante da não-efetivação do contraditório.

⁸ Projeto do novo CPC: “Art. 364. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

⁹ A referida máxima preconiza que o juiz conhece a norma jurídica, cabendo-lhe aplicá-la por sua própria autoridade. Os eventuais defeitos nas alegações de direito realizadas pelas partes podem ser supridos pelo julgador, através da atividade de subsunção da(s) norma(s) jurídica(s) abstrata(s) à situação de fato.

oferecer a sua contribuição, constituindo um verdadeiro *actum trium personarum*”. (MITIDIERO, 2009, p. 108).

Por sua vez, o dever de colaboração das partes também encontra expressão na atuação da sanção para efetivar um direito reconhecido. Considerando que o processo/fase de execução abriga um conflito de satisfação, pois o direito já está reconhecido no título – atestado de existência do direito –, o executado passa a ter o dever de facilitar o processamento da atividade executiva para a segurança material do feito, indicando seus bens existentes à penhora, havendo determinação do juiz (arts. 652, parágrafo 3º; 656, parágrafo 1º; e 600, inciso IV; CPC) ¹⁰.

Ainda, ao argüir excesso de execução como matéria defensiva, o executado deverá declinar o valor que entende devido, dito incontroverso, acompanhado dos devidos cálculos, sob pena de rejeição liminar da impugnação (art. 475-L, parágrafo 2º, CPC) ou dos embargos à execução (art. 739-A, parágrafo 5º, CPC), conforme o caso, sem abertura de prazo para emenda ou retificação. Reforça-se a ética processual, preconizando a filosofia de cumprimento espontâneo das obrigações, sem manobras defensivas que afetem o desfecho tempestivo da demanda.

“[...] inexistente fundamento ou princípio (moral, ético ou jurídico) que justifique o não cumprimento de obrigações não controvertidas, enquanto tramita a ação judicial. [...] o processo não pode servir ao abuso de direito. Evidentemente, quanto mais demorar o processo, mais ele será usado por aquele que pode extrair disso vantagens econômicas, ainda que não tenha direito”. (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 207).

Esta exposição sumária já demonstra a nítida consolidação do dever de colaboração no nosso ordenamento jurídico. A *ratio* é seguida pelo projeto do novo CPC, chegando a encabeçar o primeiro capítulo ligado ao processo de execução (Capítulo I, dentro do Título I, do Livro III), sempre no intuito de intensificar a responsabilidade das partes ¹¹, em respaldo da endemia ocasionada pelo seu desmedido intento maléfico e procrastinatório, ou mesmo negligente ¹² – enfim, não cooperativo – aos fins do processo.

¹⁰ A aspiração encontra eco na legislação lusitana: “Art. 837-A, Código de Processo Civil Português. (Averiguação oficiosa e dever de cooperação do executado). 1. Sempre que o exequente justificadamente alegue séria dificuldade na identificação ou localização de bens penhoráveis do executado, incumbe ao juiz determinar a realização das diligências adequadas. 2. Pode ainda o juiz determinar que o executado preste ao tribunal as informações que se mostrem necessárias à realização da penhora, sob cominação de ser considerado litigante de má-fé”. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf>>. Acesso em: 12 abril 2011.

¹¹ Projeto do novo CPC: “Art. 733. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: [...] V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, **não exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus**”. (grifo nosso).

¹² Projeto do novo CPC: “Art. 785. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz com a identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade. [...] Parágrafo 2º. Formalizada penhora sobre bens

1.1. Dever de lealdade

A intolerância com um agir desleal se dá, por óbvio, pela contribuição contrária aos fins do processo. Já se alertou que pelo menos um dos litigantes intenta tomar em mau sentido as prescrições legais, mormente para manter lento o passo do processo (MOREIRA, 2004a, p. 33), ou obstaculizar o alcance da verdade processual, beneficiando-se, por isso mesmo, de forma imoral ou ilícita. Resta acentuado, mais uma vez, o problema da demora patológica do instrumento decorrente da má-fé processual.

“Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un'arma formidabile nelle mani del piú forte per dettare all'avversario le condizioni della resa”. (TROCKER, 1974, p. 276/277).

A compreensão dos objetivos diretos e indiretos dos sujeitos parciais, e suas táticas para atingi-los, no duelo do contraditório, justificam a preocupação com um agir processual honesto. De forma a garantir a dignidade do instrumento e em consonância com o escopo magno de pacificação social, a partir de critérios justos, são impostos limites de atuação – relacionados à preservação de outras garantias processuais, mormente a igualdade –, que merecem contínuo respeito pelas partes, por mais acirrado que estejam os ânimos da lide.

Justamente por isso a norma jurídica dita deveres éticos genéricos a informar o processo (art. 14, inciso II, CPC, sobretudo) ¹³, o que aglomera qualquer tipo de procedimento, independente de expressa disposição legal. É a garantia ao indivíduo de que existe um instrumento idôneo para dar-lhe razão quando a tenha e não lhe negar justiça quando a mesma lhe falte.

A exigência de boa-fé tem atuação, também, em sentido negativo, como cláusula impeditiva do dolo e da torpeza no processo, de forma a penalizar os infratores intencionais do dever de lealdade. São previstas condutas sujeitas à sanção, de modo não exaustivo, pela ocorrência da litigância de má-fé, como ocorre na provocação de incidentes manifestamente infundados (art. 17, inciso VI, CPC) e na apresentação protelatória de defesa (art. 739, inciso

suficientes para cobrir o valor da dívida, **o exequente providenciará** o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados, no prazo de dez dias”. (grifo nosso).

¹³ Há unísono sentido na legislação italiana: “Art. 88. Codice di Procedura Civile Italiano. (Dovere di lealta' e di probita'). Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealta' e probita'. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi”. Disponível em: < <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33726> >. Acesso em: 5 maio 2011.

III, CPC c/c art. 746, parágrafo 3º, CPC) ou de recursos (art. 538, parágrafo único, CPC c/c art. 557, parágrafo 2º, CPC).

Nesta mesma tonalidade de repreensão a atos antiéticos, servem as disposições quanto à fraude de execução (art. 593, CPC c/c art. 600, inciso I, CPC), para tornar ineficaz determinada alienação fraudulenta, que vise excluir bens do devedor da responsabilidade patrimonial; além da imputação de responsabilidade por perdas e danos ao réu que nomeie à autoria pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada (art. 69, inciso II, CPC).

Vale registrar que é sistematicamente defeso o atuar processual malevolente, que possa embaraçar o desenvolvimento do feito. Em algumas situações, até mesmo outras garantias processuais deverão ceder para coibir a deslealdade. Assim é que quando verificada a suspeita de ocultação do demandado, já anteviu o legislador a possibilidade de citação ficta, por mandado com hora certa (art. 227, CPC), mitigando de tal sorte a ampla defesa e o contraditório (art. 5, inciso LV, CF).

“[...] Nas citações fictas (com hora certa ou por edital) não há a certeza de que o réu tenha, de fato, tomado ciência de que está sendo chamado a juízo para defender-se. Trata-se de uma presunção legal, criada para compatibilizar a obrigatoriedade do ato citatório, enquanto garantia do contraditório e da ampla defesa, com a efetividade da tutela jurisdicional, que ficaria prejudicada se, frustrada a citação real, o processo fosse paralisado *sine die*. [...]”¹⁴

De todo o modo, a lealdade processual encerra um atuar cooperativo, sendo um de seus pressupostos lógicos. É inconcebível pensar na colaboração de um sujeito que tenha conduta longe da ética.

1.2. Dever de veracidade

Mais adiante, numa diversa faceta elementar da lealdade, pode ser enquadrado o dever de veracidade (art. 14, inciso I, CPC), na exigência de não alegação pela parte de direitos que sabe inexistentes, e, simultaneamente, na não negação de direitos que sabe verdadeiros. Dificilmente poderá se qualificar como de boa-fé um ato processual quando fundamentado na mentira.

A deturpação da verdade pode servir como apaziguador social, sendo entendida até mesmo como um mal necessário para permitir a convivência humana, mas, no processo, por corromper a atuação do Estado, afetando a própria dignidade da justiça, não poderá ser

¹⁴ BRASIL. STJ. REsp 1.009.293/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 22/04/2010.

tolerada pelo julgador – seu principal destinatário –, que deve controlá-la (art. 125, inciso III, CPC).

“[...] toda mentira processual está voltada para o juiz, a quem a parte pretende enganar, mentindo dolosa ou culposamente; e que, assim procedendo, acaba por prejudicar o adversário e ofender a Justiça”. (SOUZA, 1987, p. 52).

É indubitável que a análise de fatos alegadamente verdadeiros, e seu enrijecimento através da atividade probatória, enobrecerão a justeza da decisão, na aguçada formação da convicção do magistrado (art. 131, CPC)¹⁵. Vale asseverar que “se um juiz decidiu mal por ignorância, não age injustamente com respeito à justiça no sentido legal, e sua decisão não é injusta neste sentido, mas em outro sentido é efetivamente injusta” (ARISTÓTELES, 2001, p. 123). A reconstrução da verdade no processo constitui, assim, uma forma de regular a legitimidade do papel desempenhado pelo magistrado, na aplicação da norma jurídica, o que somente se revela possível após a adequada audiência bilateral das partes.

“O raciocínio retórico-dialético erigiu o contraditório como base da apuração da verdade, pois, por intermédio dele, o juiz adquire um saber que nenhuma mente individual poderia procurar autonomamente, o saber das partes que revela a verdade prática, inatingível pelas ciências demonstrativas”. (GRECO, 2005, p. 542).

Assim, levando os fatos a juízo, de forma oral ou escrita, demandante e demandado devem expor suas alegações de forma franca, conforme a realidade dos acontecimentos – exceto quando não haja exigência legal (art. 347, CPC)¹⁶. A mentira processual, consciente e intencional, como ocorre, por exemplo, na negativa de assinatura aposta num contrato cuja autenticidade acaba por ser confirmada posteriormente em prova pericial, atua de forma contrária às finalidades institucionais (art. 339, CPC), merecendo punição por litigância de má-fé (art. 17, inciso II, CPC). A jurisprudência é farta nesta verificação¹⁷.

¹⁵ O princípio do livre convencimento motivado preconiza a coerência entre os elementos dos autos e a decisão judicial (art. 131, CPC). Tome-se cautela, entretanto, para não desconsiderar que a verdade real sobre determinado acontecimento é algo inatingível, no processo, ou em qualquer outra seara de conhecimento. A prova não tem por fim a certeza dos fatos, mas a convicção do juiz sobre tal certeza. “O mais correto, mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima da real, própria da condição humana. Esta, sim, é capaz de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações”. (DIDIER JR., 2007a, p. 22). Igualmente, há de se relevar a consciência legislativa sobre a falibilidade dos meios de prova (art. 436, CPC), em reconhecimento da dificuldade em construir a realidade pretérita.

¹⁶ Registre-se que há prescrições legais que além de não obrigar a dizer a verdade, punem aquele que tiver dito a verdade. São as circunstâncias em que se impõem discricção, como na exigência de sigilo profissional (art. 5, incisos XIII e XIV, CF).

¹⁷ “[...] Declaratória de inexistência de débito. Alteração da verdade dos fatos. Penas por litigância de má-fé impostas à autora mantidas, eis que evidenciado o claro intuito de alterar a verdade dos fatos, mediante manejo de ação absolutamente infundada. Negativa de contratação que restou facilmente afastada com a juntada do instrumento de contrato entabulado entre os litigantes aos autos. [...]”. BRASIL. TJ-RS. Apelação 70041319526, 11ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Julgamento: 15/06/2011.

É do raciocínio empregado que se extrai a regra do ônus da impugnação especificada dos fatos (art. 302, CPC), presumindo verídicos fatos não impugnados. A imposição de contestação especificada dos fatos, aliada ao comentado dever de veracidade (art. 14, inciso I, CPC), faz realizável o comportamento colaborativo do demandado; caso permaneça silente para não cair em inveracidade, serão impostas conseqüências negativas processuais, como afirmado ¹⁸.

O dever de veracidade é imposto, do mesmo modo, à parte que não está onerada com a produção probatória (art. 333, CPC), com menor risco de um julgamento contrário. Quer se dizer que a parte adversa daquela que está incumbida pelo ônus da prova, havida a inversão ou não, está igualmente compromissada com a verdade dos fatos narrados.

Por outro lado, diga-se que as partes não estão obrigadas a “trabalhar pelo adversário”, pelo que podem omitir determinada alegação de fato, desde que não incidam em inveracidade pelo conjunto, quando estarão sujeitas à punição.

“Es evidente que si uno de los litigantes ha narrado de manera parcial los hechos omitiendo unos cuantos que son incompatibles con su posición subjetiva, falta a la verdad y sin ‘decir mentiras’ genera el mismo efecto como si efectivamente las dijera”. (AMPUERO, 2008, p. 158).

Por exemplo, o demandante não é obrigado a mencionar fatos que sirvam a reconvenção do demandado (art. 315, CPC). No entanto, causa ferimento ao dever de veracidade o credor deixar no esquecimento o recebimento de parte da dívida, cobrando-a judicialmente por inteiro (art. 940, CC); ou a parte não mencionar a existência de demanda idêntica já transitada em julgado em sentido contrário (ABDO, 2007, p. 140).

Melhor dizendo, “as partes podem escolher quais as alegações de fato que hão de levar ao processo. Levando-as, contudo, devem expô-las em conformidade com a verdade e de maneira completa” (MARINONI; MITIDIERO, 2008a, p. 112). É natural e aceitável que as partes exponham com mais força e minúcia os fatos que lhes sejam favoráveis, com simples menção aos desfavoráveis, ainda assim, isso sempre deve se dar de forma verdadeira.

A despeito disso, poderá o magistrado valorar negativamente o silêncio ou emprego de evasivas pela parte, entendendo pela confissão ficta (art. 345, CPC); inclusive se intimada a comparecer judicialmente, não o fazendo (art. 343, parágrafo 2º, CPC). Em prestígio da exclusão de subterfúgios à verdade, ainda descabe à parte instituir procurador para prestar seu

¹⁸ “A general denial puts in issue all matters set forth in the complaint, and thus typically cannot be utilized truthfully. Alternatively, the defendant can enter a specific denial, denominating those paragraphs that are in dispute. The failure to deny the other paragraphs results in their admission”. (KANE, 2003, p. 97).

depoimento, ou mesmo prestá-lo pessoalmente se valendo de escritos adrede preparados (art. 346, CPC).

Convém notar, por fim, que a verdade interessa a qualquer processo, porém com contornos diferenciados na esfera penal, onde é tutelada a liberdade como bem principal. Lá, não se castiga o silêncio do acusado, que não tem qualquer obrigação de dizer a verdade (art. 5, inciso LXIII, CF) e nem mesmo corre risco de que sua recusa em falar seja interpretada como confissão (art. 186, parágrafo único, CPP), uma vez presumida a sua inocência (art. 5, inciso LVII, CF). Em resultado disso, para despertar a colaboração processual na elucidação do crime, premia-se o réu confesso com a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea “d”, CP); afora o estímulo legal para a chamada delação premiada, em que um dos acusados esclarece a ocorrência dos fatos e a autoria do delito, tendo direito à diminuição da pena (art. 159, parágrafo 4º, CP).

1.3. Dever de operosidade

Outro enfoque cooperativo que merece destaque é o aspecto da produtividade, ligado ao escorreito e eficiente exercício da função processual, no sentido de tirar-lhe maior proveito. É a real expressão do princípio magno da eficiência, retirada da concepção teórico-jurídica da Administração Pública (art. 37, CF, acrescentado pela EC nº 19/1998), com amplitude para atingir a jurisdição e a atividades daqueles que participam do processo de formação da decisão.

Nesse escopo, ganha relevo especialmente o princípio da economia processual, no alcance do máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais, donde se depreende evidente ligação ao princípio da razoável duração do processo (art. 5, inciso LXXVIII, CF, incluído pela EC nº 45/2004), com eco na legislação codificada (art. 125, inciso II, CPC).

Enfim, o instrumento elaborado especificamente para efetivação dos direitos deve se desenvolver a contento, a depender do labor adequado daqueles que o manuseiam. Voltam-se os olhos à estrutura humana, pensando o processo através de sua economicidade, diante da eficiência almejada de seus operadores.

“Este princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível, para assegurar o efetivo acesso à justiça”. (CARNEIRO, 2007, p. 71).

Se em referência ao julgador o estudo se volta para a gestão processual, no que concerne às partes, objeto imediato desta análise, deverá ser vista a não-movimentação da máquina judiciária em vão.

É inafastável que a atuação ética dos sujeitos parciais do processo já traz um nítido paralelo de operosidade, na contribuição para que o instrumento tenha um breve termo. Ciente disso, a legislação processual traz diversos dispositivos para punir o retardamento do processo ocasionado pelo labor impróprio, imputando variantes de responsabilidade.

Num parâmetro geral, a parte que der causa ao adiamento ou repetição de um ato processual, sem justo motivo, responderá pela sua despesa (art. 29, CPC c/c art. 453, parágrafo 3º, CPC); o que vale para aquele que promover ou praticar ato supérfluo, além do útil a duração do processo (art. 31, CPC). Vigê aqui o princípio da causalidade, segundo o qual aquele que der causa à despesa deverá responder pela mesma.

Principalmente o demandado, que mais vantagem dispõe com o tardar do processo, mereceu previdência legislativa. Assim é que o réu que deixar de argüir conhecida defesa indireta de mérito, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios (art. 22, CPC); como também se não alegar as questões preliminares – questões lógico-processuais, como a coisa julgada (art. 301, inciso VI, CPC) – na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas advindas da demora (art. 267, parágrafo 3º, *in fine*, CPC); ainda, se deixar de nomear a autoria, quando lhe competir, responderá por perdas e danos (art. 69, inciso I, CPC).

A jurisprudência segue tal aspiração, como na hipótese de demora do devedor em noticiar nos autos a realização do pagamento da dívida, em sua comprovação, por motivos alheios, gerando, por isso mesmo, infortúnios extras ao credor. Haverá imputação de responsabilidade ao primeiro por qualquer ato processual posterior praticado sem necessidade, com ressarcimento de custas então adiantadas, por exemplo ¹⁹.

Às partes também é imposta a responsabilidade pelo acompanhamento da regularidade procedimental, evitando alegações supervenientes de nulidade ²⁰ ou mesmo a

¹⁹ “[...] Eventual omissão em trazer aos autos o demonstrativo do depósito judicial ou do pagamento feito ao credor dentro do prazo legal, não impõe ao devedor o ônus do art. 475-J do CPC. [...] Contudo, conforme o caso, pode o devedor ser condenado a arcar com as despesas decorrentes de eventual movimentação desnecessária da máquina do Judiciário, conforme prevê o art. 29 do CPC; ou até mesmo ser considerado litigante de má-fé, por opor resistência injustificada ao andamento do processo, nos termos do art. 17, IV, do CPC. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 1.047.510/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, Julgamento: 17/11/2009.

²⁰ A consequência extraída do dever de operosidade quanto à nulidade relativa não argüida pela parte, será a convalidação do ato processual, diante da ausência de prejuízo. No que tange a desídia na alegação de nulidade absoluta, o caminho será o sancionamento através da litigância de má-fé e o do ressarcimento de danos.

ausência de movimentação do feito. No mesmo rumo antes citado, a legislação estimula a atuação não desidiosa para arguição de vícios processuais, impondo preclusões (art. 245, CPC) e cominações (art. 113, parágrafo 1º, CPC) ²¹.

É possível, ainda, traçar um paralelo de produtividade junto à transparência das posições tomadas em juízo. Deixar conhecer as pretensões postas, sem rodeios, constitui um dever de operosidade imputado ao litigante, reconhecido juridicamente. Num exemplo da assertiva, os embargos de declaração com fito de prequestionamento deverão indicar expressamente o ponto omissis, além das normas constitucionais e/ou legais entendidas como violadas ²². Com tal diligência, facilita-se o trabalho do órgão judicante; inibindo, também, recursos com descabida inovação da matéria.

Este tópico tem desfecho com a ilação de que a linhagem de operosidade das partes deve ser cultuada, em marcha a par da questão ética, para poupar energia processual e, produtivamente, possibilitar o fim almejado.

2. Atuação do advogado

Já que é o advogado quem tem aptidão de dirigir petições ao Estado-juiz (*ius postulandi*), sua atividade constitui um requisito indispensável ²³ para a validade do processo. A labuta advocatícia é identificada como prestação de serviço público, no exercício de uma função social, afinal projeta os escopos publicísticos da própria jurisdição, no cumprimento da ordem jurídica vigente (art. 133, CF c/c art. 2º, *caput* e parágrafo 1º, lei nº 8.906/1994).

“A advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus [...] é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário”. (SILVA, 2003, p. 580).

²¹ “[...] I - O processo não é um jogo de espertezas, mas instrumento ético da jurisdição para a efetivação dos direitos da cidadania. II - Nos termos da lei processual vigente, nos casos de intimação pela imprensa ‘é indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação’ (art. 236, § 1º). III - Não se tratando de nulidade absoluta, é necessário que a parte interessada a denuncie na primeira oportunidade ao juiz da causa, a fim de que seja sanada sem maiores prejuízos para o andamento do processo. IV - Se a parte toma conhecimento da nulidade, tendo havido quatro intimações, das quais, embora endereçadas à outra parte, constaram os nomes corretos da recorrente e do seu patrono, não viola o disposto no art. 245, CPC, o acórdão que afirma consumada a preclusão quando argüido o vício apenas na ocasião em que publicada intimação comum às duas partes. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 65.906/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Julgamento: 25/11/1997.

²² Verbete nº 169, das súmulas do TJ-RJ: “Deve o embargante, sob pena de multa, indicar, precisamente, os pontos omissos e as normas constitucionais ou legais alegadamente violadas, adequando-as a hipóteses dos autos”.

²³ A imposição de um indivíduo legalmente habilitado para advogar sofreu acentuada mitigação com o advento da lei nº 9.099/1995, relativa aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, na dispensa de advogado para as causas até 20 salários mínimos (art. 9), exceto na fase recursal (art. 41, parágrafo 1º); bem como na lei nº 10.259/2001, dos Juizados Especiais Cíveis Federais, na desobrigação de patrono, sem qualquer limitação valorativa (art. 10). Dando azo ao seu dever de esclarecimento, cabe ao juiz, entretanto, advertir a parte da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar (art. 9, parágrafo 2º, lei nº 9.099/1995).

Sua missão está relacionada à defesa de direitos, em juízo ou fora dele, para fazer prevalecer os ideais de justiça ²⁴. Certamente, um viés importante para a colaboração processual perpassa pela qualificação do advogado, a permitir que este possa delimitar corretamente o direito do seu cliente, deduzindo-o de forma inteligível, através da escolha do rito adequado ou identificação do recurso cabível, para dizer o mínimo. Aventa-se como essencial, aqui, o domínio do vernáculo; o aprofundamento conceitual, notadamente na área escolhida de atuação; o estudo incessante para se manter atualizado à legislação e jurisprudência correlata – em referência aos precedentes persuasivos e, sobretudo, aos vinculantes –, sem contar uma base de formação interdisciplinar e, até, conhecimentos de informática diante do processo eletrônico que cada vez mais se avizinha (lei nº 11.419/2006).

De fato, ao apresentar com tino e clareza as alegações da parte, ainda que de forma partidária, o causídico (*rectius*: defensor de causas) pavimenta o caminho do julgador, facilitando o desfecho do conflito.

Não há qualquer desarmonia em exigir um comportamento cooperativo de um sujeito parcial; justamente por isso, aliás, as funções desempenhadas pelo advogado são rigidamente seguras pelos preceitos éticos. “El abogado es un intermediario entre la parte y el magistrado: aquélla le obliga a ser parcial; este otro le requiere que sea honesto en su parcialidad” (DE LA RÚA, 1991, p. 16).

“Na defesa judicial dos interesses do seu cliente, o advogado atua com legítima parcialidade institucional, buscando garantir não apenas os direitos da parte, mas também a total observância do devido processo legal. O encontro das parcialidades institucionais opostas permitirá um ponto de equilíbrio que serve de instrumento à imparcialidade do juiz”. (PINHO, 2007, p. 93).

Em todas as circunstâncias de sua vida profissional, estará obrigado o advogado a cumprir os deveres sintetizados no Estatuto da Advocacia (lei nº 8.906/1994) e no Código de Ética e Disciplina da OAB (publicado no Diário da Justiça da União em 01/03/1995), quando contribuirá para o prestígio da classe e da advocacia (art. 31, lei nº 8.906/1994), e, especialmente, para o apurado desenvolvimento da função jurisdicional.

Assim, como mediador dos conflitos de interesses, não pode de forma deliberada encorajar indivíduos ao ajuizamento de demandas com propósito manifestamente infundado (art. 2, parágrafo único, inciso VII, Código de Ética e Disciplina da OAB).

²⁴ “[...] para o advogado que defende a causa alheia, o que está em jogo não é o valor econômico do pleito (coisa que diz respeito ao cliente), mas a missão de honra pela qual se sente pessoalmente vinculado a quem teve tanta confiança nele que o encarregou da tutela de seu direito”. (CALAMANDREI, 1960, p. 129).

“La labor del abogado asume relevancia fundamental, por su carácter de ‘higienizador del proceso’, es el primer juez del proceso y debe ser consciente de que la naturaleza intrínseca de su actividad es la de solucionar los conflictos que le plantean y no la de ‘pleitear’, por ello debe agotar todas las instancias tendientes a evitar ese mal necesario que es recurrir a la justicia”. (MASCOTRA, 2009, p. 121).

E mais exemplos: não poderá o patrono resolver por falsear a verdade nos autos, estribando-se na má-fé (art. 6, do Código de Ética e Disciplina da OAB); nem advogar contra literal disposição de lei, exceto quando fundamentado na inconstitucionalidade, injustiça ou em pronunciamento judicial anterior (art. 34, inciso VI, lei nº 8.906/1994); ou mesmo provocar conscientemente, por ato próprio, a anulação do processo em que funcione (art. 34, inciso X, lei nº 8.906/1994). Todos esses comportamentos descritos são anti-solidários aos fins jurisdicionais.

Ao advogado também são imputados deveres de operosidade, em prol da regularidade procedimental e para evitar um prejuízo à duração do processo. Com efeito, deverá restituir no prazo legal os autos retirados do Cartório (art. 195/196, CPC), sob pena de ser-lhe impedido nova vista ou carga dos autos (art. 7, parágrafo 1º, 3, lei nº 8.906/1994); além de comunicar seu endereço, e eventual mudança daquele indicado, para fins de intimação (art. 39, CPC); dentre outras atividades produtivas.

A pertinência de um correto atuar do advogado em defesa dos interesses postos na causa é também demonstrada pela exigência dele permanecer representando seu cliente por 10 dias após a renúncia do mandato, numa faceta de exigência colaborativa da legislação (art. 45, *in fine*, CPC c/c art. 5, parágrafo 3º, lei nº 8.906/1994).

Enfim, deve o advogado cooperar sempre com o Poder Judiciário, na conservação e garantia do Estado Democrático de Direito – servindo este zelo, inclusive, como fator de regulação do percentual de honorários advocatícios a ser fixado pelo juízo (art. 20, parágrafo 3º, CPC). É parceiro do juiz na realização da justiça, uma vez que ambos estão sujeitos as mesmas patologias do sistema judicial e sua prática.

“A estrutura cooperativa do processo proclama serem todos os seus protagonistas igualmente responsáveis pela concretização do justo. E postula, para que se instaure essa concepção, nova postura dos operadores jurídicos. Todos envolvidos na missão de realizar justiça, despidos de sensibilidades exacerbadas ou de melindres corporativistas”. (NALINI, 2011, p. 410).

3. Atuação do juiz

“Costumo afirmar que nada é mais significativo para diagnosticar o grau de saúde política de um povo do que fazer uma análise realística do papel que nela desempenha a magistratura”. (PASSOS, 2008, p. 223).

A expectativa social é que as pretensões postas em juízo sejam apreciadas por alguém imparcial. Reside no âmbito jurídico a exemplaridade da imparcialidade (art. 137, CPC), pois interligada ao conceito de justiça, cabendo ao julgador se despir de preconceitos ou distorções, bem como do partidarismo ou favorecimento a qualquer das partes: “[...] Aquele que julga – quer entre hipóteses concorrentes, quer entre pretensões de determinados sujeitos – realiza uma operação cognitiva que só pode ser considerada justa se imparcial” (TRUJILLO, 2006, p. 463/464) ²⁵.

Espera-se encontrar um magistrado “preparado”, com conhecimento técnico e atualizado, naturalmente. É mais do que pertinente que o julgador tenha um cuidado ativo às especificidades do caso concreto, em adequada compreensão da subjetividade trazida a juízo: “O domínio da técnica jurídica é predicado que jamais se poderá prescindir num juiz; está longe de ser o bastante. Preparação adequada teria de incluir certa familiaridade com outros ramos do conhecimento humano, como a sociologia e a ciência política”. (MOREIRA, 2004b, p. 27).

A ética e laboriosidade dos magistrados traduzem, assim, compromisso institucional ²⁶ com a excelência na prestação dos serviços jurisdicionais, fortalecendo a legitimidade do Poder Judiciário, ao torná-lo um agente público de confiança – afinal “recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada” (ARISTÓTELES, 2001, p. 111).

“Excelência passa a significar eficiência mais confiabilidade. Não o mero eficientismo desacompanhado de consistência moral. Mas uma eficiência adicionada de crédito na lisura do comportamento judicial” (NALINI, 2011, P. 444).

No exercício do seu poder-dever de direção do processo, cabe ao juiz contribuir para a celeridade do feito (art. 125, inciso II, CPC) ou seu não retardamento (art. 133, inciso II, CPC), evitando atividades processuais estéreis – deve permitir a discussão apenas sobre aquilo que for discutível – e retrocessos indesejáveis, o que traduz flagrante economia de tempo, energia e dinheiro.

²⁵ “Al interés de la parte corresponde el desinterés del juez. A la parcialidad de aquélla, la imparcialidad de éste”. (DE LA RÚA, 1991, p. 15).

²⁶ O Código de Ética da Magistratura foi aprovado pelo CNJ (art. 103-B, parágrafo 4º, incisos I e II, CF), com publicação do texto em 18/09/2008. Ainda, merece atenção a Lei Complementar Federal nº 35, de 14/03/1979 (LOMAN), sobretudo quanto aos deveres dos juízes (art. 35). Nesta, há previsão até mesmo de perda do cargo, se comprovado em procedimento administrativo o “recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento” (art. 26, inciso II). Cabe ressaltar que ainda que não houvesse tal normatização, os juízes permaneceriam comprometidos às normas éticas básicas provenientes do texto constitucional.

O desvio de operosidade, no pouco caso ou indolência do magistrado, inclusive na falta de exigência de pontualidade de seus auxiliares (art. 193, CPC), fomenta o problema do acesso à justiça, em decorrência da falta de efetividade da tutela jurisdicional, ou mesmo na baixa velocidade de saída de decisões conclusivas ²⁷.

Em visualização não exaustiva sobre sua atuação processual, deverá o julgador zelar para que a produção probatória se restrinja ao fato probando, indeferindo qualquer diligência inútil ou protelatória (art. 130, *in fine*, CPC), que ocasione a dispersão dos meios de prova; não designar audiências em vão, quando facultativas (art. 331, parágrafos 2º, *in fine*, e 3º, CPC), sob pena de ocorrência de forçada “suspensão do processo” até a sua realização; e laborar para tornar efetiva a sua decisão, na outorga do meio executivo apropriado à situação posta nos autos, ainda que não tipificado (art. 461, parágrafo 5º, CPC).

Neste ideal, cabe-lhe também se esforçar para depurar o processo de imperfeições, saneando-o ininterruptamente ²⁸, o que deve ser feito por etapa, diante de cada ato praticado. Um correto juízo de admissibilidade da inicial, ou “decisão” de saneamento (art. 331, parágrafo 2º, CPC), espanca incorreções e previne a decretação de nulidades futuras. Expressa a legislação, por exemplo, que o juiz deve buscar corrigir o litisconsórcio necessário não formado, criando ao autor o ônus de fazê-lo, sob pena de extinção (art. 47, parágrafo único, CPC).

Por outro lado, concernente à atividade do julgador não se nega a ocorrência de preclusão lógica – dita preclusão *pro judicato* –, ou, ao menos, do limítrofe caso de vedação de comportamento contraditório. Cabe impedir que seja reprisada resolução sobre questão dispositiva por ele já decidida anteriormente, ou proferida outra decisão incompatível com a aquela dada anteriormente, exceto se de ordem pública (art. 267, parágrafo 3º, CPC).

Como se pode perceber, a possibilidade de rediscussão, a todo tempo, de questões já decididas, inviabilizaria que o processo caminhasse para o fim, com prejuízo à rápida solução do litígio. Entende-se vedado, assim, o reexame pelo julgador de decisões que analisam

²⁷ Nos termos da LOMAN, submete-se a controle a produtividade do julgador: “Art. 39 - Os juízes remeterão, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente de segunda instância, informação a respeito dos feitos em seu poder, cujos prazos para despacho ou decisão hajam sido excedidos, bem como indicação do número de sentenças proferidas no mês anterior”. Por outro lado, há norma programática prevista na legislação processual codificada estabelecendo prazo para o pronunciamento judicial, de natureza decisória ou não (art. 189, CPC), o que é aperfeiçoado no projeto do novo CPC: “Art. 196. O juiz proferirá: I - os despachos de expediente no prazo de cinco dias; II - as decisões no prazo de dez dias; III - as sentenças no prazo de vinte dias”.

²⁸ A atividade de saneamento é realizada ao longo de todo o procedimento, inclusive para controle das questões de ordem pública, não sujeitas à preclusão: “[...] 6. O saneamento do processo, no modelo atual do CPC, pode ser feito por etapa, desde que algum vício apresente necessidade de correção, pelo prejuízo causado a uma das partes. [...] 8. Na verdade, o sistema processual atual não consagra a obrigatoriedade do despacho saneador em momento único. O saneamento do processo é feito em qualquer momento, desde que surja a necessidade de corrigir qualquer desvio prejudicial à apuração dos fatos discutidos e à aplicação das leis suscitadas”. BRASIL. STJ. EDcl no AgRg no REsp 724.059/MG, rel. Min. José Delgado, Julgamento: 21/03/2006.

nulidades relativas ou apreciam tutela de urgência, salvo, neste último caso, se trazidos novos elementos aos autos que alterem as circunstâncias iniciais. Exame à parte, vale dizer que se a referida decisão for atacada por meio de agravo de instrumento, impedindo sua preclusão quanto à parte, estará aberta a possibilidade de o julgador realizar um juízo de retratação (art. 529, CPC).

Identificadas algumas manifestações da notável influência da atividade do julgador no controle/descontrole do processo, são reforçadas as atenções sobre a boa gestão processual, compromissada com os interesses da jurisdição. Nada mais se ressalta, nesse aspecto, do que um flanco preliminar da cooperação do julgador, praticamente ínsito à sua atividade regular profissional.

Como dito alhures, em decorrência da compreensão do Estado Constitucional (art. 37, CF), intensificou-se a pertinência de um comportamento proativo e cooperativo do julgador, numa releitura de sua atuação, a reforçar os parâmetros acima expostos. Não se decifram meros poderes ou faculdades, que, uma vez passíveis de utilização ou não, promovem insegurança jurídica; imputam-se poderes-deveres na função pública desempenhada, assim como estão – e como virão – na legislação processual²⁹, ligados a carga que lhe é incumbida de obter o melhor resultado ao processo.

Na verdade, a postura contributiva do magistrado é inerente ao ordenamento jurídico existente, na normatividade constitucional e processual, “não dependendo de nova outorga legislativa, mas da profunda e humana interpretação do jurista” (SOUZA, 1987, p. 32). Não obstante, há reforço na proposição reformadora da Comissão que projetou o pretense novo CPC brasileiro, com o colorido íntimo da cooperação processual, como segue:

“O novel código seguindo a trilha exegética da Constituição Federal, erigiu normas *in procedendo* destinadas aos juízes, sinalizando que toda e qualquer decisão judicial deve perpassar pelos princípios plasmados no tecido constitucional e ínsitos ao sistema processual como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade. Em outras palavras, a Comissão preocupou-se em fazer do processo um instrumento de participação democrática, em que o juiz ouvindo e dialogando com partes e interessados, promova uma decisão efetivamente apaziguadora”. (FUX, 2011, p. 14).

²⁹ “Melhor teria agido o legislador se, com maior freqüência, houvesse feito uso da linguagem imperativa, tornando obrigatória a cooperação por parte dos juízes e tribunais”. (GOUVEA, 2008, p. 185). Essa diretriz foi lembrada pelo legislador na pretensa nova codificação processual, ao expressar um dever de cooperação nacional. Projeto do novo CPC: “Art. 67. Ao Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, de primeiro ou segundo grau, assim como a todos os tribunais superiores, por meio de seus magistrados e servidores, cabe o **dever de recíproca cooperação**, a fim de que o processo alcance a desejada efetividade”. (grifo nosso). Ainda, reverenciou-se a noção de produtividade: “Art. 6º. Ao aplicar a lei, o juiz **atenderá** aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e **da eficiência**”. (grifo nosso).

Tal ideal cooperativo impõe ao julgador uma incansável direção do processo, através do exercício mais expedito de seus poderes, para tolher as dilações indevidas, quando velará pela rápida solução do litígio (art. 125, inciso II, CPC); como também no escopo de estimular a participação das partes, na descoberta da verdade.

“O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”. (MITIDIERO, 2009, p. 72/73).

Numa das principais facetas dessa orientação, já com franco emprego hodierno, deverá o magistrado atuar de forma ativa em busca da verdade real dos acontecimentos. Na apreciação da prova dos fatos e circunstâncias constantes nos autos, poderá o magistrado proceder livremente, sem qualquer elemento vinculante de sua convicção, desde que motive seu juízo de valor (arts. 131 e 386, CPC c/c art. 93, inciso IX, CF). Deve ir até mais longe, ante tal princípio do livre convencimento, para determinar *ex officio* a produção probatória que lhe aprover para elucidar o fato (*iudex potest in facto suppere*).

Reconhece-se na legislação pátria que o juiz não está vinculado à verdade formalmente produzida no processo pelas partes (art. 130, CPC c/c art. 1.107, CPC); até porque “verdade formal é sinônimo de mentira formal, pois ambas constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material” (BEDAQUE, 2011, p. 9).

O processo, sob tal direção, demonstra-se caracterizado “por um *work in progress*, uma obra aberta, não existindo preclusões ao exercício dos poderes instrutórios pelo juiz” (TUCCI, 1997, p. 37). Sua atuação ativa no campo probatório para afastar as falsas ou meias verdades processuais, na formação de sua convicção, se reveste claramente no interesse público de efetividade da justiça³⁰.

Esta percepção emite a mensagem implícita de que deve ser sempre relegada como última diretriz no deslinde da causa a aplicação do instituto da distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC)³¹. A dúvida somente será suportada pela parte que tem o ônus da prova, após amplo tirocínio probatório, sob a supervisão e esforço do magistrado.

Seguramente, a imparcialidade a que está submetido o juiz não lhe priva de esclarecer tal verdade, na mira, afinal, de um pronunciamento justo (MASCOTRA, 2009, p.

³⁰ Verbete 186, das súmulas do TJ-RJ: “Insere-se entre os poderes instrutórios do Juiz a expedição de ofícios a Receita Federal e as instituições financeiras para exame das possibilidades do alimentante”.

³¹ “[...] a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir”. (MARINONI, 2008b, p. 270).

15). Frise-se que o juiz inerte também acaba pendendo para o lado daquele se beneficia pela ausência de esclarecimento dos fatos. Além do mais, não há como se adivinhar o resultado da prova, que naturalmente poderá dar alento ao propósito de qualquer das partes (MOREIRA, 2008, p. 38).

Remontando a esfera de liberdade das partes, cabe acrescentar que a iniciativa probatória judicial não afronta o princípio da demanda (art. 2, CPC). As partes têm disponibilidade sobre os elementos individualizadores da demanda, especialmente na fixação dos limites da causa de pedir remota – onde é ceifada a intromissão do julgador, de modo a lhe garantir imparcialidade –, mas não naquilo que se refere ao adequado exercício da função jurisdicional (BEDAQUE, 2011, p. 102).

O descrito ativismo judicial contribui ainda para a participação igualitária das partes no processo – sem lugar a dúvidas, uma das principais atribuições do julgador (art. 125, inciso IV, CPC), sem a qual não há propriamente justiça. É que as insuficiências probatórias podem gerar desfechos desastrosos para aqueles que não podem, ou não sabem, efetivamente se defender.

Há situações, mormente quando verificadas *in casu* dessemelhanças sociais e econômicas, em que a intervenção do magistrado é fundamental para promover o equilíbrio processual das partes, ao compensar eventual disparidade jurídica, ou, em outras palavras, evitar que “a atuação absolutamente desastrosa, sem uma base técnica razoável, de uma das partes possa levar à frustração dos fins que informam a atividade jurisdicional” (CARNEIRO, 2007, p. 76).

“[...] A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juizes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo”. (DINAMARCO, 2002, p. 52/54).

Faz seguir que a legitimação da atividade decisória do magistrado é refém de um atuar precedentemente cooperativo, donde se extrai a indispensabilidade de um labor judicial técnico e diligente. Ganha realce, por conseguinte, extrair a essencialidade do dever de cooperação, que, segundo a classificação de Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 65), envolve a necessidade de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta, cuja moldura se passa a analisar.

3.1. Dever de esclarecimento

De nenhuma maneira um julgamento poderá ser pautado pela falta de informação. Para que sejam evitadas decisões açodadas, muitas vezes equivocadas, caberá ao juiz, sempre, tentar esclarecer as incertezas de alegações, pleitos e posições em juízo, ainda que isso traga prejuízo à celeridade do feito.

Modus in rebus, o dever de esclarecimento deriva do dever de motivação das decisões judiciais na conclusão da dialética processual (art. 93, inciso IX, CF), em contribuição para o cumprimento dos fins políticos e sociais do instrumento.

De um modo geral, ao incitar as partes para se expressar sobre os pontos necessários à solução do litígio, o julgador assume uma postura ativa na direção e controle do processo, preparando-o metodicamente. Se o magistrado pode o mais, para determinar *ex officio* a produção de provas (art. 130, CPC c/c art. 342, CPC), inclusive inspecionando pessoas e coisas (art. 440, CPC), pretendendo um melhor *esclarecimento* dos fatos controvertidos, não se deve negar-lhe o menos, que é dar um alerta às partes sobre as circunstâncias processuais pouco firmes.

A par dessa assertiva, faculta-se ao julgador designar a audiência preliminar do rito ordinário (art. 331 e parágrafos, CPC) ainda que não haja patente intuito conciliatório das partes, em vista da necessidade de deliberação sobre os pontos controvertidos, provas subsequentes, ou inversão do ônus probatório, inclusive com a manifestação oral das partes através de seus procuradores. Nada mais se cogita do que a humanização da decisão de saneamento, mediante a participação das partes. E se deixe claro que a realização da audiência preliminar, sendo-a bem conduzida, acarretará ganho de tempo processual – ao contrário do que uma visão simplista poderia imaginar –, diante da construção e planejamento dos atos processuais subsequentes.

Noutro giro ligado às tutelas de urgência, embora a tutela antecipada (art. 273, inciso I, CPC) possa ser concedida *in limine litis*, sem ouvir a outra parte, o juiz somente deverá assim agir em situações excepcionais, quando o perigo for imediato e não puder aguardar a manifestação do réu. É recomendável ao julgador, o mais possível, prestigiar o contraditório, angularizando a relação processual, para de tal sorte iluminar a lide ³².

O dever de esclarecimento também pode ser demonstrado na concessão da liminar prevista no rito especial da ação possessória com força nova (art. 924, CPC). Se o juiz não se

³² Convém evidenciar que tal decisão que determinar a citação do réu (despacho liminar positivo), visando analisar a pretensão de antecipação dos efeitos da tutela de mérito tão-somente após a contestação, ao menos reconhece a falta de substancial *periculum in mora*, pelo que estará sujeita ao recurso de agravo de instrumento, diante da possibilidade de gerar prejuízo jurídico ao autor.

convencer de plano da pertinência de deferimento da liminar sem ouvir o réu, segundo os argumentos trazidos pelo demandante na inicial, deverá designar audiência de justificação (art. 928, CPC), ainda que não haja pedido expresso do autor neste sentido ³³. Colaborará, assim, o julgador para que sejam elucidadas as alegações em juízo, através da comunidade processual.

Por sua vez, sobre a inversão (art. 6, inciso VIII, CDC) ou dinamização do ônus da prova, deverão as partes ser científicadas, antes ou durante a instrução, para que tenham oportunidade de se desincumbir do encargo que lhes vem a ser imputado ³⁴. Aliás, uma vez que nos Juizados Especiais Cíveis todas as provas são produzidas até e na audiência de instrução e julgamento (art. 33, lei nº 9.099/1995), o réu, usualmente fornecedor, deverá ser advertido já no momento da citação sobre a possibilidade de reviramento da incumbência probatória ³⁵.

Prosseguindo e noutra banda, registre-se que a necessidade de esclarecimento restará acentuada na consideração do poder econômico/social/cultural dos litigantes em confronto, em prol da igualdade material. A referência ao litigante débil ingressa no quadro da técnica do processo em prol da justiça social.

“[...] a chamada neutralidade do juiz, no sentido de não-utilização do seu poder assistencial, longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a supremacia financeira de uma parte sobre a outra e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que deve primar pela igualdade de armas”. (GOUVEA, 2008, p. 178).

A assertiva ganha mais vigor nas hipóteses em que resta autorizada a formulação de pleito judicial por quem não detém capacidade postulatória, podendo ser feita menção novamente à experiência dos Juizados Especiais Cíveis, nas causas até 20 salários mínimos (art. 9, lei nº 9.099/1995). Por isso, diga-se, a referida legislação estimula a explicação do procedimento ao litigante eventual (arts. 9, parágrafo 2º, e 21, lei nº 9.099/1995).

³³ “[...] Não estando o juiz convencido dos argumentos trazidos pelos demandantes, deve determinar a realização da Audiência de Justificação, nos termos do art. 928, do CPC. [...]”. BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0028485-59.2010.8.19.0000, 9ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva. Julgamento: 22/06/2010.

³⁴ “[...] 3. Determinada a inversão do *onus probandi* após o momento processual de requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora conhecendo o seu ônus, para que possa melhor se conduzir no processo, sob pena de cerceamento de defesa. [...]”. BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1.095.663/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, Julgamento: 04/08/2009. No mesmo sentido é o enunciado nº 91, das súmulas do TJ-RJ: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. Ademais, resta expressado no projeto do novo CPC: “Art. 358. [...] Parágrafo 1º. Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”.

³⁵ FONAJE: “Enunciado nº 53. Deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova”; Aviso nº 23/2008 - Enunciados dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro: “9.1.2. A inversão do ônus da prova nas relações de consumo é direito do consumidor (art. 6º, caput, CDC), não sendo necessário que o Juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva”.

Na mesma tendência, chega-se a propugnar pela concessão de tutela antecipada (art. 273, CPC), ainda que sem requerimento da parte – em conseqüente contrariedade ao princípio da congruência (art. 128, CPC) –, através de conduta flexível do julgador, ao relegar aspectos técnicos e formais visando concretizar a garantia do acesso à justiça (art. 5, XXXV, CF) ³⁶.

“Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor efetividade, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclama a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não-pedido de antecipação de tutela enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não”. (BUENO, 2007, p. 37).

É evidente que os limites do dever judicial de esclarecimento são controvertidos, afinal a intervenção persecutória do juiz, com intromissão excessiva no pleito ou na defesa de uma parte, pode violar sua imparcialidade (art. 125, inciso I, CPC). O processo não é uma instituição filantrópica e o juiz não deve assumir o papel de mero consultor jurídico de umas das partes.

O que se prega na versão colaborativa do processo é a maior interação entre juiz e parte, cada qual com sua função, de modo que a informação enobreça a qualidade da prestação jurisdicional.

3.2. Dever de prevenção

Em essência da instrumentalidade do processo, consiste a prevenção no dever de o juiz, na análise das postulações das partes, fazer apontamento de suas deficiências, para permitir conseqüente retificação. É um convite para o aperfeiçoamento das alegações realizadas em juízo, em atendimento ao direito material.

Nessa quadra, traduz uma moderna perspectiva de condução do processo, notadamente assistencial, sem implicar em dever recíproco das partes (GOUVEA, 2008, p. 178), mormente para preservar a efetividade da tutela jurisdicional ao direito então ameaçado. Em tese, o uso inadequado do processo, no desatendimento inadvertido de suas regras formais, não pode servir para obstar o êxito da parte, se realizável a correção.

O ordenamento jurídico chancela o dever de prevenção: a petição inicial poderá ser emendada, após o despacho liminar neutro que indicar a falta ou incompletude dos seus

³⁶ Projeto do novo CPC: “Art. 277. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”.

requisitos (art. 284, CPC c/c art. 616, CPC), sob pena de *error in procedendo* da decisão direta pelo indeferimento. No ideal colaborativo, caberá ao juiz, decerto, declarar especificamente os vícios da peça processual, evitando um lacônico “emende-se à inicial”, o que vale para todos os provimentos.

Numa estrutura processual regida pela colaboração, os pedidos pouco claros deverão ser apontados pelo juiz, sendo merecedores de explicitação e melhor conclusão pelas partes. O despertar colaborativo se demonstra, assim, no estímulo advindo do julgador para que as lacunas nas descrições fáticas sejam integradas pelas partes; ou no incitamento para que o demandante especifique determinado pleito indeterminado.

Além disso, quando o magistrado verificar que o requerimento de produção probatória testemunhal, realizado na inicial (art. 282, inciso VI, CPC), não se repetiu no momento de especificação de provas (art. 324, CPC), deverá buscar o esclarecimento se houve realmente desistência ou mero esquecimento.

Na esfera recursal, deveria o julgador outorgar à parte a possibilidade de juntada de peça obrigatória faltante, especialmente na interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 525, I, CPC). Nesse ponto, o projeto do novo CPC afrouxa o tema da jurisprudência defensiva, algo difundido hodiernamente como um (falso) antídoto à irrecorribilidade irrestrita³⁷. O dever de prevenção se importa com a razão do jurisdicionado, para o que não há mau emprego de energia processual; em verdade, o formalismo rigoroso que vise indiscriminadamente combater o excesso de trabalho concorre para uma situação pior, de injustiça.

Prosseguindo no mundo dos recursos, a normatividade permite a complementação do preparo entendido como *insuficiente* (art. 511, parágrafo 2º, CPC). Melhor seria se tal regramento fosse aplicado analogicamente aos Juizados Especiais Cíveis³⁸, afinal o vetor da celeridade (art. 2º, lei nº 9.099/1995) não pode abafar o direito constitucional ao contraditório (art. 5, inciso LV, CF).

Ainda sobre o adiantamento das despesas recursais, há esforço interpretativo da doutrina no sentido de que também nos casos de *ausência* de preparo deveria a parte ser

³⁷ Vale a comparação entre a atual jurisprudência massificada e a mentalidade progressiva da comissão reformadora da legislação processual codificada: “[...] 1. Compete à agravante a formação completa do instrumento recursal - artigo 525, I, do CPC. 2. A ausência de procuração, peça obrigatória, enseja o não conhecimento do recurso. 3. Tardia juntada de documentos, que, ademais, não tem o condão de suprir a irregularidade, pois viola o princípio da preclusão consumativa e prestigia o equívoco. [...]”. BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0015000-55.2011.8.19.0000, 12ª Câmara Cível, rel. Des. Antonio Iloizio B. Bastos. Julgamento: 02/08/2011; e, em sentido oposto, projeto do novo CPC: “Art. 971. A petição inicial do agravo de instrumento será instruída: [...]. Parágrafo 3º. A falta de peça obrigatória não implicará a inadmissibilidade do recurso se o recorrente, intimado, vier a supri-la no prazo de cinco dias”.

³⁸ Aviso nº 23/2008 - Enunciados dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro: “Não se aplica o parágrafo 2º do art. 511 do CPC ao sistema dos Juizados Especiais”.

intimada para providenciá-lo em prazo adequado, pois “o direito material não pode vir a soçobrar em face de questões de ordem formal” (MITIDIERO, 2009, p. 154). Em contrariedade, assente na exigência legal de comprovação do recolhimento (algum) das custas judiciais no ato de interposição do recurso (art. 511, CPC), a jurisprudência é iterativa em permitir a deserção do recurso sem a prévia intimação da parte para tal retificação ³⁹.

Nesta última situação, nos parece que o entendimento pretoriano tem mais sensatez, afinal o mote de colaboração, como visto alhures, também se expressa na maior responsabilidade das partes pelo decorrer processual produtivo (dever de operosidade), sem maior tardança. Se o litigante nada recolher de preparo, acaba por descumprir um pressuposto recursal como qualquer outro (v.g., a regularidade formal), onde não terá igualmente direito à emenda. Atribui-se, portanto, ao recorrente o dever de jurídico de ao menos diligenciar para o adequado recolhimento das despesas recursais, tendo direito à complementação, quando não for o bastante.

O dever de prevenção complementa o raciocínio, através da manifestação pretérita, no corpo da decisão judicial passível de recurso, de que é necessário recolher o preparo no valor “x”, no ato de interposição do recurso. Seja dito de passagem que o apontamento do cabimento recursal, sem obstáculo quanto à imparcialidade do julgador, também procede a favor da colaboração processual deste.

Nesta direção, o magistrado tem o dever de pôr em sobreaviso às partes sobre determinadas situações processuais, dispondo-as com antecipação, em caráter preventivo. Assim é que a ordem de citação deverá constar o aviso de que, não sendo contestado o pedido, este se presumirá aceito pelo réu, sob pena de nulidade (art. 285, CPC c/c art. 223 e 225, CPC), em exata orientação.

Caberá ao juiz, em visão prospectiva das conseqüências que seguem aos atos processuais praticados, promover o desenvolvimento da informação prévia sobre os ditames legais, sobretudo quando pairar alguma incerteza. Contextualizando, na ação de execução por título extrajudicial, a despeito do silêncio legal, é recomendável que no mandado citatório conste que o prazo de 3 dias para efetuar o pagamento corre da data da cientificação – e não da juntada aos autos do mesmo, o que só vale para os embargos (art. 738, CPC); de outra maneira, havendo litisconsortes passivo na execução, é mais do que razoável expor no mandado que, sendo um dos executados citados, o seu prazo para embargos contará individualmente (art. 738, parágrafo 1º, CPC, alterado pela lei nº 11.382/2006); e por aí vai.

³⁹ BRASIL. STJ. REsp 616.062/SP, rel. Min. Laurita Vaz, Julgamento: 10/09/2009.

3.3. Dever de auxílio

O julgador deverá prestar auxílio às partes no exercício de seus direitos e deveres processuais, com o fito de obtenção de uma ordem jurídica justa.

Deve, assim, evitar um julgamento desfavorável por insuficiência de provas, quando verificado óbices injustificadamente criados para prejudicar a parte adversa em sua instrução probatória. Com efeito, poderá o juiz determinar que determinada parte exiba um documento ou coisa que se ache em seu poder (art. 355, CPC); ou que entregue os dados que possibilitem a elaboração de memória de cálculo pelo credor (art. 475-B, parágrafo 1º, CPC).

Igualmente, uma vez que na instrução da ação popular (art. 5, inciso LXXIII, CF), o autor deverá formar conjunto probatório a favor da postulação coletiva (art. 1º, parágrafo 4º, lei nº 4.717/1965), não o conseguindo, será admissível a propositura da demanda desacompanhada dos respectivos documentos, cabendo ao juiz requisitá-las, logo no despacho liminar (art. 7, I, “b”, lei nº 4.717/1965). O mesmo vale para ação civil pública (art. 8, *caput* e parágrafo 2º, lei nº 7.347/1985).

Diga-se que a legislação processual codificada também regula a hipótese em que se pretende a exibição de documento entendido como imprescindível pelo Poder Público (art. 399, CPC). Na verdade, constitui um “poder-dever de o juiz requisitar nas repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, provas necessárias às alegações apontadas”⁴⁰.

Mais ainda no dever de auxílio, inerente à colaboração, alude-se pela possibilidade casuística de dinamização do ônus da prova, em prol da paridade de armas entre os litigantes, quando inadequada a formulação legal estática (art. 333, CPC). É a repartição do encargo probatório no caso concreto, ignorando a posição nele da parte, para atribuí-lo a quem se encontre em melhores condições de efetuar a prova, através de decisão fundamentada do magistrado⁴¹.

Não existe motivo para supor que a modificação do ônus da prova somente é viável quando prevista na legislação – como acontece nas relações de consumo (art. 6, inciso VIII, CDC) –, uma vez que o instituto decorre da busca de justiça no caso concreto (MARINONI, 2008b, p; 273). Funda-se na premissa de que quem está numa posição privilegiada para

⁴⁰ BRASIL. STJ. EDcl no REsp 208.050/SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Julgamento: 05/12/2010.

⁴¹ Projeto do novo CPC: “Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”.

provar as alegações de fato trazidas a juízo, deverá agir solidariamente com o órgão judicial para o descobrimento da verdade (art. 339, CPC).

3.4. – Dever de consulta

Como manifestação do princípio do contraditório (art. 5, inciso LV, CF), as partes devem ser intimadas para se manifestar, emprestando suas parcelas de conhecimento, para tentar influenciar o julgador antes da solução das controvérsias (SOUZA, 1987, p. 32). A promoção do diálogo judicial, dentro dessa orientação que aparenta ter fins somente particulares, contribuirá, em verdade e adicionalmente, para tornar mais crível a percepção de justiça da decisão ⁴².

Cabe ao magistrado, em certa medida, antecipar suas convicções, processualizando-as. Todas as questões aduzidas no processo, inclusive de direito, deverão estar sujeitas ao debate processual – exceto naquilo que exigir urgência ⁴³ –, em acréscimo útil e nada supérfluo para o deslinde da causa.

“E questa soluzione viene condivisa anche da gran parte della dottrina, la quale e andata ormai da tempo convincendosi che le allegazioni o deduzioni giuridiche degli interessati non sono un'aggiunta inutile o superflua, ma un'esplicazione della garanzia di azione e di difesa, e che l'individuazione e l'interpretazione delle norme da applicare non costituiscono una prerogativa itangibile ed esclusiva del magistrato”. (TROCKER, 1974, p. 647).

O juiz, ao perceber a ocorrência de questão preliminar de mérito (art. 301, CPC), sem precipitação e de forma assistencial, deverá abrir oportunidade ao autor para dissuadi-lo da idéia de extinguir o feito. Em sentido mais amplo, diz-se que todas as decisões sobre questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, deveriam ter igual verificação (MITIDIERO, 2009, p. 136) ⁴⁴.

O dever de consulta às partes e conseqüente debate das questões afetas ao processo, nesse mote de não surpresa quanto à opinião jurídica do julgador, se vê prestigiado na legislação estrangeira:

⁴² “[...] a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça”. (OLIVEIRA, 2005, p. 22).

⁴³ Projeto do novo CPC: “Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito”.

⁴⁴ Projeto do novo CPC: “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 tenha que decidir de ofício. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307”; “Art. 474. [...] Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do parágrafo 1º do art. 307, a prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar”.

“Art. 3, Código de Processo Civil Português. (Necessidade de pedido e da contradição). [...] 3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas pronunciarem. [...]”.⁴⁵

“Art. 101. Codice di Procedura Civile Italiano. (Principio del contraddittorio). [...] Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione. (Questo comma è stato aggiunto dall'art. 45, comma 13, della Legge 18 giugno 2009, n° 69); Art. 183, Codice di Procedura Civile Italiano. (Prima comparizione delle parti e trattazione della causa). [...] Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”.⁴⁶

Um efetivo diálogo aprimora a participação dos litigantes quanto aos rumos do feito, evitando sobressaltos que possam concorrer para a redução da credibilidade judiciária. A democratização do processo promovida pela comunicação permanente entre o juiz e as partes também atua para desestimular o uso de supetão dos instrumentos recursais, quanto mais os aclaratórios (art. 535, CPC).

CONCLUSÃO

Se as relações sociais evoluem no sentido de uma crescente solidariedade, outro não poderá ser o caminho do processo, sob pena de vê-lo como uma estrutura isolada do mundo em que está inserido. É dizer que cabe organizar a realidade processual através da conscientização das premissas magnas (art. 3, inciso I, CF), no desejo de um processo pluralista e participativo, e nos moldes do modelo político da democracia.

Nessa esteira, dando ocasião à evolução da técnica processual, sobressai a elevação de um comportamento colaborativo – necessariamente leal, veraz e laborioso – entre os protagonistas da cena judiciária, em contribuição para uma decisão mais justa e efetiva. Valorizam-se, no fundo, as boas condutas, sem as quais, aliás, não haveria de marchar um instrumento com mutualidade de interesses e deveres.

Todos aqueles que atuam processualmente devem ser (mais) responsáveis pela empreitada judicial. A leitura correta do aumento de deveres e obrigações das partes, em restrição óbvia e necessária à sua liberdade, concorre para o equilibrado dimensionamento das

⁴⁵ Disponível em: < <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf> >. Acesso em: 12 dezembro 2010.

⁴⁶ Disponível em: < <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33731> >. Acesso em: 17 maio 2011.

posições e oportunidades dos pólos adversos no processo, contribuindo, inclusive, para a celeridade do instrumento.

Daí se extrai um compromisso do processo colaborativo, notadamente o resgate dos valores éticos, algo elevado pela abertura principiológica proveniente do contexto constitucional; o que retrata não menos do que próprio objetivo estatal, decorrente dos fins publicísticos ora ditados ao instrumento.

Em seu turno, resta manifesta a necessidade de aprimorar o diálogo processual. Defender o contraditório participativo é humanizar o processo, aumentando a interação entre os personagens que ali atuam. Assegura-se que as partes tenham o direito de aportar elementos para formação do convencimento judicial (art. 93, inciso IX, CF); e, ao mesmo tempo, vê-se um processo inspirado no critério da igualdade substancial (art. 5, *caput*, CF), devendo o juiz remover os obstáculos que comprometem a paritária participação no feito (art. 5, inciso LV, CF). Flagrante, portanto, a afeição do modelo processual colaborativo aos fins constitucionais.

O preconizado ativismo judicial na direção e coordenação do processo, por sua vez, exhibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes, conscientes e cooperantes. Acresça-se que o recíproco controle de atividades desenvolvidas no processo, uma vez estimulada a esmerada participação (deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta), não deixa margem para a supremacia indefinida do julgador, ou de quem quer que seja.

De modo adequado aos novos tempos, clama o processo colaborativo por mais participação, ampliação de responsabilidades quanto ao labor desempenhado, e, inclusive, de um maior rigor legal e/ou interpretativo, para retirar qualquer engodo na atuação processual, blindando o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

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

AMPUERO, Ivan Hunter. *No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración*. Revista de Derecho (Valdivia, Chile), v. XXI, nº 2, Diciembre 2008, p. 151/182. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v21n2/art07.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*; trad. Pietro Nassetti. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo, v. 30, nº 126, 2005, p. 59/81.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1960.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *A ética e os personagens do processo*. Revista Forense, v. 358, 2001, p. 347-353.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª ed. Montevideo: B de F, 2005.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DE LA RÚA, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual Português*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____; *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FUX, Luiz. *O novo processo civil*. In: *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo*. Publicado em: 18 março 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em: 06 Jan 2011.

_____. *A reforma do poder judiciário e o acesso à justiça*. In: *Estudos de Direito Processual*. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 583/621.

_____. *O princípio do contraditório*. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541/556.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Recursos cíveis & outros temas*. Niterói: Impetus, 2011.

KANE, Mary Kay, *Civil procedure in a nut shell*. 5ª ed., Thompson – West, St. Paulo, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, São Paulo: RT, 2008a.

_____. *Processo de conhecimento*, vol. 2. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008b.

MASCIOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

MILMAN, Fabio. *Improbidade processual – o comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e processo*. In: Temas de direito processual, 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004a, p. 211/221.

_____. *Por um processo socialmente efetivo*. In: Temas de direito processual, 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004b, p. 15/27.

_____. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Leituras complementares de processo civil. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Publicado em: 3 setembro 2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215 >. Acesso em: 20 abr 2011.

PASSOS, J. J. Calmon de. *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?*. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais / coordenação José Miguel Garcia Medida et al. São Paulo: RT, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: A Igualdade das Partes e a Repressão ao Abuso no Processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002.

THEODORO JR., Humberto. *Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 20 fev 2011.

TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.

TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidade*. In: Dicionário de filosofia do direito. Vicente de Paulo Barreto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 463/467.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Saraiva, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007.

ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.