

CPC/2015: O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA E AS NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

*CPC / 2015: The Public Prosecutor's Office as Guarantee Institution and the
Fundamental Procedural Norms*

Hermes Zaneti Jr. ¹

Recebido em: 26.11.2016
Aprovado em: 10.01.2017

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória; Parte I - O Ministério Público como Instituição de Garantia dos Direitos Fundamentais; 2. A constitucionalização do direito processual e o regime constitucional do Ministério Público; 3. O Ministério Público como instituição de garantia: Luigi Ferrajoli e o princípio da acionabilidade no Modelo Garantista (MG); 4. Avaloratividade da lei e neutralidade interpretativa do direito: a experiência da “Magistratura Democrática” italiana e os efeitos no Ministério Público brasileiro da recepção da Constituição no CPC; 5. Independência e especialização: a tensão entre a norma e a sua interpretação. Interpretação realista, moderada e responsável para a superação da falsa oposição unidade *v.* independência; 6. Um olhar para além do nosso quintal: para onde caminha o Ministério Público? Foco na efetividade e no estímulo à proatividade positiva; Parte II – As Normas Fundamentais do CPC e a Atuação do Ministério Público na Garantia dos Direitos Fundamentais; 7. Constitucionalização do Direito Processual; 8. Acesso à justiça e justiça multiportas: dever de estímulo à conciliação (*multidoor justice*); 9. Processo justo (*fair trail, due process of law, processo giusto*); 10. Primazia do julgamento de mérito; 11. Boa-fé, lealdade processual e vedação do abuso de direito processual (*bona fides, buona fede, Treu und Gluabe, good faith, layauté*); 12. Cooperação (*Kooperatationmaxime*): comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft, cumunione di lavoro*); 13. Contraditório (*audiatur et altera pars*); 14. Duração razoável do processo: a) comportamento das partes, b) comportamento do juiz e do Ministério Público (órgãos públicos), c) complexidade da causa e d) bem jurídico tutelado (critério da *posta in gioco*); 15. Autorregramento da vontade no processo: negócios processuais; 16. Fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada: decisões e atos postulatorios; 17. Precedentes normativos formalmente vinculantes; 18. Demandas ou questões repetitivas: casos repetitivos e gestão de processos; 19. Acesso aos tribunais superiores: *excursus*; 20. Conclusão. Referências.

RESUMO: O CPC/2015 é um Código de doutrina e prático, portanto, operativo. Cabe à doutrina garantir a sua unidade de aplicação, conformando a prática aos objetivos gerais definidos nas normas fundamentais. Nesse sentido, muda o paradigma do CPC/1973 por alterar as premissas sobre as quais o direito processual anterior estava assentado – de um

¹ Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo (MPES). Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino/IT. Doutor em Direito (2014) pela Università degli Studi di Roma Tre/IT, área de concentração Teoria e Filosofia do Direito. Mestre (2000) e Doutor (2005) em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Contato: hermeszanetijr@gmail.com.

modelo fundado em um sistema fechado, privatista, patrimonialista, liberal em relação ao direito de ação e estatal em relação à norma processual, o CPC/2015 passa para um modelo fundado em um sistema aberto, constitucionalizado, combinando autonomia da vontade com impulso oficial em matérias de interesse público, no qual a norma processual serve à tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva. O CPC não é liberal ou social, é fruto do Estado Democrático Constitucional, que agrega direitos sociais e de liberdade. Atualmente, organizado a partir da divisão entre parte geral e parte especial, o CPC traz normas fundamentais que disciplinam todo o direito processual, apresentando uma narrativa que deve ser orientadora da interpretação e da prática processual brasileiras. As normas fundamentais estão explicitadas nos doze primeiros artigos do Código, indicando a sua prioridade, mas também em outros pontos-chaves do diploma, indicando sua presença em toda a extensão do Código. Os pontos fundamentais tratados no texto são o impacto da mudança do paradigma processual para a atuação do Ministério Público e as normas fundamentais em espécie como narrativa para a atuação ministerial.

ABSTRACT: *The CPC/2015 is a code of doctrine and practice, therefore, operational, it is up to the doctrine to guarantee its unit of application, conforming the practice to the general objectives defined in the fundamental norms. In this sense, it changes the paradigm of CPC/1973 for changing the premises on which the previous procedural law was based, from a model based on a closed, privatized, patrimonialist, liberal system in relation to the right of action and statalized in relation to the procedural norm. The CPC moves to a model based on an open, constitutionalised system, combining autonomy and official impulse in matters of public interest, in which the procedural norm serves the fairly, timely and effective protection of rights. The CPC is not liberal or social, it is the result of the Democratic Constitutional State, which adds social and freedom rights. Currently, organized from the division between general part and special part, the CPC brings fundamental norms that discipline the entire procedural law, presenting a narrative that should guide Brazilian interpretation and procedural practice. The fundamental norms are explained in the first twelve articles of the Code, indicating their priority, and also in other key points of the diploma, indicating their presence in all its extension. The key points addressed in the text are the impact of the change from the procedural paradigm to the performance of the Brazilian Ministério Público and the fundamental norms as a narrative for the institutional action.*

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual. Normas Fundamentais. Constitucionalização. Interesse Público. Solução de Conflitos.

KEYWORDS: *Procedural Law. Fundamental Norms. Constitutionalization. Public Interest. Conflict Solving.*

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O Código é essencialmente um trabalho em composição (*work in composition*), nem *adversarial* [dispositivo e privatista, voltado para as partes], nem *inquisitorial* [publicista e estatal, voltado para o interesse geral]; estas qualificações não se encaixam com o que a litigância civil fundamentalmente é. É um trabalho em composição, porque ele precisa conciliar os princípios liberais da tradição [...] que fazem das partes as titulares do processo, e a afirmação dos poderes do juiz, quem deve – em decorrência do mandato processual - realizar sua missão para atingir a solução mais justa da disputa, no interesse geral. Justiça é um serviço público e imparcialidade não é passividade. De fato, é justificado afirmar que os artigos 1 a 13 do novo Código definem um genuíno princípio da cooperação entre o juiz e as partes na elaboração do julgamento [justo]. Isto é, como é sabido, o objetivo do processo civil. Esta doutrina não é

fruto de uma geração espontânea, afirmada para satisfazer desejos acadêmicos. Como nós veremos, os Princípios Processuais Guias [Normas Fundamentais] e a concepção da litigância civil que eles transmitem, têm uma longa história.²

Normas fundamentais são normas que estruturam a aplicação do direito dentro de um determinado ordenamento, para além do texto. A ideia das normas fundamentais é dar unidade de sentido e direção à aplicação do direito. Essas normas fundamentais resultam da experiência histórica, do direito comparado e da melhor doutrina processual civil. Elas representam uma necessidade, ao mesmo tempo prática, racional e normativa do aperfeiçoamento das nossas instituições de justiça. Atingem, por esta razão, o Ministério Público como parte, como fiscal do ordenamento jurídico e como órgão público que atua no processo judicial e em processos e procedimentos administrativos.

As normas fundamentais do Código de Processo Civil orientam e direcionam a aplicação do direito processual brasileiro. Portanto, elas não se restringem ao novo diploma. As normas fundamentais espalham sua normatividade para todo o direito processual, seja ele relacionado aos microssistemas que gravitam em um diálogo de fontes com o CPC e a Constituição, como o caso do microssistema do processo coletivo, seja para os outros ramos do direito processual, como o direito processual penal, o direito processual administrativo, o direito processual do trabalho, o direito processual eleitoral, o direito processual legislativo, os processos negociais das relações obrigacionais entre privados (*ex vi, e.g.*, do art. 15, CPC c/c art. 3º CPP, entre outros).

As normas fundamentais garantem a estabilidade, a coerência e a integridade do direito processual, ao mesmo tempo que garantem a sua dinâmica e a sua racionalidade. A partir de uma pauta flexível de trabalho, orientada por valores comuns, as normas fundamentais articulam-se para garantir a adequação do direito processual brasileiro à Constituição.

A engenharia do CPC marcou, na sua estrutura, a passagem de um modelo formalista e estático do ponto de vista normativo, em que a única garantia era o texto da lei (*paleojuspositivista*, no qual a existência do texto de lei era igual à sua validade inquestionável aos olhos do ordenamento jurídico), para um modelo que compatibiliza o texto e as finalidades da norma, em uma contínua reconstrução normativa do ordenamento processual, ancorada na cultura jurídica, na tradição e nos direitos fundamentais (*jusconstitucionalista*, no

2 Palavras de Loïc Cadiet, proferidas após trinta anos da vigência do Código de Processo Civil Francês de 1976, que inspirou a parte geral do CPC/2015. No original: "The Code is essentially a work in composition, neither adversarial nor inquisitorial; these qualifications do not suit what civil litigation fundamentally is. It is a work in composition, because it must conciliate the liberal principles of French tradition which make parties the owners of the lawsuit, and the affirmation of the powers of the judge, who must – as a procedural mandate – realize his mission to achieve the fairest solution to the dispute, which is in the general interest. Justice is a public service and impartiality is not passivity. In fact, it is justified to say that Articles 1 to 13 of the new Code define a genuine principle of cooperation between the judge and the parties in the elaboration of the judgment. This is, of course, the aim of civil procedure. This doctrine is not the fruit of a spontaneous generation, issued to satisfy some academic satisfaction. As we see, the Guiding Procedural Principles, and the conception of civil litigation that they convey, have a long history." CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011, p. 349.

qual a Constituição funciona como parâmetro normativo de controle formal e substancial das normas).

Por essa razão, a parte geral do CPC/2015 apresenta, já no primeiro capítulo, uma novidade transformadora do ponto de vista normativo, introduzindo doze artigos referentes às normas fundamentais. As normas fundamentais do CPC, contudo, não se limitam aos doze primeiros artigos. Há normas fundamentais espalhadas por todo o diploma processual, sendo notável, para além dos doze primeiros artigos, os artigos referentes aos negócios processuais, à fundamentação adequada, aos precedentes e aos casos repetitivos (*rectius*: questões).

As normas fundamentais tratam da constitucionalização do direito processual (art. 1º, CPC), do acesso à justiça pela tradicional porta do Poder Judiciário, mas também através da justiça multiportas (art. 3º, §§ 1º a 3º, CPC), do processo justo (art. 2º e 8º, disciplinando o princípio da demanda, os poderes de impulso oficial, os casos em que a legislação autoriza a relativização do princípio da demanda e dos poderes de impulso oficial para atingir a finalidade do processo, a exemplo do autorregramento da vontade e dos poderes instrutórios e de gerenciamento do processo pelo juiz), do princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC), da boa-fé e da lealdade processual, com o controle objetivo do abuso de direito processual (art. 5º, CPC), da cooperação ou colaboração (art. 6º, CPC), do contraditório, preferencialmente prévio, mas também diferido e eventual, compreendido não apenas como direito de ação e reação, como simples bilateralidade da audiência, mas como direito de influência e dever de debates por parte do juiz (arts. 7º, 9º, 10, CPC), da duração razoável do processo (arts. 4º e 12, CPC), do autorregramento da vontade no processo (arts. 190 e 200, CPC), da fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada (art. 11 e 489, § 1º, CPC), dos precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926, 927, 489, § 1º, V e VI, CPC) e dos casos repetitivos (*rectius*: questões repetitivas, de direito material e processual, que impliquem técnicas de gestão adequada para resolução conjunta).

O conjunto dessas alterações aponta para uma renovada relação entre as partes, o juiz e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, em uma comunidade de trabalho.

Reconhece, ademais, a preponderância do processo como direito fundamental e alberga a garantia constitucional de que o processo é o âmbito para a efetivação das promessas não cumpridas pelo adimplemento espontâneo do direito material.

O Poder Judiciário e o Ministério Público são instituições de garantia de segundo grau, entrando em campo justamente quando as demais garantias dos direitos fundamentais falham em sua função. As garantias e as instituições de garantia que efetivam as garantias são técnicas normativas de tutela dos direitos subjetivos, individuais e coletivos. Há, no processo, uma pretensão de

correção do ponto de vista material e processual. O processo é um ambiente de debates regrado e temporalmente limitado apto a resolver questões concretas para a efetivação da tutela dos direitos com respeito às garantias processuais fundamentais das partes.

Por essas razões podemos dizer que o CPC/2015 é um Código de doutrina,³ pois depende da doutrina para lhe dar unidade e valoriza os resultados da pesquisa e da evolução do conhecimento em direito processual dos últimos cinquenta anos, período coincidente com a estabilização das contemporâneas democracias constitucionais e da ideologia dos direitos fundamentais como fundamento do modelo de Estado Democrático Constitucional.

Nesse sentido, é imperativo reconhecer, para partir de um conhecido paradigma, que o *formalismo valorativo*⁴ orienta a compreensão desse novo processo, isto é, orienta as relações entre as normas fundamentais e a prática judiciária. A totalidade formal do processo compreendida como a delimitação dos poderes, faculdades, ônus e deveres dos sujeitos processuais e de todos aqueles que participam de qualquer forma do processo é animada pelas normas fundamentais, coordenando as atividades, ordenando o procedimento e organizando o processo para o atingimento da sua finalidade. O processo passa a ser compreendido, desta maneira, como organização da desordem, da qual emerge a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva, de forma previsível e constitucionalmente compatível aos direitos fundamentais.

O que não se pode permitir, e seria evidente retrocesso contrariando várias das orientações normativas previstas nas normas fundamentais, é erigir a forma como limite absoluto, pervertendo a sua função nobre de garantia em uma função de controle pejorativo, ao estilo dos *sacramentos* do período das ações da lei no direito romano⁵, um formalismo finalístico (forma em sentido estrito)⁶ despreocupado com as garantias dos direitos fundamentais e de duvidosa autoridade nos Estados Democráticos Constitucionais. Como foi

3 Nesse mesmo sentido, em estudo sobre o Código de Processo Civil Francês de 1976, cf. CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, 2011, p. 349.

4 A expressão é de criação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, professor titular de direito processual civil da UFRGS, em aula do programa de pós-graduação, no ano de 2004. A ideia já vem clara em sua tese de doutoramento, destacando-se do conceito de formalismo *lato sensu* compreendido como: “A totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”; dessa maneira, cumpre a “tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”; e assim “contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 [1997 – tese defendida no doutoramento do autor na USP em 1993, sob orientação de Cândido Rangel Dinamarco], p. 6-7 - sem grifo no original). Ver ainda: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 1-31, jul. 2006.

5 “O formalismo do processo romano das *legis actiones* nos é descrito com abundância de detalhes por Gaio. Bastava que o litigante não reproduzisse com absoluta fidelidade as palavras da lei, ou deixasse de praticar o ato na forma prescrita, para que perdesse a demanda, sem que fizesse qualquer moça ao espírito do julgador o mérito da lide. Hoje, os romanistas mais eminentes reconhecem no ritual simbólico do *sacramentum* a mais antiga ação da lei, traços inequívocos da concepção religiosa da época.” (LACERDA, Galeno, *Processo e cultura. Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, n. 3, p. 74-86, jul./dez. 1961, p. 79).

6 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 3-4.

afirmado, o único formalismo possível no Estado Democrático Constitucional é o formalismo valorativo (formalismo *latu sensu*), da forma como liberdade e segurança, não como instrumento de arbítrio ou comando.⁷

Abordaremos, nos próximos tópicos, a influência dessa mudança de perspectiva no âmbito da atuação do Ministério Público, na própria deontologia do Ministério Público, ou seja, nos deveres e direitos ligados ao exercício prático da ética desenhada pelo CPC para os membros do Ministério Público, não só no que diz respeito às normas fundamentais em geral, mas também no que diz respeito aos artigos que disciplinam a atuação do Ministério Público em favor da finalidade constitucional do processo: a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva.

O texto desenvolve-se em duas partes: a) a primeira destinada a justificar a atuação do Ministério Público na perspectiva constitucional dos direitos fundamentais como uma instituição de garantia desses direitos, apresentando a mudança de perspectiva em relação ao modelo demandistas e formalista do CPC/1973; b) a segunda, voltada a descrever as normas fundamentais e apresentar a unidade do Código de Processo Civil de 2015 como um novo modelo de atuação das funções ministeriais de garantia dos direitos fundamentais, alinhado à Constituição, apresentando os dispositivos e a interpretação que entendemos confirmar a adequação do CPC/2015 ao perfil constitucional resolutivo, adequado, tempestivo e efetivo de atuação do Ministério Público na tutela dos direitos.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E O REGIME CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO⁸

O Novo Código de Processo Civil representa a evolução constitucional do processo civil do Código Buzaid até os nossos dias, superando o modelo anterior integralmente (art. 1.º, CPC/2015).

Procura, por essa razão, retratar o esforço da doutrina, da jurisprudência e das sucessivas reformas processuais em adequar o modelo processual brasileiro à nossa Constituição de 1988, a Carta Cidadã – documento marco da retomada democrática do Brasil.

O CPC/2015 recepciona a Constituição, constitucionalizando o processo.⁹ A doutrina já exigia a constitucionalização do processo como um corolário da constitucionalização do ordenamento jurídico.¹⁰ O CPC vai além, o Novo Código

7 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 5-7.

8 A primeira parte deste texto está relacionada com ideias já publicadas anteriormente em ZANETI JR., Hermes. Art. 176. In.: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.); FREIRE, Alexandre (coord. ex.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

9 ZANETI JR., Hermes. Art. 176. In.: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.); FREIRE, Alexandre (coord. ex.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Processo civil brasileiro e codificação*. Revista de Processo. v. 179, p. 261, jan., 2010.

10 ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. [2005, tese de doutorado] 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

de Processo Civil lança as bases para uma atualização geral do processo civil a partir do compromisso de ser interpretado integralmente à luz da Constituição.

Para tanto, de início, estabelece normas fundamentais que darão o norte interpretativo do direito processual, a partir de sua promulgação. Normas-regra e normas-princípio, introduzidas nos doze primeiros artigos (arts. 1º a 12, CPC) e espalhadas por todo o diploma legal, como exemplificam os negócios processuais (arts. 190 e 200, CPC), a fundamentação hermenêutica e analítica adequada (art. 489, § 1º, CPC) e os precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926 e 927, CPC).

As normas fundamentais se protraem e contaminam todo o modelo processual brasileiro, afetando diretamente as leis processuais extravagantes, o processo eleitoral, o processo administrativo, o processo do trabalho (art. 15, CPC/2015) e o processo penal (art. 3º, CPP),¹¹ alterando a divisão de trabalho, a relação de forças no processo, a distribuição de funções entre os sujeitos do processo, ou seja, os poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos processuais.

A primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC), a boa-fé processual (art. 5º, CPC), o contraditório (art. 7º, 9º e 10, CPC) e a cooperação (art. 6º) dão conteúdo e direção a essa mudança de rumos para o processo democrático.¹² Isso vale também para a atuação do Ministério Público, seja como agente, propondo a ação, seja como interveniente, atuando como fiscal da ordem jurídica (*custos iuris*).

Essas novidades estão de acordo com as funções constitucionais do Ministério Público como agente promocional dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 atua, portanto, como o estatuto jurídico-político, dando unidade ao ordenamento jurídico, constringendo a política e os interesses do mercado aos direitos fundamentais. Isso ocorre porque os poderes tendem à expansão ilimitada, por isso o Estado Democrático Constitucional é, antes de tudo, um Estado que, através da tutela dos direitos, limita o poder.

O Estado Democrático Constitucional é o resultado da fusão entre Estado Liberal e Estado Social, acrescido das dimensões de direitos difusos e coletivos e da participação dos destinatários finais dos atos de poder na formação destes atos e na tomada da decisão. O Ministério Público constitucional representa uma instituição de garantia dos direitos fundamentais, garante a tutela destes, quando ocorrem as disfunções políticas por parte do Estado. O processo previsto no CPC, que tem por finalidade a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva, é o instrumento para tutela das expectativas positivas (direitos sociais, direitos prestacionais) e negativas (direitos de liberdade, direitos negativos)

11 Cf. CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). *Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC. Fredie Didier Jr. Vol. 13).

12 CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 209, p. 349-374, jul. 2012.

em face do exercício arbitrário dos poderes selvagens do mercado e da política, cabendo ao Ministério Público sua defesa, no âmbito das suas funções constitucionais.¹³

Alguns poderiam dizer que a constitucionalização já havia ocorrido em 1988, uma vez não existir direito fora da Constituição Federal. Contudo, é bom compreender o tema em uma perspectiva histórica – o processo de constitucionalização leva tempo. A expressa menção, no novo diploma legal, do dever de interpretação conforme a Constituição (art. 1.º) é um grande passo adiante, pois é sabido o impacto que a Constituição de 1988 teve no direito processual, a começar por ter tal impacto, pela primeira vez na história brasileira, ampliado alguns princípios do processo penal para o processo civil.

Constitucionalizar a lei infraconstitucional é um grande passo para apagar dois grandes problemas: a) expurgar antigas soluções individualistas e privatistas extremadas de processo, decorrentes do abuso dos direitos de liberdade das partes, do formalismo jurídico e do formalismo interpretativo; b) afastar antigas soluções publicistas radicais igualmente extremadas, decorrentes do abuso do papel do Estado-juiz no processo, sem a possibilidade de efetiva influência das partes e do Ministério Público nas decisões judiciais e sem o dever de debates do juiz para com as partes e para com o Ministério Público. As normas fundamentais da fundamentação hermenêutica e analítica adequada, da estabilidade, coerência e integridade dos precedentes normativos formalmente vinculantes e da vedação da decisão surpresa, não por acaso expressamente ligadas entre si por expressa menção normativa (art. 927, § 1º, CPC), tratam de reduzir esta discricionariedade das partes e do juiz, equilibrando funções liberais e sociais do processo.

O Código não é nem liberal, nem social, é democrático constitucional. Com o CPC/2015, dissolve-se o paradoxo metodológico entre *civil law* e *common law* no Brasil e restitui-se ao processo o ambiente democrático que é composto dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos de liberdade e dos direitos sociais.

A grande preocupação do legislador de constitucionalizar o processo vem secundada pela necessidade de resolver um problema criado pela constitucionalização do acesso à justiça: o *overload* (sobrecarga) da máquina judicial. Os tribunais e juízes já eram, por essência, antes desse fenômeno, burocratizados e lentos. Trata-se, agora, de adequar a justiça à nova era dos conflitos de massa, equilibrando segurança jurídica e efetividade, para garantia da tutela adequada. Foi justamente para atender à efetividade que surgiu, nas últimas décadas do século XX e no início do século atual, uma série de técnicas processuais, tendo, em comum, este traço característico.

13 FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza; Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; SOUZA, Alexander Araujo de. Ministério Público: de onde vim, quem sou, para onde vou? *Revista dos Tribunais*, v. 951, p. 227-259, jan. 2015.

O selo da efetividade carrega técnicas processuais do novo Código, tais como o mais rigoroso controle dos prazos processuais (art. 12, CPC), a arbitragem, a conciliação e a mediação (arts. 3º, 165 a 175, 334 e 515, § 2º, CPC, e todos os demais meios heterocompositivos e autocompositivos), os precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926, 927, 489, § 1º, V e VI, CPC), o julgamento dos casos repetitivos (art. 928, CPC, consistentes nas técnicas do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos especial e extraordinário repetitivos), os negócios processuais (arts. 190 e 200, CPC), a primazia do julgamento de mérito (arts. 4º, 139, IX, 488, 932, parágrafo único, CPC), entre outros.

A bem da verdade, o problema da sobrecarga não deve ser debitado exclusivamente ao Poder Judiciário, ou ao acesso à justiça, mas a problemas estruturais de uma sociedade em democratização, principalmente, ao observarmos que a justiça começa a ser efetivada antes do Judiciário, através da norma legal adequadamente desenhada para os casos concretos – de forma a diminuir a incidência de “crises de inadimplemento” e a resolver as “crises de aplicação” do direito, independentemente de atuação jurisdicional – tarefa essa do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, o problema da sobrecarga do Poder Judiciário e do Ministério Público decorre igualmente da não atuação eficiente, efetiva e adequada da Administração Pública na tutela dos direitos – tarefa do Poder Executivo. Isso tudo se verifica no fato constatado de ser a Administração Pública diretamente uma das maiores litigantes no Brasil, bem como fomentar indiretamente uma série de litígios, em razão da sua ineficiência na função de controle e regulação do mercado, de que são exemplos o caso dos serviços de telefonia, as instituições financeiras e as lesões provocadas aos direitos dos consumidores por estes setores da economia.

A falta de controle e regulação efetivos do mercado pela Administração Pública e seus órgãos torna-se um argumento ainda mais relevante quando se percebe que o Brasil adota o modelo das agências reguladoras, modelo que pode e deve intervir na manutenção dos limites e vínculos dos direitos fundamentais aplicáveis aos poderes selvagens do mercado e da política. As agências reguladoras não são instituições de governo, são instituições de garantia.

Isso tudo significa dizer que o Código de Processo Civil, como de resto todo o ordenamento jurídico, deve refletir as ideologias e as determinações esculpidas nos direitos fundamentais (cláusulas pétreas constitucionais), refletindo a constitucionalização de todo o ordenamento jurídico a partir de 1988. O Código de Processo, como qualquer lei, só é válido no âmbito dos direitos fundamentais desenhados na Constituição que o orientam e o informam. Ao lado da efetividade, deve existir a preocupação com a segurança jurídica. Efetividade não é igual a celeridade. Como bem ponderou a doutrina,

nem tudo se amolda ao jargão “quanto mais depressa melhor”,¹⁴ sendo que convém resguardar as garantias constitucionais do processo justo (devido processo legal) e do julgamento justo que dele deve advir, valorizando, além da efetividade, outro grande vetor do direito processual: a segurança jurídica.¹⁵

Nesse sentido, é preciso compreender que ocorreram *duas fases distintas de constitucionalização do processo*: a) em uma primeira fase, a constitucionalização do processo representava a *positivação de garantias processuais na Constituição*, especialmente garantias processuais de ação, com a finalidade de garantir o acesso à justiça e evitar o arbítrio processual; b) em uma segunda fase, a constitucionalização representa a passagem de uma *teoria do direito processual focada nas antigas estruturas do direito civil liberal, para uma teoria do direito processual focada na teoria dos direitos fundamentais*, com a finalidade de garantir a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva. Nesta segunda fase, todo o ordenamento processual se constitucionaliza.¹⁶

Em consequência desta segunda fase, é preciso compreender o processo do Estado Democrático Constitucional à luz do *formalismo valorativo*, fase metodológica que permite a adequação da forma ao conteúdo, abrangendo o estudo do processo na

totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais [...] indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento [...] a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade ao procedimento.¹⁷

Portanto, o ordenamento constitucional condensa as diretrizes axiológicas densificadas em diretrizes normativas. É justamente essa condensação e essa densificação que devem ser compreendidas como *forma em sentido amplo ou formalismo valorativo*. O *formalismo valorativo* deve ser visto como um método de pensamento voltado à organização do formalismo processual em

14 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual* – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2-6.

15 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo* [1997]. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2010; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

16 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16/18. Cf., ainda, para as relações entre direitos fundamentais e processo, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, vol. 1, 2 e 3, especialmente o Vol. 1, inteiramente dedicado à teoria do direito processual civil no Estado Constitucional. Para maiores referências bibliográficas e ampliação do tema ver adiante o tópico sobre a constitucionalização, na parte dedicada às normas fundamentais.

17 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*, p. 28.

prol das finalidades do processo, servindo ao processo como um postulado normativo para a interpretação das normas processuais (inclusive para denunciar o formalismo excessivo) e para a solução de eventuais conflitos ou colisões normativas.¹⁸

Essas ideias iluminam nossa preocupação em analisar, de forma mais detida, as orientações propostas pelo CPC para o Ministério Público. Devemos observar que o Ministério Público, em sua função constitucional, demandista e resolutive, acionando, intervindo ou autocompondo, é sempre órgão de garantia secundária, ligado à efetivação dos direitos fundamentais não adimplidos espontaneamente, promovendo seu aperfeiçoamento.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA: LUIGI FERRAJOLI E O PRINCÍPIO DA ACIONABILIDADE NO MODELO GARANTISTA (MG)

A doutrina estrangeira afirmou que deve haver um Ministério Público em Berlim. Isso significa que, para a doutrina, não basta haver um órgão de garantia judicial, se não houver acesso à justiça através de um órgão de garantia que possa acionar o juiz. Assim, ao lado dos juízes de Berlim, é preciso haver um Ministério Público em Berlim. Isso quer dizer que, se não houver um órgão público capaz de garantir os direitos fundamentais, de nada adianta o Estado reconhecer direitos fundamentais. O juiz é inerte, precisa ser provocado; a existência do Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais é a garantia de que estes serão respeitados.

Portanto, para completar o modelo garantista de direitos, ao lado do direito de ação do indivíduo, é necessário um órgão público que atue como instituição de garantia para ativar a jurisdição (princípio da acionabilidade).

Luigi Ferrajoli refere-se expressamente ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro como exemplo do princípio da acionabilidade:

Este ulterior princípio foi introduzido na Constituição brasileira, cujo art. 129 alargou enormemente as atribuições do Ministério Público, chegando a incluir, além das tradicionais funções acusatórias, a possibilidade de manejar ações para a tutela dos direitos fundamentais e, em particular, dos direitos sociais, bem como dos interesses públicos e dos bens constitucionais violados pelos poderes públicos.¹⁹

Por sua específica matriz constitucional, o Ministério Público brasileiro é uma *instituição independente, autônoma e especializada de garantia dos direitos fundamentais*, com a função de controlar os poderes do mercado (privados) e do Estado (públicos), sempre e quando estes ultrapassarem a

¹⁸ OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, p. 18/21.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza; Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 246-247.

barreira dos limites (direitos de liberdade, proibição de excesso, margem do *não decidível que*) e vínculos (direitos sociais, proibição de proteção deficiente ou insuficiente, margem do *não decidível que não*). Na doutrina, as margens de discricionariedade para tomada de decisões na democracia formal (o *quem* e o *como*), tanto pela política (discricionariedade de governo e legislativa) quanto pelo mercado (autonomia da vontade), foram bem demarcadas a partir dos limites e vínculos decorrentes das normas substanciais da democracia (o *que coisa*). A democracia formal, discricionariedade política e de mercado, são, desta forma, restringidas e controladas pelos limites e vínculos decorrentes dos direitos fundamentais:

Se as regras sobre a representação política e sobre a autonomia negocial são formais sobre a produção das decisões daquilo que de fato é juridicamente decidível, os direitos fundamentais circunscrevem aquilo que podemos chamar a *esfera do não decidível*: do *não decidível que*, ou seja, das vedações correspondentes aos direitos de liberdade, e do *não decidível que não*, ou seja, dos deveres públicos determinados pelos direitos sociais.²⁰

Ao Ministério Público cabe a tutela dos direitos para que os poderes políticos e de mercado respeitem os limites e vínculos determinados pelos direitos fundamentais. Esse é o sentido correto a ser dado ao texto do art. 127, *caput*, combinado com o art. 129, II, III, IV e IX, CF/1988, ao definirem os deveres-poderes e as funções promocionais do Ministério Público; este é o sentido que deve ser dado como vetor interpretativo do capítulo do CPC/2015 que trata da atuação do Ministério Público (arts. 175 a 181).

A atuação do MP, como agente e como interveniente, é balizada por esses deveres-poderes previstos na Constituição, sendo que os direitos que lhe são conferidos são exercidos em razão da função institucional nela prevista. A colocação institucional do Ministério Público, vinculado ora ao Poder Executivo, ora ao Poder Judiciário, não mais pode ser aplicada para a compreensão das suas atribuições e funções. O Ministério Público atua como uma *instituição independente, autônoma e especializada de garantia dos direitos fundamentais, da ordem jurídica e do regime democrático*, quer trate-se de defender direitos de liberdade ou sociais, quer trate-se de defender direitos individuais indisponíveis, direitos individuais disponíveis com relevância social ou direitos coletivos. Justamente por isso, a doutrina defende, em sentido próximo, que o MP é um “órgão autônomo de tutela do interesse público”,²¹ o que não “significa que seria um quarto poder. Mas tão somente uma instituição

20 FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007, p. 822; COPETTI NETO, Alfredo. *A Democracia Constitucional sob o Olhar do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 75 e ss.

21 LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como custos legis*. São Paulo: Método, 2007, p. 94-96.

independente e autônoma, reconhecida pelo ordenamento constitucional”,²² uma “instituição de acesso à justiça”.²³

Os desafios contemporâneos, contudo, exigem do Ministério Público a atuação voltada a maximizar a tutela dos direitos fundamentais, planejando sua atuação. O Ministério Público entendido como instituição de garantia deve avançar para a tutela não monopolística, mas prioritária, dos direitos coletivos *lato sensu*, quer no âmbito processual civil, quer no âmbito penal, foco principal de sua atuação constitucional. A dimensão dos direitos de solidariedade e dos direitos comunitários é uma prioridade constitucional do Ministério Público por ser relacionada aos seus principais objetivos constitucionais, à proteção do patrimônio público e da probidade administrativa, à segurança pública, ao acesso universal à saúde e à educação, e à proteção do meio ambiente.

Por outro lado, os problemas relacionados com a tutela desses direitos de grupos não respeitam as fronteiras estatais, sendo imperativa sua expansão transfronteiriça. Portanto, para fazer frente aos ilícitos que atingem – no âmbito civil e penal – os direitos fundamentais de caráter não territorial, intergeracionais, direitos que geram necessidades de tutela não mais apenas nos restritos limites do território nacional e ao tempo da vida humana média, tais como: a) a poluição hídrica e atmosférica, b) as práticas comerciais e concorrenciais abusivas, no âmbito do direito consumidor, que ocorrem para além das fronteiras nacionais em razão da existência de mercados comuns e do comércio pela *internet*, c) a criminalidade internacional, especialmente a ligada à corrupção política, às falências transnacionais, às drogas, entre outros problemas da nossa sociedade contemporânea, o Ministério Público deve se estruturar em torno da tutela dos direitos, não das estruturas formais e territoriais.

O que deve orientar a atuação do Ministério Público é a ideia da tutela dos direitos. Qualquer empecilho processual que não se justifique em direitos fundamentais deve ser removido dogmaticamente, por estar em desvio frente a ideologia processual do CPC. O legislador, justamente por essa razão, estabeleceu normas de cooperação interna (arts. 69 e ss) e de cooperação internacional no Novo CPC (arts. 26 e ss.), dando papel de destaque ao Ministério Público (ver, entre outros, o art. 33, parágrafo único, CPC).²⁴

22 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 41.

23 ALMEIDA, Gregório Assagra de. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. *Revista da Corregedoria Nacional do Ministério Público*. Brasília: CNMP, p. 49/109, 2016.

24 SOUZA, Alexander Araujo de. Ministério Público: de onde vim, quem sou, para onde vou? *Revista dos Tribunais*, v. 951, p. 227-259, jan. 2015.

4. AVALORATIVIDADE DA LEI E NEUTRALIDADE INTERPRETATIVA DO DIREITO: A EXPERIÊNCIA DA “MAGISTRATURA DEMOCRÁTICA” ITALIANA E OS EFEITOS NO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO DA RECEPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO CPC

Um dos grandes problemas do direito contemporâneo é definir qual a extensão da função interpretativa das partes e do juiz no direito. Muito embora não se possa dar certezas quanto aos limites, há uma clareza compartilhada por todos na doutrina: a lei não é avalorativa e a interpretação não é jamais neutra, mesmo que defendamos ser ela tendencialmente cognitiva.

Uma experiência internacional pode nos ajudar a perceber o quanto essa questão é relevante para compreender as diferenças entre o papel do Ministério Público no CPC/1973 e no CPC/2015. A Magistratura Democrática italiana, nascida na década de 1970, era uma associação de juízes e membros do Ministério Público que refutava abertamente duas concepções arraigadas na ideologia de classe: a) a avaloratividade da aplicação da lei; b) a rígida neutralidade interpretativa e a conseqüente separação entre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a sociedade. As ideias discutidas neste tópico são amplamente inspiradas em Luigi Ferrajoli e procuram demonstrar como o CPC/2015 pode colaborar para erradicar a ideologia da avaloratividade da aplicação da lei e da neutralidade da interpretação, contribuindo para a reforma na ideologia de classe do Ministério Público brasileiro.²⁵

Como demonstrou a doutrina, a ideologia de classe da magistratura italiana (é bom lembrar que a magistratura italiana é formada por juízes e membros do Ministério Público) era o reflexo do velho mito da *tecnicidade*, *avaloratividade*, *neutralidade* e *autonomia* do direito.

Os pressupostos contra os quais se opuseram os “Magistrados Democráticos” nesse combate “ideológico” podem ser individualizados nos seguintes: a) afastar a adoção da teoria formalista da interpretação, que ignorava o caráter inevitavelmente discricionário das escolhas interpretativas, decorrentes da distinção entre texto e norma, e, portanto, ignorava igualmente o caráter ético e político e a responsabilidade dos juízes e membros do Ministério Público pelas decisões adotadas;²⁶ b) afastar a teoria das fontes ligada ao primado da lei e a equivalência entre existência, vigência e validade,

25 FERRAJOLI, Luigi. *A filosofia analítica e a cultura jurídica no séc. XX*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto e Hermes Zaneti Jr. São Paulo: Saraiva, 2016; FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*; FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens. A crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

26 Ideias com o tempo desenvolvidas pela escola de Gênova, TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980; GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990; GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998; GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004; GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. Miguel Carbonell. México: Porruà, 2010; GUASTINI, Riccardo. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne, 2008; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare ed argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007; PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010; BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. *El Realismo Jurídico Genovés*. Marcial Pons: Madrid, 2011.

característica do *paleojuspositivismo* legalista, que igualmente ignorava a potencial inconstitucionalidade da lei, com a divergência originada no ordenamento jurídico com o virtual conflito entre a Constituição e o velho sistema legislativo. A lei poderia existir, vigor e não ser válida por ser marcada pela inconstitucionalidade, assim, embora lei vigente, poderia ser lei “ilegítima”, nas palavras de Ferrajoli.

É de se ressaltar que o movimento Magistratura Democrática surgiu para combater o descompasso entre a lei fascista e a Constituição italiana de 1948. A lei fascista precisava ser adequada e superada pela nova Constituição italiana à época. Apenas para citar um grande jurista italiano que lutou por esta causa, vale lembrar que Calamandrei foi um dos grandes defensores da normatividade da Constituição de 1948 em face das leis anteriores, que, embora tenham continuado a existir, não tinham mais validade por serem contrárias à Constituição.²⁷

Esses argumentos servem muito bem para criticar a atuação do Ministério Público perante o nosso Código de 1973. O Código de 1973 usava a expressão “fiscal da lei” para traduzir a visão formalista da atuação do Ministério Público.²⁸ No Brasil, especialmente em face das relações entre o Ministério Público e o Poder Executivo, características do modelo interventivo pró-Estado desenhado no art. 82 do CPC/1973 e da obrigatoriedade da intervenção em alguns processos individuais como curador do Estado ou de interesses privados nos processos individuais – à época considerados de relevância pública (ex.: vínculo conjugal, jurisdição voluntária etc.) –, o Ministério Público atuava obrigatoriamente sempre que a lei determinava a sua intervenção.

A vinculatividade à lei sem o filtro da função constitucional gerava uma desconformidade constitucional que deve ser sanada hermeneuticamente a partir do novo Código. O CPC/2015 atualiza a tradição e impõe uma adequação forte entre a atuação do Ministério Público como instituição de garantia e os direitos fundamentais aos quais está vocacionado a tutelar. O Ministério Público brasileiro necessita aproveitar, portanto, a refundação democrática do CPC para sanar o desequilíbrio que existia no período entre a Constituição de 1988 e a sua edição, quando ainda era possível falar no processo civil do Ministério Público da lei e do Ministério Público da Constituição.

27 CALAMANDREI, Piero. *La Costituzione e le Leggi per Attuarla* [1955/1959]. Milano: Giuffrè, 2000.

28 Na doutrina, identificando o CPC/1973 com o modelo de interpretação formalista anterior à Kelsen, conferir o claro, preciso e convincente trabalho de Claudio Ari Mello que afirma: “O exame das normas do Código de Processo Civil de 1973 que regulavam a decisão judicial sugere que o estatuto agora revogado filiava-se a uma concepção de decisão judicial típica do formalismo jurídico que dominava a cultura jurídica brasileira à época de sua edição [...] Essa concepção formalista normativista de sistema jurídico e decisão judicial já vivia uma crise profunda à época da edição do CPC de 1973, embora essa crise teórica fosse ignorada na literatura especializada e nas decisões do Poder Judiciário brasileiro. Entretanto, o desfecho da crise terminou por levar à ruína o modelo formalista adotado pelo código e o colapso desse modelo atingiu tanto a prática jurisdicional quanto, especialmente, a teoria do direito e a dogmática jurídica brasileiras”. MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In.: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (org.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 263/282, esp. p. 263/265.

Atualmente, há apenas um Ministério Público. Precisamos de um passo adiante pelos próprios Ministérios Públicos. Os “Magistrados Democráticos” italianos, como informou a doutrina, denunciaram – mais agudamente do que o que ocorria no campo acadêmico – os vícios ideológicos da cultura até então dominante: a) a falsa presunção de coerência e de completude; b) o mito da certeza do direito e da interpretação unívoca da lei; c) a ideia da aplicação da lei como operação técnica e mecânica, meramente subsunção; d) a desconfiança em relação à normatividade da Constituição, entendida apenas como programa “político” ou “ornamento ideológico”, sem força normativa e vinculatividade; e) a solidariedade corporativa e a organização hierárquica da classe judiciária fundada sobre a unidade e a univocidade das orientações jurisprudenciais custodiadas e promovidas pela Corte de Cassação italiana e as máximas de jurisprudência (muito similares às nossas atuais súmulas e aos atuais problemas que enfrentamos com os precedentes de caráter vinculante); f) a (ir)responsabilidade dos juízes e do Ministério Público pelas suas decisões.

Esses problemas ainda são atuais e estão presentes no Direito brasileiro. O CPC atua fortemente como um diploma renovador que permite superar alguns desses vícios ideológicos. Os resultados dessa revisão da jurisdição, do processo e da atuação do Ministério Público agente e interveniente – como momento independente e imparcial, mas não avalorativo, a começar pela valoração da constitucionalidade das leis – foram essencialmente dois no movimento da “Magistratura Democrática” italiana: a) o direito alternativo; b) a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário em relação aos poderes políticos e de mercado.

Em primeiro lugar, o desenvolvimento de uma jurisprudência que então se denominou “alternativa” ou “uso alternativo do direito”, como contestação da cultura jurídica tradicional, mas que apenas quis afirmar o primado da Constituição, a normatividade da Constituição, por muito tempo esquecida sob a legalidade formalista-interpretativa sobre a qual se baseavam as orientações jurisprudenciais dominantes em matéria de direito do trabalho, de delitos de opinião e sindicais, de liberdade das pessoas, de garantia dos interesses difusos, de tutela da segurança e da saúde nos locais de trabalho e de salvaguarda do meio ambiente.

Apesar de ter permitido um avanço quanto à normatividade da Constituição em diversas matérias, o “direito alternativo”, que pretendia reverter a ideologia política que negava vigência à Constituição italiana, foi indevidamente confundido com o “direito livre” e a liberdade absoluta para o julgador decidir conforme bem entendesse, caindo em descrença pelos seus críticos. Por essa razão, não é esse o caminho que deve ser seguido pelo Ministério Público brasileiro.

Em segundo lugar, o movimento da “Magistratura Democrática” pretendia implantar um costume de independência, o papel do juiz enquanto garantidor

da legalidade constitucional em face dos poderes fortes, os “poderes selvagens”, sejam estes poderes públicos ou privados. Essa função de freios e contrapesos, alargada pela Constituição, é herdada pelo Ministério Público brasileiro no exercício da ação, como decorrência de representar o Ministério Público à face ativa das instituições de garantia dos direitos fundamentais (princípio da acionabilidade).

Justamente por isso, a doutrina reconheceu a necessidade de, ao lado dos princípios da legalidade, da completude deôntica e da juridicidade, que compõem o Modelo Garantista (MG), acrescer o princípio da acionabilidade, declinando que “ainda há um Ministério Público em Berlim”.²⁹

5. INDEPENDÊNCIA E ESPECIALIZAÇÃO: A TENSÃO ENTRE A NORMA E A SUA INTERPRETAÇÃO. INTERPRETAÇÃO REALISTA, MODERADA E RESPONSÁVEL PARA A SUPERAÇÃO DA FALSA OPOSIÇÃO UNIDADE V. INDEPENDÊNCIA.

A recepção da Constituição no art. 176 c/c o art. 1º do CPC/2015 permite que o Ministério Público brasileiro passe a atuar no processo civil com mais independência e especialização, visando às funções constitucionalmente determinadas, como instituição de garantia, para além da postura avaliativa e interpretativamente neutra ou formalista – técnicas antiquadas, conceituais e abstratas –, definindo estratégias para atuação concertada em prol dos objetivos da República Brasileira e da tutela dos direitos fundamentais, prestando contas (*accountability*) de sua atuação à sociedade.

A *independência* deverá ser equacionada com a *unidade* na atuação da instituição, solucionando-se positivamente a *tensão independência* versus *unidade*, constatada pela doutrina.³⁰ Essa *tensão*, que não é a única no direito, basta lembrar da tensão entre efetividade e segurança jurídica que permeia o direito processual contemporâneo e todo o CPC/2015,³¹ ocorre entre a liberdade de atuar de cada membro do Ministério Público, garantida pela *independência funcional*, e a necessidade de adoção de políticas públicas estratégicas por parte de todos os membros, de forma coordenada, pretendida através da *unidade da atuação*, ambos princípios constitucionais.

No fortalecimento da democracia de direitos estabelecida pela Constituição, há sim obrigatoriedade de manifestação, por ação ou intervenção, dos membros do Ministério Público na promoção e proteção dos direitos fundamentais. Isso, contudo, não exime o intérprete de sua tarefa de compreender o direito,

29 A frase conhecida de Arnold, o moleiro de *Sans-Souci*, um camponês, dirigida a Frederico II, que queria retirar da frente de seu castelo o moinho do camponês, para melhorar a vista, foi citada por G. Radbruch, tornando-se uma famosa expressão de resistência do direito ao poder: “ainda há juízes em Berlim”. Contudo, como salienta a doutrina, contrariamente ao que se imagina na realidade Frederico II ignorou a sentença e impôs pela força sua vontade, apoderando-se do moinho, FERRAJOLI, Luigi. *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, p. 32.

30 COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Borges da. *Ministério Público brasileiro. Entre unidade e independência*. São Paulo: LTr, 2015.

31 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 100.

aplicando a norma através do modelo de *interpretação realista moderada e responsável* que respeite o conteúdo normativo da lei, da Constituição e da tradição jurídica na qual ele está inserido.

A interpretação será *realista* por partir da premissa de que *texto e norma* não se confundem. A decisão se um caso é simples ou complexo, portanto, é já uma escolha interpretativa.

A interpretação será *moderada* por saber necessária a revisão de toda a legislação, a literatura jurídica e os demais precedentes aplicáveis ao caso sob análise, ou seja, uma interpretação tendencialmente cognitiva.

Assim, não cabe aos juízes e promotores substituírem a vontade do legislador e do constituinte, sua função é implementar o programa de direitos fundamentais previsto na Constituição. Ativismo judicial e ministerial é o da lei e da Constituição.

A interpretação será *responsável* por ser comprometida em manter a estabilidade, a integridade e a coerência do ordenamento jurídico, uma vez fixado um precedente pelo órgão constitucionalmente competente, por exemplo, fixado em definitivo pelo STJ ou STF, caberá ao Ministério Público aplicar sua determinação.

Portanto, diante do dilema interpretativo, deverá o Ministério Público tomar uma atitude, ao mesmo tempo, de compromisso institucional com a unidade e de autocontrole em relação à independência.

Portanto, o Ministério Público mantém a independência, mas não a exerce sem fundamentação constitucionalmente adequada; trata de efetivar uma “seletividade razoável e constitucionalmente adequada” em busca da “equiprimordialidade” e da “conjugação equilibrada” entre os princípios da unidade e da independência, sem receita prévia ou *a priori*, de forma a garantir que “as metas fixadas institucionalmente, a princípio, são obrigatórias. No entanto, a forma de concretização não será, necessariamente, uniforme”.³²

Nesse sentido, a exemplo do que já ocorre hoje nos juízos de inconstitucionalidade difusos, os atos normativos poderão ser afastados após decisão fundamentada do membro do Ministério Público oficiante que deverá

motivar a *inobservância* desses atos normativos com fulcro no sistema jurídico constitucional, o que alinhará o princípio institucional da unidade ao constitucionalismo [...] o membro do Ministério Público não poderá *fazer tudo* o que desejar sob o pretexto de exercitar sua independência funcional.³³

32 COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Borges da. *Ministério Público brasileiro. Entre unidade e independência*. São Paulo: LTr, 2015. p. 144.

33 COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Borges da. *Ministério Público brasileiro. Entre unidade e independência*. São Paulo: LTr, 2015. p. 137.

A Recomendação nº 34 do Conselho Nacional do Ministério Público valorizou, justamente por essa razão, o *poder de agenda* do Ministério Público, ao definir que o planejamento institucional fará parte das matérias consideradas de interesse público para fins de intervenção (arts. 1º, I e 5º, parágrafo único). Mais recentemente, em matéria de proteção do patrimônio público, a Recomendação nº 42 do Conselho Nacional do Ministério Público determina que cabe ao Ministério Público: “estabelecer critérios objetivos e transparentes que permitam a priorização de atuação em casos de maior relevância e com maior potencial de retorno para o erário e para a sociedade, bem como a não atuação justificada em matérias de menor relevância” (art. 7º). Percebe-se, a olhos vistos, uma mudança de direção em prol da efetividade da tutela dos direitos, em consonância com a exigência do CPC/2015, não bastando mais a atuação formal em todos os processos.

Perceba-se que, à luz do paradigma do CPC/1973, o Ministério Público na função de curador da lide atuava em nome do Poder Público, que era confundido com o interesse público, e visava à aplicação estrita da lei, que, por se pressupor clara e inequívoca, não necessitava de interpretação.

Natural, naquele paradigma, a afirmação de que não cabia ao próprio Ministério Público, interpretando a lei e a Constituição, definir prioridades de atuação.

Contudo, o novo paradigma constitucional, o CPC/2015 e a revolução teórica decorrente da compreensão do papel do intérprete e dos limites da interpretação impõem ao Ministério Público este poder e a responsabilidade que lhe é correlata: tornar efetivos os direitos fundamentais, planejando claramente suas prioridades e prestando contas públicas de sua atuação.

6. UM OLHAR PARA ALÉM DO NOSSO QUINTAL: PARA ONDE CAMINHA O MINISTÉRIO PÚBLICO? FOCO NA EFETIVIDADE E NO ESTÍMULO À PROATIVIDADE POSITIVA

Nesse quadro normativo, o Ministério Público precisa refletir sobre sua verdadeira vocação, servindo-se das análises críticas da ciência política e da sociologia, ao lado de uma análise dogmática.

A doutrina já despertou para a análise sociológica e política do Ministério Público.³⁴ Temas como a participação ativa do Ministério Público no desenvolvimento da legislação; o aproveitamento pelo Ministério Público do momento de redemocratização e das ondas renovatórias do movimento mundial pelo acesso à Justiça para consolidar o seu papel de principal defensor

34 KERCHER, Fábio. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2009; ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002; ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada. As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010, p. 329. Tese de Doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo. Orientador: Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek. São Paulo, 17-9-2010; GOULART, Marcelo Pedrosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

dos direitos fundamentais individuais e coletivos no ordenamento brasileiro; a ligação teórica entre promotores de Justiça e a defesa dos direitos difusos e coletivos como principal bandeira reformadora do Ministério Público na área cível; o afastamento gradativo do Poder Executivo e a consolidação da independência administrativa; a alegação pelo Ministério Público da indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos, ao lado da hipossuficiência organizativa da sociedade para defender esses direitos;³⁵ foram considerados elementos da formação política do Ministério Público brasileiro pós-Constituição de 1988, identificando sua atividade com o “voluntarismo político” por parte da classe, seu envolvimento direto com as questões mais importantes do processo de redemocratização.

Em outro trabalho foi criticada a “falta de equacionamento definitivo de suas relações com o Poder Executivo e o mundo da política”, quer em razão de sua característica de ser instituição nova, quer pelo fato de, historicamente, o Ministério Público assumir uma “posição secundária na composição das elites jurídicas”.³⁶

Gostaríamos de esclarecer que, na nossa visão, o Ministério Público não é uma instituição “voluntarista” ou “ativista”. A vontade desenhada nas suas atribuições e funções é a “vontade de Constituição” – o ativismo é o das leis e da Constituição. Como qualquer intérprete, o Ministério Público deverá ser vinculado pela tradição jurídica, pelos direitos fundamentais e pelas leis, salvo inconstitucionalidade, não podendo emitir “opinião” processual sem fundamento no ordenamento jurídico (interpretação realista moderada e responsável, ver *supra*). São as leis e a Constituição que são ativistas no Brasil, não o Ministério Público e os juízes (REsp 650.728/SC, rel. Min. Herman Benjamin).

A instituição deve aproveitar a oportunidade para se autoconhecer e avançar mais no seu compromisso com o regime democrático constitucionalmente estabelecido. Traçadas as diretrizes constitucionais, o Ministério Público precisa dar uma virada hermenêutica, um giro de Copérnico, superando o dilema da esfinge.

A questão, na verdade, é institucional. Se o Ministério Público é combativo, talvez esse seu caráter fosse intensificado com a utilização de instrumentos para a criação de uma política institucional unificada. Se os promotores defendem os interesses da sociedade, talvez o fizessem com maior amplitude se existissem incentivos que premiassem os mais ativos.³⁷

35 ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.

36 ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada. As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010, p. 329. Tese de Doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo. Orientador: Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek. São Paulo, 17-9-2010, p. 292.

37 KERCHE. *Virtude e Limites: Autonomia e Atribuições do Ministério Público no Brasil*, p. 110/111.

O certo é que, em uma democracia, precisamos de controles e instituições fortes, de uma prática jurídica institucionalizada e consistente.³⁸ Portanto, “a necessidade de instrumentos institucionais que tornem possível a responsabilização dos atores estatais e algum grau de interferência externa não são apenas aspectos normativos da democracia contemporânea, mas elementos definidores da própria democracia”.³⁹

O Ministério Público, como instituição de garantia dos direitos fundamentais e da democracia, mais do que qualquer outra instituição constitucional, deve fazer valer a regra de que a democracia se faz com ação, não nasce pronta, não se encontra na natureza.⁴⁰ O Ministério Público deve defender os direitos fundamentais, estruturando-se adequadamente para tanto.

A Constituição definiu o Ministério Público como instituição essencial à implementação do projeto de democracia substantiva, vinculando-o a esse projeto. Em razão dessa vinculação, os princípios e objetivos fundamentais da República orientam a sua atuação. Importa dizer que o Ministério Público apresenta-se como uma das instituições construtoras da *sociedade livre, justa e solidária*. O objetivo institucional confunde-se, portanto, com o objetivo da República.⁴¹

Parte II – As Normas Fundamentais do CPC e a Atuação do Ministério Público na Garantia dos Direitos Fundamentais

As normas fundamentais estão espalhadas por todo o CPC, mas devem ser lidas à luz da Constituição e do bloco de fundamentalidade. Compõem o *bloco de fundamentalidade* as normas processuais fundamentais admitidas ao nosso ordenamento por tratados internacionais, novas leis processuais esparsas e pela formação de precedentes que densifiquem as normas processuais fundamentais já existentes.

Outra observação importante é a espécie normativa atribuída às normas fundamentais. As normas fundamentais poderão ser regras, princípios ou postulados normativos aplicativos (procedimentos para aplicação de normas processuais). A sua interpretação a partir do texto e a função para a qual serão utilizadas definirão qual das três espécies que irá predominar no caso concreto, no momento da aplicação (dissociação heurística). As normas fundamentais,

38 MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

39 KERCHE. *Virtude e Limites: Autonomia e Atribuições do Ministério Público no Brasil*, p. 110-111.

40 ZANETI, Hermes. Apresentação. In: ZANETI, Hermes (Org.). *Democracia: a grande revolução*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996. p. 9-10.

41 GOULART, *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*, p. 108.

portanto, funcionam em um modelo combinado e que expressa normas fundamentais dos três tipos, regras, princípios e procedimentos.⁴²

A Parte Geral do Código de Processo Civil apresenta a denominação específica e maior concentração por número sequencial de artigos que referem às normas fundamentais. Contudo, assim como, no caso dos direitos fundamentais, que sabidamente não se limitam ao art. 5º da Constituição, as normas fundamentais se especificam em diversas passagens do texto do CPC, não se limitando aos doze primeiros artigos.

Por exemplo, há no CPC a norma fundamental da fundamentação das decisões prevista no art. 11 e detalhada no art. 489, § 1º, que aparece já na Parte Especial, quando trata do procedimento comum. Também é o caso do autorregramento da vontade mediante negócios processuais (art. 190, CPC) e dos precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926 e 927, CPC).

A seguir ilustraremos as dezessete normas que consideramos fundamentais para compreender o CPC, alertando para o papel que as Cortes Supremas exercem na densificação destas normas e na garantia da unidade do direito como um todo, a partir do novo texto legal. São os doze primeiros artigos (art. 1º ao 12, CPC), o artigo que trata do autorregramento da vontade no processo, possibilitando negócios processuais atípicos (art. 190, CPC), o artigo sobre a fundamentação adequada (art. 489, § 1º, CPC), os artigos que tratam dos precedentes normativos formalmente vinculante (arts. 926 e 927, CPC) e o artigo que trata dos casos repetitivos (art. 928, CPC).

Uma metáfora pode nos ajudar a compreender ainda melhor a função narrativa que as normas fundamentais do CPC exercem, conferindo unidade ao conjunto. Este conjunto de artigos permite compreender a extensão das mudanças do novo ordenamento processual e permitem olhar a floresta, para além das árvores que insistem em borrar a nossa visão do conjunto. Ao focar em um instituto novo, o leitor deixa de perceber o conjunto das normas processuais fundamentais e a sua necessária articulação de sentido. Não adianta compreender a justiça multiportas, os negócios processuais e os precedentes vinculantes sem relacioná-los com a finalidade do processo: a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva.

42 Ao lado da versão passiva das espécies de normas (regras e princípios) existe uma versão ativa (postulados normativos aplicativos ou procedimentos) que formam um modelo combinado. Na conhecida classificação de Humberto Ávila, também referida por R. Alexy como regras, princípios e postulados normativos aplicativos/procedimentos. A identificação da norma como uma ou outra espécie decorre de uma dissociação heurística, resultado da interpretação. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos [2003]. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Nos termos defendidos pela doutrina um modelo combinado de regras, princípios e procedimentos é mais racional e adequado: “Lo que hasta ahora se há descrito, el nivel de la regla y el de los principios, no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan sólo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiera obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado *modelo reglas/ principios / procedimiento*”. ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 173/174.

Os ângulos de visão tradicionais apontam para normas, regras, princípios e postulados normativos aplicativos que direcionam nossas condutas no processo, como comandos imediatamente aplicáveis. Contudo, as normas fundamentais possuem também uma função hermenêutica, orientam como os demais dispositivos do Código devem ser compreendidos e quais os comportamentos que se esperam do juiz, das partes e de todos aqueles que de qualquer forma atuem no processo nas múltiplas relações jurídicas que se formam ao longo do arco procedimental. Mesmo dispositivos que não possuíram alteração na sua redação da versão do CPC/1973 para a redação do CPC/2015 devem agora ser interpretados à luz destas normas narrativas. As normas processuais fundamentais têm, portanto, uma eficácia irradiadora.⁴³

O CPC/2015 é instituidor de uma comunidade de trabalho em prol de comportamentos objetivamente éticos que favoreçam o julgamento de mérito para garantia da tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, nos termos das promessas constitucionais do legislador constituinte de 1988. As normas fundamentais que comentaremos a seguir permitem garantir ao CPC sua unidade narrativa e interpretar o Código para atingir esses objetivos.

Cabe ao Ministério Público, como instituição de garantia dos direitos fundamentais, zelar pelo atingimento da finalidade das normas fundamentais. Assim, todas as vezes que nos referirmos ao juiz e aos comportamentos das partes, deve-se ter presente que o Ministério Público, por suas características de parte vinculada à promoção (dever-poder) da tutela dos direitos fundamentais, deve adotar o máximo esforço institucional para garantir, tanto como parte quanto como fiscal do ordenamento jurídico, a plena aplicação desse conjunto normativo.

7. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

As normas fundamentais tratam da constitucionalização do direito processual (art. 1º, CPC). A lógica e a racionalidade dos dispositivos que estabelecem os direitos fundamentais na Constituição são as mesmas que orientam os comportamentos de boa-fé objetiva, cooperação e contraditório como direito de influência e dever de debates no CPC. Além das observações já realizadas nos itens anteriores, é bom marcar aqui que *a Constituição confere unidade* ao Código e aos microssistemas e demais sistemas processuais que transitam em um espaço comum entre elipses secantes. Poderíamos falar, portanto, de um modelo processual constitucional que orienta a

43 A eficácia irradiadora pode ser compreendida a partir da passagem dos direitos fundamentais de uma relação vertical, apenas vinculando as relações entre os titulares dos direitos e o Estado, para uma relação horizontal, com a vinculação também dos particulares entre si (Drittwirkung), CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1287/1290. Os direitos fundamentais possuem ainda uma dimensão objetiva e subjetiva, negativa e positiva. A teoria das normas fundamentais processuais tem muito a ganhar com as comparações com a teoria dos direitos fundamentais. Para a compreensão da eficácia imediata, da eficácia nas relações privadas, dos aspectos subjetivos, objetivos e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e outros aspectos da teoria dos direitos fundamentais no Brasil. cf. SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, esp. p. 344/354.

interpretação e a aplicação de todas as demais regras e princípios processuais, nos mesmos termos do que ocorre em relação aos direitos fundamentais materiais, desenhados a partir da Constituição, mas completados pelas normas fundamentais previstas na legislação processual infraconstitucional, que passam a fazer parte do bloco de constitucionalidade. Nesse sentido, podemos falar que as normas fundamentais processuais formam um *bloco de fundamentalidade* em conjunto com as normas constitucionais.

A evolução da relação entre direito processual e Constituição ocorreu ao longo dos últimos dois séculos. Trata-se do completamento de uma passagem de três estágios, bem marcados pela doutrina: um *primeiro estágio*, no qual o processo civil era visto a partir apenas das *regras infraconstitucionais*; um *segundo estágio*, no qual se concretiza a *constitucionalização de garantias processuais (primeira constitucionalização do processo civil)*; um terceiro, e *derradeiro, estágio*, no qual o processo civil somente pode ser *compreendido a partir dos direitos fundamentais*. Neste estágio final, a teoria dos direitos fundamentais assume o papel preponderante nos ordenamentos constitucionais positivados e constitucionaliza os ramos do direito infraconstitucional (*segunda constitucionalização do processo civil*).⁴⁴

Assim, nenhuma interpretação da norma processual será válida, se não observar os parâmetros interpretativos constitucionalmente estabelecidos, bem como se não observar a sua tradução nas normas fundamentais processuais estabelecidas no CPC/2015.

Essa conclusão implica o reconhecimento do princípio ou máxima da supremacia da Constituição. Portanto, para além da interpretação conforme, prevista expressamente no art. 1º, CPC, também as submáximas da força normativa da Constituição e da máxima eficácia e efetividade da Constituição devem orientar a interpretação dos textos dos dispositivos normativos do CPC.⁴⁵

8. ACESSO À JUSTIÇA E JUSTIÇA MULTIORTAS: DEVER DE ESTÍMULO À CONCILIAÇÃO

O acesso à Justiça, no CPC, será garantido pela tradicional porta do Poder Judiciário, mas também através da *justiça multiortas* (art. 3º, §§ 1º a 3º, CPC), ou seja, através de *todos os meios adequados à tutela dos direitos*.

A arbitragem como meio heterocompositivo, a conciliação, a mediação e a negociação direta, entre outros meios autocompositivos, são institutos e

44 Defendendo a constitucionalização integral do processo a partir dos direitos fundamentais cf. ZANETI JR., *A Constitucionalização do Processo*, passim; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 43; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17/18; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 46; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 1º ao 69*. Vol. I. São Paulo: RT, 2016, p. 98.

45 SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 222; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 1º ao 69*. Vol. I. São Paulo: RT, 2016, p. 102.

instrumentos fortemente estimulados pelo CPC a ponto de consistirem em um verdadeiro dever de estímulo à autocomposição por parte dos advogados, defensores públicos, magistrados e membros do Ministério Público (art. 3º, § 3º, CPC).⁴⁶ Não há dever de autocomposição, o que seria contrário aos princípios básicos da matéria (art. 166, *caput*, CPC), em especial à autonomia da vontade; o que existe é um dever de *estímulo*, de comportamento favorável às soluções consensuais.

A grande novidade, portanto, reside no fortalecimento das políticas públicas de estímulo à autocomposição – um dos pilares na *nova justiça civil*, ao lado dos precedentes judiciais. O acesso à Justiça apenas pelo Poder Judiciário resultou em um país com 100 milhões de ações, conforme os dados do Justiça em Números do CNJ, e mostra claramente que as opções de acesso à Justiça devem ser ampliadas para garantir, de forma adequada, a tutela efetiva, mesmo que para além e fora do Poder Judiciário.⁴⁷

Existe uma série de vantagens na autocomposição. Importa aqui salientar as mais importantes: menor tempo de resolução do litígio, custos menores para o Estado, maior probabilidade de uma satisfação imediata sem a necessidade de desdobramentos em atos executivos ou cumprimento de sentença e ausência, de regra, de impugnações mediante recursos.

A autocomposição não se confunde com a transação civil, prevista no art. 841 do CC. A autocomposição poderá abarcar direitos indisponíveis.⁴⁸ A autocomposição não exige, portanto, concessões.⁴⁹ O guia para saber se há correção procedimental e material na autocomposição é verificar se o procedimento atinge à tutela adequada dos direitos.⁵⁰ Por esta razão, a doutrina

46 Para um maior detalhamento do ordenamento jurídico atual, com referência aos demais textos normativos, tais como a Lei de Arbitragem, a Lei de Mediação, as Resoluções do CNJ e do CNMP e o panorama comparado, cf. os trabalhos publicados na coletânea: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

47 ALMEIDA, *As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça*, p. 53 e ss. Destaca-se a afirmação do autor de que o “acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito”, incluindo as instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública e os institutos como a arbitragem e a negociação, é muito mais amplo do que o acesso à Justiça através do Poder Judiciário. Cita, como exemplo, a previsão constitucional das soluções não jurisdicionais (não adjudicatórias) a *solução pacífica das controvérsias*, prevista no preâmbulo da CF/88 e parte do bloco de constitucionalidade, e no âmbito das relações internacionais, a solução pacífica dos conflitos, prevista no art. 4º, VII, CF/88. Marca, assim, a distinção entre acesso à Justiça pela via adjudicatória e acesso à Justiça pela via da solução pacífica (consensual).

48 Sobre o tema, apenas exemplificativamente, cf. VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 405/430 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

49 Há uma grande difusão de nova doutrina sobre o tema, em particular o Projeto de Negociação de Harvard tem impactado a forma como vemos, pensamos e atuamos em negociações de autocomposição. Um bom guia introdutório para os principais pontos dessa virada pode ser encontrado em FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim. A Negociação de Acordos sem Concessões*. 2ª ed. Trad. Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. Rio Janeiro: Imago, 2005. Aplicando esses princípios ao Ministério Público brasileiro, cf. ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D’Placido, 2016.

50 SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 769/787, esp. p. 773/774 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

não fala mais em meios alterativos de resolução de litígios, mas em meios adequados de solução de litígios.

Os sinais dessa mudança de paradigma estão espalhados por todo o CPC. Em especial destacam-se a possibilidade de autocomposição a qualquer tempo como dever dos magistrados e do tribunal (art. 139, VI, CPC), a audiência de conciliação e mediação obrigatória (art. 334, § 4º, CPC), a possibilidade de conciliar a qualquer tempo mesmo com a alteração objetiva ou subjetiva da demanda; sem limitações, portanto, quanto aos sujeitos processuais ou quanto ao pedido e a causa de pedir, como expressamente disciplinado na fase de cumprimento da sentença (art. 515, § 2º).

A disciplina mais extensa quanto ao tema no CPC trata da regulação da atividade dos conciliadores e mediadores (art. 165 a 175, CPC). Define-se a atividade de mediação como aquela que as partes têm uma relação anterior, na qual o mediador apenas favorece o reestabelecimento do diálogo, para que as partes, por si próprias, identificando seus interesses, encontrem a solução adequada. A conciliação, por sua vez, caracteriza-se por ser atividade de cunho mais proativo, com a sugestão de soluções por parte do conciliador, quando as partes, de regra, não têm relação anterior.

Contudo, em litígios concretos, poderá ocorrer intercambialidade das técnicas (art. 166, § 3º, CPC), utilizando-se ora da mediação, ora da conciliação. Existem, ainda, muitas outras técnicas, como a negociação direta, na qual as partes debatem sem a intervenção de um terceiro, a exemplo dos termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público.⁵¹

Cresce, atualmente, a possibilidade de design de sistemas e processos para gerenciamento de disputas (DSD).⁵² Exemplos nacionais bem-sucedidos dessa atividade, que inclui, não somente a conciliação e a mediação, mas também a construção de procedimentos para sua efetivação, podem ser encontrados nos casos dos acidentes da TAM (Câmara de Indenização 3054) e da AIR FRANCE (Programa de Indenização 447).⁵³ O CPC reconhece a livre autonomia

51 Sobre a negociação direta e o Ministério Público, já prevista expressamente na Resolução CNMP nº 118/2014, cf. BADINI, Luciano. Reflexões sobre a negociação e a mediação para o Ministério Público. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 225/236; SALTZ, Alexandre Sikinowski. De fiscal da lei à fiscal da ordem jurídica. A solução consensual dos conflitos como novo espaço de atuação institucional. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237/252; MORAES, Paulo Valério dal Pai. Novo Código de Processo Civil – O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito – negociação, mediação e conciliação. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 253/274; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 709/726. Especificamente sobre mediação, cf. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

52 SANDER, Frank E. A.; BORDONE, Robert C.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013.

53 FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 23, jul/set, 2009; ARAUJO, Nádia; FÜRST, Olívia. Um exemplo brasileiro de uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 91/104, p. 337/349, jan./fev., 2014.

dos interessados para definição das regras procedimentais (art. 166, § 4^a, CPC), cabendo ao Ministério Público, nos processos em que atua, assegurar que os procedimentos desenhados para a solução da controvérsia mediante autocomposição preservem o interesse público, os bens jurídicos tutelados e os direitos e garantias das partes a quem está vocacionado para tutelar.

A autocomposição é guiada por princípios comuns, tais como a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada. Nos processos que envolvem o Ministério Público, a confidencialidade deve ceder a publicidade, em razão da presença de interesse público, salvo nas hipóteses de decretação de sigilo. Esse afastamento da confidencialidade permite também que o juiz conduza o processo conciliatório, sem ofensa ao princípio.⁵⁴

Importante alteração no CPC é a possibilidade de procedimento autônomo de produção antecipada de provas com a finalidade de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito (art. 381, II, CPC). Esse procedimento não existia na codificação anterior e permite que a autocomposição preserve o princípio fundamental da decisão informada. A prova será produzida em contraditório prévio ou diferido, nos casos em que se justifique sua realização inaudita altera parte, tendo validade plena para processo futuro entre as mesmas partes, pelo que, esclarecidos os fatos, facilitará em muito a autocomposição.

Cabe, contudo, uma importante anotação crítica em relação aos meios alternativos de solução de litígios (*ADR – Alternative Dispute Resolution*). Há um certo ufanismo ou idealismo por trás dessa solução que deve ser desmentido. A solução consensual nem sempre é possível e nem sempre é a melhor. Quando os direitos envolvidos forem indisponíveis (muito embora seja cabível a solução consensual, quanto ao tempo, a forma e ao modo de implementação), a atenção deve ser redobrada. Em alguns casos, não é possível falar em qualquer acordo, por exemplo, antes da produção da prova. Nesses casos, a negociação pré-processual acaba sendo um artifício das partes para alongar ainda mais os prazos processuais. O Estado quer favorecer os meios alternativos também por serem eles mais baratos. O certo é que o processo judicial, muito embora custoso e lento, ainda é o meio mais garantista para a solução dos litígios.⁵⁵ Isto implica reconhecer que, muito embora, exista o dever geral de estímulo a solução consensual, justificadamente, poderão as partes requerer o prosseguimento do processo judicial, quando entenderem impossível a conciliação. O acordo, é bom frisar, deve ser adequado à tutela do direito,

54 Para maior aprofundamento desta questão nos processos coletivos cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Vol. 4, capítulo sobre justiça multiportas.

55 FISS, Owen. “Contra o Acordo”. In.: Owen Fiss. *Um Novo Processo Civil. Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. da trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 121/145 – p. 121; NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 23/24.

nos processos coletivos à tutela integral. Por isso, a questão gira em torno de compreender adequadamente o conflito para negociar acordos sem concessões.

9. PROCESSO JUSTO (FAIR TRAIL, DUE PROCESS OF LAW, PROCESSO GIUSTO)

Pode-se dizer que a finalidade do CPC/2015 visa a assegurar o direito ao processo justo, com a obtenção e uma decisão justa⁵⁶, não na concepção filosófica de justiça, mas entendendo como decisão justa (art. 6º, CPC) aquela capaz de tutelar os direitos de forma adequada ao direito material e às partes aos quais irá versar, tempestiva, que venha num tempo razoável, e efetiva, que deve ser realizada no mundo real⁵⁷, bem como será considerado justa a decisão que observe a unidade do direito (arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927, CPC, precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes)⁵⁸.

O CPC trata do processo justo (art. 2º e 8º, CPC), disciplinando o princípio da demanda, os poderes de impulso oficial, os casos e que a legislação autoriza a relativização de um e outro para atingir a finalidade do processo, a exemplo do autorregramento da vontade e dos poderes instrutórios e de gerenciamento do processo pelo juiz, entre outros. As normas fundamentais analisadas neste tópico são, em certa medida, um desdobramento do processo justo.

10. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

O princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC) é ligado ao vetor da efetividade no processo. Podemos dizer que o vetor da efetividade resulta do fundamento do direito de ação – ação esta que teve o foco deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício.⁵⁹ Isso porque a declaração de direitos não é suficiente, mas sim sua realização no mundo real,⁶⁰ com a “entrega do bem da vida” perquirido.

Nesse sentido, destaca-se no Código, como decorrência do vetor da efetividade, o princípio da primazia do julgamento de mérito.

A primazia do julgamento de mérito é uma contribuição do direito processual coletivo ao direito processual individual, pois foi o processo coletivo,

56 SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p. 736/744.

57 ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil – Do Processo de Execução – arts. 824 a 925*. São Paulo: RT, 2016, vol. 13, no prelo.

58 SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 736/744; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à Interpretação da Jurisprudência ao Procedente*. São Paulo: RT, 2015, *passim*.

59 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit. 94.

60 “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza com direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência”. JHERING, Rudolf Von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n. XXXVIII, p. 32, t. III, n. 43, p. 17, da edição espanhola de 1910, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Editorial Bailly-Bailliere *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: ed. Saraiva, 2003, p. 244.

em razão do interesse público primário que lhe anima, o primeiro a consagrar a primazia do julgamento de mérito.⁶¹

O julgador deve priorizar a decisão de mérito, realizando todas as medidas necessárias para que ela ocorra. Isso afeta a demanda principal, conforme a petição inicial, os recursos e as demandas incidentais, sendo dever do julgador trabalhar para sua integral solução de mérito, uma vez que as soluções processuais, como o julgamento sem exame do mérito, acarretam um dispêndio enorme de tempo e esforço dos órgãos jurisdicionais, com gasto de recursos financeiros do Estado, sem que se obtenha a prestação jurisdicional almejada pelos requerentes e se ponha um fim definitivo a questão em julgamento. O Ministério Público deve igualmente zelar pelo julgamento de mérito. Como veremos adiante, esta norma fundamental implica revisitar todas as teorias e concepções que construíram o direito processual civil como um fim em si mesmo, a exemplo das teorias das condições da ação, dos pressupostos processuais e de admissibilidade recursal e das nulidades.

As chamadas “sentenças processuais”, que resultam na extinção do processo sem a análise do mérito da causa, muitas vezes quando seria possível superar a irregularidade e julgar o seu mérito, são essencialmente injustas e contraditórias com o fim do processo no Estado Democrático Constitucional que é a tutela dos direitos, pois apenas protelam a análise do problema, sem satisfazer aos interesses das partes de forma definitiva, muitas vezes atendendo a uma lógica perversa de jurisprudência defensiva por parte dos tribunais.⁶²

Sentenças extintivas do processo sem julgamento de mérito, quando se poderia analisar o mérito mediante a adoção de diligências corretivas pelo julgador e pelas partes, são o fruto de um superado formalismo excessivo que atribuía o contraditório apenas às partes e reconhecia ao juiz uma função assimétrica dentro do processo judicial, ora como convidado de pedra, ora como algoz estatal. O juiz, sem determinar a correção ou permitir às partes sanar o vício, acabava sancionando com a extinção qualquer “erro” das partes no processo.

Percebe-se aqui uma clara contraposição entre o processo como coisa das partes e o processo como interesse público, fim em si mesmo, independentemente do interesse das partes, ambas visões superadas do fenômeno processual por serem insuficientes para garantir a sua finalidade: a tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva. O Estado Democrático Constitucional, ao não se mostrar nem liberal nem estatal, combina as versões para permitir a intervenção mais ativa do juiz, desde que em diálogo com

61 Ademais, a coisa julgada *secundum eventum probationis* existente no microsistema da tutela coletiva demonstra que se pretendeu a garantia do julgamento pela procedência ou improcedência fosse efetivamente de mérito, e não uma decisão que se limite a aplicar o ônus da prova como regra de julgamento. Concepção original do princípio deve ser reconhecida a ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 571/572, posteriormente acompanhado por DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4. p. 103/106.

62 CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 229/234.

as partes que limite o exercício arbitrário do poder estatal, conformando a atividade de todos que atuam no processo em uma comunidade de trabalho para atingir a finalidade do processo. O processo não é fim em si mesmo, nem instrumento de afirmação dos direitos da parte mais forte.

O paradigma do formalismo valorativo, ao submeter o juiz ao contraditório, compreendido como direito de influência e dever de debates, impõe ao órgão de decisão o dever de julgamento de mérito sempre que este for possível.⁶³ Esta postura ativa do juiz, decorrente da determinação legal (arts. 4º, 10, 354, § 3º, 370, 373, § 1º, 400, parágrafo único, 488, 932, parágrafo único, entre outros do CPC), seria incompatível com o dogma da neutralidade judicial e da vedação da antecipação do entendimento do juiz como elementos de sua imparcialidade. No Estado Democrático Constitucional, o juiz não é neutro porque trabalha pelo julgamento de mérito, determinando condutas às partes que possam viabilizar essa decisão.

Exemplos deste princípio estão espalhados por todo o Código: a) nas normas fundamentais, a exemplo da menção de que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º); b) no regramento das nulidades, pois, quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação da nulidade o juiz não a pronunciará, nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, ultrapassando a nulidade em favor do mérito (art. 282, § 2º, CPC), bem como não será decretada a nulidade de nenhum ato processual se o vício apontado não causar prejuízo, dependendo a nulidade da efetiva demonstração do prejuízo “aos fins de justiça do processo” e “ao direito fundamental ao processo justo” (art. 282, § 1º, CPC, *pas de nullité sans grief*);⁶⁴ c) nas normas sobre requisitos de admissibilidade e pressupostos processuais, incluídos aqui, para alguns que ainda sustentam a categoria, as chamadas condições da ação, tanto como norma geral, que determina que desde que possível o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento sem resolução do mérito (art. 488, CPC, com referência ao art. 485, CPC), quanto como norma específica em relação aos tribunais, pois antes de considerar inadmissível o recurso o relator deverá conceder prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível (art. 932, parágrafo único,⁶⁵ ver ainda os arts. 1.017, § 3º, 1.029, § 3º, CPC).

63 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo”. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 1-31, jul. 2006.

64 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, p. 294; BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 70 ao 187*. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p. 394.

65 Nos tribunais, a não observância deste artigo desafia o agravo interno, nos termos do art. 1.021, CPC.

O Ministério Público tem neste princípio a consolidação de seu poder de agenda.⁶⁶ Como já é defendido por boa parte da doutrina nacional, a iniciativa da identificação do interesse público no processo é da própria instituição, matéria cada vez melhor regulada pelo CNMP, a exemplo da Recomendação nº 34 e da Recomendação nº 42. Ora, o CPC reconhece este poder de agenda, ao determinar que, mesmo nos casos de intervenção obrigatória do Ministério Público, caso este não intervenha, não haverá nulidade absoluta de plano, como já fora defendido em tempos passados. A nulidade depende da efetiva comprovação de prejuízo, e o membro do Ministério Público poderá se manifestar pela sua não ocorrência. Isto porque determina o CPC que a nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo (art. 279, § 2º, CPC).

Como se percebe, claramente, não se trata de uma mera declaração de vontades, mas de princípio com extremada força normativa, que preenche a lógica própria do ordenamento processual, visando à tutela dos direitos, e não o processo como fim em si mesmo.

Há, neste caso, uma verdadeira mudança paradigmática no processo civil brasileiro a ensejar uma revisão integral da função dos tribunais e juízes, assumindo a resolução do mérito e a ideia de que efetivo é o processo que atinge o julgamento final um princípio vetor dos julgamentos no Brasil. Esse princípio está intimamente ligado aos princípios do contraditório, da cooperação e da boa-fé processual, servindo de limite e controle para uma visão do processo que pretenda a celeridade a qualquer custo.

11. BOA-FÉ, LEALDADE PROCESSUAL E VEDAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL (BONA FIDES, BUONA FEDE, TREU UND GLUABE, GOOD FAITH, LOYAUTÉ)

O processo não é um espaço livre de moralidade (moral free ou *moralinfrei*) como queria a doutrina processual do séc. XIX e XX e o CPC/1973. A moral, contudo, não é subjetiva, mas apurada através das escolhas normativas, especialmente, no Estado Democrático Constitucional, as escolhas normativas da Constituição, ao estabelecer os direitos fundamentais.⁶⁷ As opções políticas e culturais do ordenamento jurídico, portanto, interferem no processo. “O Direito Processual Civil não é política ou culturalmente neutro”.⁶⁸

A própria ideia de boa-fé foi constitucionalizada no ordenamento jurídico processual brasileiro ao se exigir de todos o respeito ao devido processo legal e

66 Como exemplifica BERALDO, Maria Carolina. O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). Principais inovações e aspectos específicos da atuação ministerial. Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA953794A4101537BA200B059B5>>, p. 42. Acesso em: 20.11.2016.

67 Para aprofundar o debate entre direito e moral cf. ZANETTI JR., Hermes, *O Valor Vinculante dos Precedentes*, p. 116 e ss.; FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoria della Democrazia*, p. 309.

68 KOCHEN, Ronaldo, *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationmaxime)*, p. 311, a partir das lições de Karl August Betterman e Rudolf Wasserman.

do Estado o dever de fomentar a confiança legítima do jurisdicionado (art. 5º, LV c/c art. 37, *caput*, CF/88). No Estado Democrático Constitucional, há clara opção pela positivação da cláusula geral de boa-fé (*bona fides, buona fede, Treu und Gluabe, good faith, loyauté*) que resulta em duas perspectivas distintas: a) o modelo de processo civil cooperativo desenhado para garantia de um ambiente confiável e seguro no qual o contraditório e a igualdade processual alcançam pleno desenvolvimento; b) conformar o comportamento das partes para garantia da aderência a realidade e da confiança no tráfego processual, inclusive mediante sanções para os comportamentos contrários à boa-fé, à lealdade objetiva e em abuso de direitos processuais.⁶⁹

O art. 5º do CPC/2015 não tem correspondência no CPC/1973. O art. 14, II, CPC/1973 revelava uma extensão muito menor, vinculado à boa-fé subjetiva. Na doutrina, já haviam vozes pugnando pela ampliação do princípio para abarcar os novos conteúdos da boa-fé objetiva,⁷⁰ compreendida como norma de conduta. A norma é inspirada, como informa a doutrina, no art. 52 do Código de Processo Civil Suíço de 2009.⁷¹ O art. 266-A do CPC português também previa a boa-fé, mas apenas para as partes.⁷² No Brasil, a norma é ampliada, na medida que vincula, além das partes, também o juiz “e aquele que de qualquer forma participa do processo”.

“Não existe *princípio da boa-fé subjetiva* [...] A *boa-fé subjetiva* é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é *fato*, portanto”⁷³. Ao contrário do CPC/1973, o art. 5º estabelece o princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro como norma, independentemente da vontade da parte, das boas ou más intenções, de dolo ou culpa. Neste sentido, a norma implicará deveres das partes para com o processo e do juiz para com as partes, como já defendia a doutrina nacional e internacional sobre a matéria⁷⁴. Trata-se de uma cláusula geral processual, uma norma carente de densificação quanto ao seu conteúdo. A grande utilidade da cláusula geral nesta matéria já era defendida

69 MARINONI; MITIDIERO, *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 1º ao 69.*, p. 142.

70 DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011; CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil. Uma Análise Comparativa entre o Sistema Português e o Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 73.

71 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1. p.104.

72 Há no caso uma difusão mundial, como se constata da expansão do § 242 do BGB (Código Civil Alemão) e sua utilização também no processo civil. CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 375. Para outras referências cf. MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no Processo Civil*, 3ª ed., 91-93.

73 DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

74 TARUFFO, Michele. “General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness”. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, p. 106.

pela doutrina⁷⁵. A cláusula geral do art. 5º revela uma radical mudança de comportamento em relação ao processo tradicional, compreendido como coisa das partes (que deveriam adotar posturas livres e antagônicas) e a postura do juiz (detentor do poder estatal).

As partes têm deveres de lealdade objetiva na construção da decisão justa, pautados que estão por comportamentos objetivamente aferidos como norma de conduta (arts. 77 e 78, CPC). O juiz tem deveres em relação às partes, devendo agir de maneira leal e com proteção à confiança legítima dos jurisdicionados, nos mesmos moldes da confiança legítima que se impõe ao administrador público no trato com o cidadão.⁷⁶ O Ministério Público está vinculado à boa-fé objetiva tanto como parte quanto como fiscal do ordenamento jurídico. Também os órgãos públicos estão submetidos ao princípio.⁷⁷

Isso significa que o processo, visto na perspectiva pública e democrática, serve aos interesses das partes, mas também aos interesses da comunidade. Queremos dizer, o Estado, muito embora dirija o processo através do juiz, tem deveres com relação aos litigantes e com o processo, na obtenção da decisão justa e adequada de acordo com a boa-fé. O princípio da boa-fé processual deve ser deduzido a partir do princípio do devido processo legal, como indica a jurisprudência do STF (RE 464.963-2/GO, AI 529.733-1/RS).⁷⁸ O dever de cooperação decorre do princípio da boa-fé.⁷⁹ Há nesta matéria uma correlação entre o direito civil e o direito processual, sendo que o que vale para o direito civil, bem como a doutrina civilista da boa-fé, deve ser transportado e adaptado para o direito processual. Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé revela “uma transformação generalizada do ordenamento jurídico”,⁸⁰ atingindo não somente o direito processual, mas o direito administrativo, trabalhista, do consumidor etc.

75 VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169; CABRAL, Antônio do Passo. “O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 69; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 81.

76 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1234/1257; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 83; CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil. Uma Análise Comparativa entre o Sistema Português e o Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 72.

77 Na doutrina, relacionando os autores que restringem o princípio da boa-fé às partes, cf. DIDIER JR., Fredie. Art. 5º. In.: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 16. O tema é relevante. Em um Estado Democrático Constitucional não parece correto excluir os deveres objetivos dos órgãos do Estado, reconhecendo comportamentos objetivos também para o juiz. O Ministério Público em suas amplas atribuições atua como parte e como órgão de decisão, a exemplo da decisão entre arquivar, ajuizar ação ou formular termo de ajustamento de conduta. É de se esperar, portanto, sua conformação em todas as posições em conformidade com a boa-fé.

78 DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 88/89.

79 DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 103.

80 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 383/392; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 102.

O princípio da boa-fé processual desdobra-se em dois subprincípios principais, segundo a doutrina⁸¹: a) *proteção da confiança*, que tutela a parte que foi levada a acreditar em um determinado estado de coisas, inclusive em relação ao comportamento do juiz e do Ministério Público; b) *prevalência da materialidade subjacente no caso concreto e da unidade do ordenamento jurídico*. Prevalência da materialidade subjacente e da unidade do ordenamento quer significar que uma análise dos objetivos ou princípios por detrás das normas jurídicas, que lhes determinam a direção e a finalidade, e as circunstâncias do caso concreto, que lhes dão os contornos de aplicação, deve ser realizada de forma a evitar uma leitura dos textos normativos desconectada com o ordenamento geral e com o caso concreto que possa resultar em aplicação rígida e formalista do direito processual (interpretação formalista perniciosa, já combatida pelo formalismo valorativo) que venha atingir finalidade oposta a tutela dos direitos.

Essas considerações nos permitem lembrar das regras de argumentação propostas pela doutrina para o direito como espécie de discurso prático, discurso prático do caso especial, segundo as quais deve-se argumentar com “pretensão de correção” e que todo o falante deve argumentar segundo a “verdade”.⁸² A norma processual que contém essas premissas da argumentação jurídica pode ser extraída no processo civil da combinação entre os arts. 5º, 6º e 77 do CPC/2015.

O princípio da boa-fé é expresso no art. 5º como uma cláusula geral, carente de densificação. A construção elaborada pelos tribunais a partir do texto normativo permitirá a densificação de novas hipóteses de incidência. A doutrina, contudo, já identificou alguns casos de incidência da boa-fé, a saber:

a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má fé; b) a proibição de *venire contra factum proprium* [vedação do comportamento contraditório]; c) a proibição de abuso de poderes processuais [ex., abuso do direito de defesa, art. 311 – tutela da evidência - e abuso do direito de recorrer]; d) *Verwirkung* (*supressio*, de acordo com a sugestão consagrada de Menezes Cordeiro): perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido⁸³.

Alguns exemplos de aplicação dessas regras foram aventados pela doutrina em relação a disciplina do novo CPC:

81 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1234/1257; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 83.

82 ZANETTI JR., Hermes, *A Constitucionalização do Processo*, Cap. 2.

83 DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 84.

a) a proibição de *criar dolosamente posições processuais* pode ser aferida no CPC/2015 no requerimento doloso da citação por edital (art. 258), na atuação dolosa do julgador (art. 143, I) e na disciplina dos casos de responsabilidade das partes por dano processual e litigância de má-fé (art. 79 a 81). Cabe salientar que, além dos que podem ser verificados subjetivamente (má-fé subjetiva), existem casos de litigância de má-fé objetiva, independentemente do comportamento da parte, como já defendera José Carlos Barbosa Moreira⁸⁴ em relação aos incisos V, VI, VII e VIII do art. 14, CPC/1973, agora transcritos no art. 80 do CPC/2015;

b) a proibição de *venire contra factum proprium* pode ser imputada à parte que recorrer de uma decisão a que já tenha manifestado aceitação tácita ou expressa (i.e. preclusão lógica, art. 1.000, CPC) ou requerer a invalidação, nulidade, de ato defeituoso a que dera causa (art. 276, CPC);

c) a proibição do *abuso de direitos processuais*, como o abuso do direito de defesa, a permitir a tutela da evidência (art. 311, I), o abuso do direito processual na escolha do meio executivo (art. 805), o abuso do direito de recorrer, gerando hipótese de litigância de má-fé objetiva (art. 80, VII);⁸⁵

d) a perda de poderes processuais pelo seu não exercício (*Verwirkung ou supressio*), que segundo a doutrina pode ocorrer pela demora excessiva na arguição de nulidade, e para o exercício do juiz do poder de controlar a admissibilidade processual, ultrapassado determinado período de tempo, aumenta o compromisso do julgador na análise de mérito, incidindo ainda mais forte o princípio da primazia do julgamento de mérito e os deveres de cooperação do juiz para com as partes para sanar os eventuais vícios e nulidades.⁸⁶ Um exemplo de dispositivo processual que pode ser interpretado nesse sentido é a previsão de que as partes após o saneamento solicitem esclarecimentos ou ajustes no prazo de cinco dias sob pena de a decisão se tornar estável (art. 357, § 1º, CPC);

e) a imposição do dever de cooperação (art. 6º, CPC);

f) a imposição do princípio de boa-fé aos negócios jurídicos processuais como condição de validade (art. 190, CPC c/c art. 422, CC);

g) o dever de interpretação do pedido (postulações) e das decisões judiciais de acordo com a boa-fé (art. 322, § 2º; 489, § 3º, CPC)⁸⁷.

Quanto a este último caso, cabe esclarecer que uma das funções da boa-fé é hermenêutica. Para o CPC, a interpretação do pedido (art. 322, § 2º) e das

84 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". In.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 26.

85 TARUFFO, Michele. *Relatório Geral. Abuso de Direitos Processuais. Padrões Comparativos de Lealdade Processual*. In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 385/410.

86 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1. p.110/113.

87 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*, p.112/113.

decisões (art. 489, § 3º) deve ser realizada conforme o *conjunto da postulação e da decisão* e de acordo com a boa-fé. Essa previsão pretende fazer com que interpretações excessivamente restritivas, literais, cedam espaço ao que efetivamente se pretendia com o pedido ou com a decisão, que deve ser lida de forma objetiva, mas não descontextualizada do processo e do conjunto dos elementos da petição e da decisão que está sendo interpretada.⁸⁸ Este tema tem utilidade prática na compreensão dos pedidos e da causa de pedir em matérias como a tutela do meio ambiente, tutela da saúde e outras. Assim, surgindo informações de que determinada técnica de proteção ambiental ou medicamento solicitada na inicial não é mais adequada, ainda no curso do processo, mesmo após a estabilização objetiva da demanda, e até mesmo na fase de execução (cumprimento), a interpretação do pedido e da decisão deve se curvar à realidade, respeitado o princípio do contraditório e a regra da vedação da decisão surpresa (arts. 7º, 9º e 10, CPC). O juiz poderá, a pedido do Ministério Público, determinar a aplicação de técnica ambiental distinta e o fornecimento de medicamento ou tratamento médico diverso.

12. COOPERAÇÃO (KOOPERATIONMAXIME): COMUNIDADE DE TRABALHO (ARBEITSGEMEINSCHAFT, CUMUNIONE DI LAVORO)

É incorreto imaginar que o princípio da cooperação represente uma colaboração irrestrita entre as partes e almeje uma realidade não litigiosa ao processo. A cooperação não é para as partes ou para o juiz; ao contrário, é formada por deveres objetivos de todos para com o processo, ao longo de todo o arco processual: “o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções”.⁸⁹

A regra do jogo é a civilização do litígio, não a barbárie ou a guerra processual. O processo não serve unicamente aos interesses das partes ou aos do Estado-juiz; sua finalidade é a tutela dos direitos.

Assiste razão a doutrina comparada quando afirma que seria

equivocado relacionar a ideia de cooperação no processo à colaboração harmônica entre as partes ou à imagem do juiz como terapeuta social [...] Para as *partes*, o princípio da cooperação não significa que elas devam resolver seu processo [...] em íntimo companheirismo [...] essa seria uma utopia alienígena

88 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*, p. 114.

89 DIDIER JR, Fredie. Art. 6º. In.: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19.

[...] a exigência de cooperação significa [...] que as partes – cada uma por si – discutam a adequada condução do processo pelo juiz e dela participem.⁹⁰

O princípio da cooperação destina-se, portanto, a transformar o processo civil em uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft, cumunione di lavoro*) e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados.⁹¹ Como se percebe, a cooperação processual trata da divisão de trabalho no processo e impõe um dever de conduta objetivo às partes e ao juiz em desdobramento do dever de boa-fé processual objetiva, sendo prevista como regra geral no art. 6º, CPC. Os comportamentos das partes e do órgão jurisdicional devem ser pautados de forma objetiva para que se obtenha a decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva. Não é uma questão de gostos ou vontades dos juízes, do Ministério Público e das partes, mas de conformação do ordenamento jurídico em um Estado Democrático Constitucional.

Isso não significa que as partes deixarão de ser litigantes e de atuar em polos contrapostos em benefício de seus próprios interesses, mas impõe às partes um comportamento processual pautado por uma cooperação objetiva, com deveres de conduta, sancionáveis em caso de descumprimento, e veda a atuação voltada a procrastinar o processo, evitar a justiça da decisão, resultar em decisões não resolutivas do mérito, prejudicar a produção da prova, etc. O processo é um ambiente regrado e disciplinado, ordenado para atingir um fim, não pode ser pensado como uma guerra, no interesse exclusivo das partes ou do Estado. Exemplo de comportamento contraditório à cooperação recíproca é a criação de fato superveniente para caracterizar impedimento do juiz ou do Ministério Público, atualmente expressamente vedada pelo art. 145, § 2º, CPC.

No processo civil, portanto, passa o CPC a reconhecer a exigência de comportamentos objetivos, contrafáticos, ou seja, contraintuitivos, regrados pela norma e não resultantes da praxe judicial. O direito é contrafático porque ao estabelecer um *dever ser*, organizando a *divisão de trabalho* entre os participantes do processo, combate normativamente determinadas posturas adotadas na prática processual, controla o agir estratégico dos envolvidos. Adota, portanto, um padrão de comportamento que se traduz em exigências de

90 GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 301/310, esp. p. 303/304. Conferir, ainda, a seguinte passagem da doutrina nacional: “A cooperação também não se trata nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de *solidariedade*, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho. O problema são os custos desta atividade não cooperativa em um sistema sobrecarregado e de alta litigiosidade – não apenas numérica, mas de diversidade de litígios”, THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 89.

91 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62.

comportamentos objetivos de todos aqueles que participam do processo e que configura a *cooperação para o processo*.⁹²

A convivência em sociedade civilizada impõe esse tipo de dever. Esse dever de comportamento objetivo no processo é resultante de um comando normativo e se espelha em uma série de outras áreas do direito, a exemplo do ocorrido, da mesma maneira, no direito civil, no qual se construiu uma doutrina da boa-fé objetiva, livre do subjetivismo comportamental, e, no direito penal, no qual se avançou para as teorias do dolo não subjetivistas, as chamadas teorias normativas do dolo.⁹³ No processo civil, assim como no Direito Civil e no Direito Penal contemporâneos, serão parâmetros objetivos que irão aferir o descumprimento desses deveres de comportamento. Esses deveres não se restringem às partes, mas se estendem a todos aqueles que de qualquer forma participem no processo.

É justamente em razão da cooperação que o juiz se submete, nos dias atuais, ao princípio do contraditório (art. 10, CPC). Os antigos brocardos latinos *iura novit, curia* (o tribunal conhece o direito) e *da mihi un factum dabo tibi ius* (traga-me os fatos que eu te darei o direito)⁹⁴ serão, a partir do art. 10 do CPC, mitigados em benefício dos deveres (direitos-deveres ou poderes-deveres) de esclarecimento, auxílio, prevenção e consulta, impostos ao juiz.⁹⁵

A cooperação é determinada entre todos os sujeitos do processo, que devem cooperar entre si, e ao longo de todo o arco procedimental, inclusive na fase de cumprimento e execução. Não há, portanto, como afirmar uma posição de assimetria do juiz em relação às partes. Todos estão em pé de igualdade em uma democracia.⁹⁶ O que diferencia a posição do juiz e das partes é apenas o exercício de funções distintas. As partes atuam no processo em função da satisfação dos próprios interesses. Ao juiz caberá, nos casos em que não ocorrer a autocomposição (fortemente estimulada pelo CPC/2015, a exemplo do art. 3º, § 3º), a função de decidir, coarctada pelo dever de fundamentação adequada

92 Nesse sentido, THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 87; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In.: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 151/173; NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

93 Uma das questões mais intrincadas do Direito Penal é justamente a aferição do dolo. As teorias chamadas volitivas-psicológicas já estão de há muito superadas (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002). Contemporaneamente a doutrina tem se preocupado com a aferição objetiva da vontade, desenvolvendo-se as chamadas teorias normativas do dolo. As teorias funcionalistas do sistema do delito desenvolvidas por Claus Roxin e Gunter Jakobs são fortemente normativas.

94 DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e a Causa de Pedir. O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.

95 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65/67.

96 Próximo, defendendo a inexistência de assimetria, porém sem reconhecer que o papel mais ativo do juiz – e, portanto, do Ministério Público – se revela como um desdobramento das suas funções no Estado Democrático Constitucional, cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 89. No sentido contrário, defendendo uma assimetria do juiz em relação às partes no momento de decidir, ou seja, que a função do juiz é paritária no diálogo e assimétrica na decisão cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015.

(489, § 1º), vedadas as decisões surpresa (art. 10). Trata-se de um dever, antes do que um poder, não cabendo ao juiz deixar de decidir por mera vontade, ou mesmo deixar de decidir alegando lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico (art. 140), o que esclarece tratar-se de função exercida não no interesse próprio, mas em benefício do interesse público primário. A mesma lógica se aplica à conduta do Ministério Público no processo.

A cooperação recíproca para a obtenção da decisão de mérito, justa, tempestiva e efetiva é decorrência dos *deveres anexos de cooperação* resultantes da atividade que cada um exerce na relação jurídica entre eles formada no processo, em cada umas das relações jurídicas formadas ao longo do arco processual, visto ser o processo um feixe de relações jurídicas. Trata-se, mais uma vez, de uma analogia à doutrina desenvolvida no direito civil, da conexão entre direito processual e direito obrigacional, enquanto no “âmbito obrigacional os deveres de cooperação orbitam o cumprimento da prestação (propósito da relação obrigacional), no âmbito processual eles giram em torno da solução do objeto litigioso (propósito do processo)”,⁹⁷ daí sua relação ser isonômica, e não assimétrica, assim como não há assimetria entre Estado e cidadão em um Estado Democrático Constitucional, visto que todo poder emana do povo que o exerce diretamente ou através de seus representantes eleitos, nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único, CF/1988).

Nesse sentido, o processo pode ser compreendido a partir da divisão de tarefas entre o juiz e as partes. Cada modelo de processo corresponde a um modelo de Estado,⁹⁸ sendo notável a distinção entre os Estados Liberal, Social e Democrático para verificar a correspondência das posturas adotadas quanto à divisão de trabalho entre as partes e ao juiz. O modelo de processo dispositivo corresponde ao Estado Liberal; o modelo inquisitivo, ao Estado Social; e o modelo cooperativo, ao Estado Democrático Constitucional. A cooperação representa, por consequência, uma superação da dicotomia dispositivo e inquisitivo.⁹⁹

No modelo *adversarial* ou dispositivo cabia às partes a iniciativa. O juiz servia, permanecia inerte, como árbitro imparcial, convidado de pedra. Este modelo corresponde ao Estado Liberal, compreendido o processo como coisa das partes e a liberdade como direito absoluto.

No modelo *inquisitivo*, ao juiz cabia a iniciativa, sendo as partes submetidas à vontade legislada. As normas de ordem pública ditavam a condução do processo, não há vontade das partes. As normas são cogente e inderrogáveis pelas partes e pelo juiz, sendo este um funcionário estatal que

97 DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.102/102.

98 ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 8/9.

99 CADIET, Loïc. “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, 2012, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/images/stories/COMPLETE_TEXT_2012_3.pdf, consultado em 23/01/2016, p. 19; CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, 2011; DIDIER JR., Fredie. Art. 6º, p. 19.

melhor pode ser descrito como Estado-juiz. Este modelo corresponde ao Estado Social, compreendido o processo como apenas o interesse público, superior e principal em relação aos interesses das partes, a ponto de as normas processuais tornarem o processo um fim em si mesmo com regras rígidas de nulidades absolutas, pressupostos processuais e condições da ação.

No modelo *cooperativo* (art. 6º, CPC/2015), transcendem-se os tradicionais modelos *adversarial* e inquisitivo combinando as suas virtudes.¹⁰⁰ Caberá às partes e ao juiz a divisão de tarefas de maneira dinâmica, respeitada a autonomia da vontade das partes e o interesse público, dimensionados também a partir da situação concreta em litígio e do direito material que lhe é afeto, de forma flexível e adaptável. Cada um dos atores do processo no exercício de sua função, visando a tutela dos direitos tempestiva e efetiva. Este modelo corresponde ao Estado Democrático Constitucional, compreendido o processo como procedimento em contraditório, em cooperação, de forma a atingir a decisão de mérito, justa, adequada, tempestiva e efetiva.

Assim, adotamos a definição de processo como procedimento em contraditório, caracterizado por um feixe de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos das relações processuais com a finalidade de obter a decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva (art. 4º, CPC), formando um módulo processual¹⁰¹. Este feixe de relações jurídicas gera *deveres de esclarecimento, lealdade, proteção*, na linguagem consolidada do direito civil sobre os *deveres anexos de cooperação*, igualmente aplicável ao direito processual.¹⁰² Estes deveres são o núcleo do princípio da cooperação percebido à luz de seu caráter objetivo.

O *dever de proteção* inclui os *deveres prevenção e auxílio*; o *dever de esclarecimento* inclui o *dever de consulta*. A utilização da dogmática do Direito Civil de forma ampla e geral é útil para a construção das posições jurídicas decorrentes desses deveres anexos à obtenção da decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva. Esses deveres aplicam-se para todos os sujeitos processuais que devem cooperar entre si (juiz-réu, autor-réu, juiz-autor, auxiliares-juiz, auxiliares-partes, terceiros interessados etc.). Trata-se de uma *comunidade de trabalho*, e entre os sujeitos processuais ocorre a identificação de uma “posição comum”, o “princípio da cooperação também se manifesta na posição recíproca de qualquer dos sujeitos processuais perante todos os demais”.¹⁰³

100 CADIET, Loïc. “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, 2012, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/images/stories/COMPLETE_TEXT_2012_3.pdf, consultado em 23/011/2016, p. 17/18; ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo. O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 154/155.

101 FAZZALARI, Elio. Procedimento e Processo (Teoria Generale). In.: *ENCICLOPEDIA del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1986, v. 35.

102 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 604/608; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 97/103.

103 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 67.

No CPC/2015 esses deveres podem ser aferidos nos seguintes dispositivos, entre outros, art. 76, *caput* (determinação de prazo pelo juiz para sanção da incapacidade processual ou da irregularidade da representação da parte), art. 258 (multa para o requerimento doloso de citação por edital), art. 302 (responsabilidade objetiva quanto ao requerimento de tutela provisória), art. 321 (dever do juiz de conceder prazo para que o autor emende ou complete a inicial, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado), art. 334, § 8º (dever de comparecimento à audiência de mediação ou conciliação, sob pena de ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça e multa de até dois por cento do proveito econômico da causa, revertida a favor da União ou do Estado),¹⁰⁴ art. 339 (dever de o réu, sempre que tiver conhecimento, indicar o sujeito passivo quando alegar a sua ilegitimidade no processo, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação), art. 357, § 3º (audiência de saneamento compartilhado ou saneamento cooperado), art. 536, *caput* (determinação de ofício de medidas necessárias ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer para satisfazer a obrigação), art. 536, § 3º (determinação de litigância de má-fé ao executado que deixar de cumprir injustificadamente a ordem judicial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência), art. 772, II (advertência ao executado de que seu comportamento constitui ato atentatório à dignidade da justiça), art. 774 (atos considerados atentatórios à dignidade da justiça no processo de execução), art. 932, parágrafo único (cláusula geral de sanabilidade dos recursos), art. 1017, § 3º (cláusula de sanabilidade nos agravos de instrumento), art. 1029, § 3º (cláusula de sanabilidade nos recursos especial e extraordinário), entre outros.

Em particular, o art. 357, § 3º, que trata do saneamento compartilhado, traz o espírito da “comunidade de trabalho”, determinando que, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. Trata-se de espécie de “*case management conference*”, novidade introduzida pelas *Civil Procedure Rules* inglesas de 1998.¹⁰⁵

104 Aqui há uma anotação importante, não há um dever de conciliar ou de mediar, mas sim um dever de comparecer a audiência. A conciliação e a mediação somente podem ser compreendidas como autocomposição e é errado afirmar que são um desdobramento do princípio da cooperação. Existe um dever de estímulo à autocomposição (art. 3º, § 3º, CPC), mas não um dever de autocomposição, que é regrada pelo princípio da autonomia da vontade (art. 166, *caput*, CPC). Somente em sentido leigo pode ser afirmado que quem autocompõem coopera processualmente.

105 Cf. CPR, Part 1, Rule 29.3 e Rule 1.4, (2) (a). Nos termos da doutrina: “A tarefa do juiz é, agora, ‘*active case management*’ – isso significa, por exemplo, nos processos mais importantes ter uma *case management conference*, na qual são discutidas com as partes [e com o Ministério Público, quando houver] o curso do processo, as questões a serem esclarecidas sobre os fatos, sobre o direito, sobre as despesas e as possibilidades de um ajuste alternativo do conflito. Que o juiz deve trabalhar para a cooperação das partes está em primeiro lugar de suas obrigações”. GREGER, Reinhard, *Cooperação como princípio processual*, p. 309/310. Para as diversas teorias da cooperação e sua ascensão no direito alemão cf. KOCHEN, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationmaxime). In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 311/344.

É de se observar que além das hipóteses tipificadas com sanções expressas a não cooperação poderá ensejar uma série de desvantagens processuais, “seja por meio da sentença de revelia [...] em caso de ausência total, seja por meio de preclusão dos argumentos intempestivos [...], seja ainda por meio de sentença de mérito [...] por insuficiência de provas ou de comprovação.”¹⁰⁶ Portanto, revelia, preclusão e regras de ônus são possíveis sanções para a falta de cooperação das partes no processo.

13. CONTRADITÓRIO (*AUDIATUR ET ALTERA PARS*)

O Contraditório não é mais visto como bilateralidade ou direito de ação e reação, como era no CPC/1973. Ele surge como “valor-fonte” do processo no Estado Democrático Constitucional¹⁰⁷. Como foi observado nos comentários ao princípio da cooperação, o juiz também está sujeito ao contraditório (art. 10, CPC/2015). Esta era a lição da melhor doutrina, agora incorporada pelo CPC/2015¹⁰⁸.

O texto constitucional de 1988 revela-se sensível a essa interpretação, o art. 5º, LV, determina que “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”. Com a constitucionalização, inédita no direito brasileiro até 1988, o processo, compreendido como procedimento em contraditório, passa a assumir um local central na teoria do processo. Há uma verdadeira processualização dos procedimentos,¹⁰⁹ implicando que, mesmo nos casos em que existe predominância do inquisitório, as autoridades públicas, inclusive o Ministério Público, sempre que possível, permitam aos destinatários finais participar da formação da decisão que irá sobre eles versar efeitos.

O contraditório é redimensionado para além da mera oportunidade de resposta, direito de contraditar as manifestações da outra parte no processo, transmudando-se no *direito de participação e influência no processo como um limite ao poder do juiz* e, por consequência, na existência de *um dever de debate por parte deste juiz em relação às partes*¹¹⁰, mesmo nos casos em que seja possível e recomendável a sua atuação de ofício.

¹⁰⁶ GREGER, Reinhard, *Cooperação como princípio processual*, p. 305.

¹⁰⁷ ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo. O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2ª ed. revista, ampliada, alterada. São Paulo: Atlas, 2014, 179. Na doutrina, adotando esta premissa, cf. FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo. Entre Efetividade e Legitimidade da Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 67.

¹⁰⁸ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Juiz e o Princípio do Contraditório”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 71, p. 31-38, jul./set., 1993; ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 56/58.

¹⁰⁹ Na doutrina, defendendo este efeito para o procedimento dos inquéritos civis, cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 10ª ed. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 239 e ss. C

¹¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463, Apr./Giu. 2005.

Nesse sentido:

O conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a *cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato*, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último *importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial*.¹¹¹

A doutrina apontou a existência de diversas facetas do contraditório. O *contraditório preventivo* a que está sujeito o juiz antes de proferir a decisão, atuando como regra geral (arts. 7º e 9º, CPC), que também justifica a quebra dos brocardos *da mihi un factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia*,¹¹² cirando o dever de o juiz advertir as partes das mudanças abruptas na argumentação desenvolvida no *iter* procedimental, a exemplo da vedação das decisões-surpresa (art. 10). O *contraditório diferido* ou *postergado*, para um ato futuro no mesmo procedimento. O contraditório eventual, compreendido como aquele que poderá ou não acontecer em um momento futuro, processo futuro, por exemplo, através de um procedimento próprio para seu exercício, a exemplo dos embargos do executado, do julgamento liminar de improcedência (art. 332, §§ 3º, 4º, CPC) e da ação para modificação da tutela antecipada antecedente estabilizada (art. 304, § 2º, CPC). O *contraditório mitigado*, que é exercido em menor profundidade justamente por ser decorrente de um anterior procedimento com amplo contraditório (como no caso dos processos de execução de títulos executivos judiciais)¹¹³.

No CPC/2015, a doutrina apresenta uma conexão da efetividade do contraditório com a noção de igualdade como “equilíbrio processual” (art. 7º, CPC). A igualdade deixa de ser apenas o direito à paridade de armas de forma estática e passa a ser vista como o dever de o juiz “neutralizar as desigualdades” e garantir a “equivalência de oportunidades” às partes no processo.¹¹⁴ Esta mesma tarefa pode ser desempenhada pelo Ministério Público quando atua

111 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, p. 7-20, 1998.

112 Para a compreensão da extensão destas expressões na história do processo e o impacto no princípio do contraditório à luz do Estado Democrático Constitucional cf. DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia* e a Causa de Pedir. O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

113 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003; PICARDI, Nicola. “Il Principio del Contraddittorio”. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 53, n. 3, p. 673-681, 1998; CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463, Apr./Giu. 2005.

114 ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *Igualdade e Processo Civil. Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito*. São Paulo: RT, 2016; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, 97/98.

como fiscal do ordenamento jurídico. O previsto no art. 190, parágrafo único, em relação aos negócios processuais, pode servir como exemplo. Neste dispositivo está previsto o dever de o juiz garantir que os negócios processuais não se realizem de forma abusiva nos casos em que se vislumbre nulidades, inserção abusiva em contratos de adesão ou a parte se encontre em manifesta vulnerabilidade. Caso o Ministério Público atue nestes processos, é igualmente seu dever requerer o controle da validade dos negócios ao juiz. Outro exemplo é a possibilidade de dilação de atos processuais (art. 139, VI, CPC). Nestes casos, o juiz estará zelando pelo efetivo contraditório, dilatando os prazos para que as partes possam se manifestar de maneira mais adequada.

O dever de auxílio do juiz é, portanto, presente em muitos dos casos em que se trata de assegurar o contraditório, especialmente nos processos em que há presença de direitos-deveres, caracterizados por um interesse público na defesa de um bem jurídico coletivo ou de uma parte considerados especialmente relevantes pela norma.¹¹⁵ Por essa razão, o CPC reforça que um dos desdobramentos da igualdade de partes é o dever de o juiz zelar pelo contraditório efetivo. Mas há um senão. Na doutrina portuguesa, o princípio da igualdade é normalmente conjugado com os deveres de auxílio exercidos pelo tribunal em relação às partes¹¹⁶. Não há, contudo, um dever geral e irrestrito de auxílio para as partes¹¹⁷. É de se observar que o dever de cooperação cria deveres anexos ao módulo processual visando à solução de mérito, justa, adequada, tempestiva e efetiva, e entre esses deveres está o dever de proteção, do qual decorre o dever de auxílio. Evidentemente, no exercício desses deveres, o juiz deverá manter a sua imparcialidade, atuando nos casos excepcionais em que a relevância do bem jurídico tutelado, a vulnerabilidade da parte ou a complexidade do direito assim justificarem. Nesses mesmos casos, apresenta-se claramente a função do Ministério Público como instituição de garantia de

115 A classificação que elabora a distinção entre direitos-pretensão, direitos-poderes e direitos-deveres é de Fernando Noronha, cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 54, ver também p. 51-64, também adotada em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 10^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, Vol. 4, p. 279. Parcela da doutrina exclui essa categoria do âmbito dos direitos subjetivos, adotam esse entendimento excludente Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “Já o poder jurídico, também chamado de poder funcional, distingue-se do direito subjetivo, pois naquele há um direito exercido no interesse do sujeito passivo e do grupo social, como, v.g., o poder familiar (CC, art. 1630), diversamente do que ocorre, como se viu, no direito subjetivo, em que o exercício é em benefício do próprio titular. Sintetize-se: no poder funcional há exercício em face de outra pessoa (como na tutela de menores), caracterizando-se como uma categoria autônoma, distinta dos direitos subjetivos clássicos”. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 6. Entendemos que não se trata de oposição eficaz, primeiro porque os autores referem, com absoluta certeza, aos direitos subjetivos clássicos ou stricto sensu, categoria aqui alargada; em segundo porque também esses direitos-poderes são judicializáveis como “direitos subjetivos” daqueles que são os titulares do benefício de seu cumprimento (pessoa determinada ou coletividade), quer pelos próprios beneficiários, quer por entes especialmente determinados em lei (ex.: art. 5º da Lei nº 7.347/1985). O tema é objeto de aceso debate doutrinário entre as teorias do interesse e as teorias da escolha cf. MACCORMICK, Neil. Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Right. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/ Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Vol. 62, No. 3 (1976), pp. 305-317; PINO, Giorgio. Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law. Disponível em <<http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20su%20MacCormick.pdf>> Acesso em 13.05.2015, item 1.

116 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

117 DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, p. 131/132.

segundo grau e sua atuação como órgão agente ou interveniente ancorada no princípio da acionabilidade.¹¹⁸

O art. 9º CPC/2015 traz a ideia de contraditório prévio, vedando, *como regra geral*, a decisão *inaudita altera parte*, ou seja, aquela decisão sem a oitiva da parte contrária (art. 5º, LV, CF). A regra geral é que, sempre que possível e sem prejuízo ao direito tutelado, seja realizado o contraditório prévio. A regra geral traz algumas exceções, conforme analisamos abaixo (art. 9º, parágrafo único, inc. I, II, III, CPC). O artigo traz, ainda, a ideia de ciência bilateral antes da manifestação do juiz, que favorece o exercício do contraditório como direito de influência e dever de debates. Perceba-se que, quando ocorrer intervenção do Ministério Público, haverá uma ciência trilateral, pois também o Ministério Público irá se manifestar antes da formação da convicção, e geralmente da própria análise, pelo julgador sobre os fatos e sobre o direito debatido. Trata-se, aqui, principalmente da dimensão *audiatur et altera pars*¹¹⁹ do contraditório, a própria essência do processo judicial, como afirma a doutrina o meio pelo qual a Justiça deve preservar sua imparcialidade, configurando o direito das partes de se manifestarem nos autos do processo antes da manifestação judicial.

Para além dessa dimensão clássica do contraditório, as normas fundamentais da boa-fé processual (art. 5º) e da cooperação (art. 6º) implicam o dever de o juiz discutir com as partes antes de decidir, mesmo nos casos em que possa decidir de ofício, ou seja, o CPC submete o próprio juiz ao contraditório. O contraditório para o juiz é expresso no art. 10, que veda as decisões-surpresa.

As exceções previstas para a regra geral do contraditório prévio são: a) *tutela provisória de urgência*, disciplinada nos arts. 300 a 310, incluindo a parte geral da tutela de urgência, tutela antecipada e cautelar incidental, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a tutela cautelar requerida em caráter antecedente; nestes casos, o contraditório poderá ser diferido para um momento futuro; b) *tutela provisória da evidência, em duas hipóteses, art. 311, II e III*, nas quais, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, b.1) *as alegações de fato puderem ser comprovadas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*, b.2) *se tratar de pedido reipersecutório* – ou seja, pedido visando a buscar no patrimônio do réu algo que pertence ao autor e que lá se encontra indevidamente – fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Em ambos os casos há previsão para que o juiz decida *in limine litis, inaudita altera parte*, no início do processo e sem a oitiva da parte contrária; c) *ação monitória*, art. 701, uma vez que sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de

118 FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza; Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 246-247.

119 “*Audiatur et altera pars*. Não conheço nenhum outro critério (e este é habitualmente desconsiderado) da verdade de uma conclusão. Não existe operação mais constantemente indispensável do que a ‘dialética’”. VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito. Definições e Fins do Direito. Os Meios do Direito*. Trad.: Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 267.

pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou não fazer, constituindo-se o título executivo judicial se o devedor não realizar o pagamento ou apresentar os embargos, no prazo de 15 dias.

14. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: A) COMPORTAMENTO DAS PARTES, B) COMPORTAMENTO DO JUIZ E DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ÓRGÃOS PÚBLICOS), C) COMPLEXIDADE DA CAUSA E D) BEM JURÍDICO TUTELADO (CRITÉRIO DA POSTA IN GIOCO)

O art. 4º do CPC que prevê que *as partes têm o direito de obtenção em prazo razoável à solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*. Bem, acrescenta-se aqui o elemento necessário ao princípio da efetividade, que é a necessidade de tutela tempestiva (duração razoável do processo), que não implica rapidez a qualquer custo, mas eliminação do tempo patológico, isto é, sem correspondência entre o tempo gasto e a complexidade da causa¹²⁰.

A duração razoável do processo é princípio constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF, EC nº 45/04), norma adotada pelo Brasil a partir da internalização do Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 1), agora expressamente referida no art. 4º e no art. 139, II, do CPC/2015. São os critérios básicos firmados pela Corte Europeia dos Direitos do Homem (a partir do art. 6º, 1, da CEDH), para saber se o processo tem ou não duração razoável: a) a complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional (Caso Neumeister *v.* Áustria, 1968, CEDH). A corte acrescentou ainda um critério: d) relevância do direito reclamado em juízo para a vida do litigante prejudicado pela duração excessiva dos processos (ex.: responsabilidade civil pelo contágio de doenças, Caso Comissão *v.* Dinamarca, 1996, CEDH; *status* pessoal, Caso Laino *v.* Itália, CEDH; liberdade pessoal do réu no processo penal, Caso Zarmakoupis e Sakellaropoulos *v.* Grécia, 2000), CEDH, todos precedentes citados pela doutrina¹²¹.

A EC nº 45/04 acrescentou alínea *e*) ao inciso II do art. 93 da CF/1988, determinando que não será promovido o juiz que injustificadamente reter os autos além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem despacho ou decisão. A doutrina defendeu a possibilidade de mandado de segurança contra a omissão judicial com pedido para determinação pelo tribunal para que

120 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit. 98.

121 SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, 800/801. Na Itália, após sucessivas condenações por irrazoável duração dos processos pela Corte de Estrasburgo, foi editada uma lei (Lei nº 89, de 24 de março 2001) para determinar uma equânime compensação financeira como indenização à parte prejudicada. A condenação a uma indenização pelos danos, inclusive extrapatrimoniais, causados pela demora é uma solução reiterada no continente europeu, os prazos considerados razoáveis para a duração normal de um processo civil seriam de três anos para a decisão de mérito e seis anos para a decisão final de todos os recursos, até o tribunal de vértice, cf. DALMOTTO, Eugenio. "Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo". In.: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure Acceleratorie e Riparatorie contro L'irragionevole Durata dei Processi. Commento alla Legge 24 marzo 2001, n. 89*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 68/225.

o responsável pela demora profira a decisão¹²². No CPC/2015, há previsão da modificação do órgão de decisão em razão da demora, quando, após intimação para que em dez dias pratique o ato, deixar o juiz ou relator de praticá-lo, sendo o processo remetido ao seu substituto legal (arts. 235, § 3º e 940, § 2º CPC). Além dessas previsões disciplinares, é evidente que, existindo dano pela demora, ocorre a atração do dever de responsabilização, pelo que caberá ação civil de reparação na Justiça Federal ou na Justiça Estadual, conforme o caso, pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados pela duração irrazoável do processo¹²³.

A questão atinge também a atuação do Ministério Público.

Em relação ao Ministério Público há a necessidade de equilíbrio entre os dois vetores de segurança e efetividade. O art. 180, § 1º, determina que, findo o prazo de manifestação do Ministério Público sem que este se pronuncie, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo. O art. 234, § 4º, estabelece a possibilidade de aplicação de multa ao membro do Ministério Público que não devolver os autos no prazo de 3 (três) dias a contar da requisição do juiz. Como salientamos, inicialmente, uma das preocupações principais do CPC é dar vazão célere aos procedimentos cíveis, prestando, em tempo adequado, a jurisdição (art. 4.º). Nesse afã, algumas vezes, corre-se o risco de criar problemas para outro vetor essencial do processo: a segurança jurídica. A atuação do Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais visa a assegurar sua efetivação; portanto, não pode a lei prescindir dessa intervenção, quando a Constituição assim determina.

Todas essas noções já estão bem assentadas. Assim, nos parece que o parágrafo primeiro do art. 180 não pode ter aplicação literal, por ser inconstitucional e ilegal.¹²⁴ Salvo se, em interpretação conforme, vincularmos sua aplicação à intervenção discricionária vinculada à fundamentação do

122 CABRAL, Antonio do Passo. "A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

123 SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 800/801.

124 Em sentido contrário, entendendo que o prazo definido tem caráter preclusivo e que a não intervenção não impede a prática de outros atos futuros, cf. BENEDEZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 70 ao 187*. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p. 394.

Ministério Público (disponibilidade motivada).¹²⁵ Uma coisa é entender o membro do Ministério Público, no âmbito de sua independência funcional, nos casos de intervenção com disponibilidade motivada, vinculada à fundamentação (ex.: rol previsto na Rec. nº 34, CNMP, ver supracomentários ao art. 178), pela não manifestação nos autos, por verificar ausência do interesse público ou social que motive sua intervenção. Outra coisa é, havendo interesse público, o juiz dar andamento ao processo independentemente da manifestação do Ministério Público, o que será passível de nulidade acaso comprovado o prejuízo (art. 279, § 2º, CPC/2015).

A Constituição previu a essencialidade do Ministério Público para a justiça (art. 127, CF/1988); logo, não pode o CPC, norma infraconstitucional, dispensar sua atuação obrigatória. Ademais, o próprio CPC/2015 prevê a nulidade dos atos processuais praticados sem a oitiva do Ministério Público, art. 279 (“[é] nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir”), flagrantemente em contraste com o parágrafo primeiro do art. 180. Portanto, só não haverá nulidade, quando não houver prejuízo (“[a] nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo”, art. 279, § 2º).

O CPC não se interpreta em tiras. A única interpretação conforme possível do parágrafo primeiro do art. 180 é aquela que permite concluir que a intervenção do Ministério Público, nesses casos, é regida pela disponibilidade motivada. Queremos dizer, tendo entendido o órgão de execução pela não intervenção, poderá o juiz requisitar os autos. Eventual divergência por parte de órgão ulterior que venha a atuar nos autos somente ensejará nulidade dos atos praticados, caso esteja presente o prejuízo grave, a ponto de afastar a preclusão (art. 277, § 2º, c/c art. 278, *caput* e parágrafo único).

Ademais, o CPC/2015 disciplina a responsabilidade do membro do Ministério Público que indevidamente reter os autos do processo, nos termos do art. 232, § 4º, e praticar atos atentatórios à jurisdição, art. 77, § 6º, remetendo a sanção ao órgão disciplinar competente. A remessa ao órgão competente é a postura normativa correta, por se tratar de responsabilidade administrativa.

¹²⁵ Nesse texto, defenderemos a possibilidade de determinar graus de interesse público e de indisponibilidade do direito, ao mesmo tempo que caberia ao Ministério Público a decisão de intervir ou não nos processos, conforme fundamentação adequada, quando a norma que determina a intervenção assentar-se em um conceito jurídico indeterminado (ex.: *interesse social e interesse público*). A Recomendação nº 34 do CNMP determinou, no seu art. 2º, que a identificação do interesse público é juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa e indevida a renúncia de vista dos autos. Trata-se de estabelecer, como premissa técnica de controle da atuação, o “*princípio da disponibilidade motivada*” (Gregório Assagra de Almeida), demonstrando o membro as razões de sua atuação, toda vez que, no exercício de suas funções constitucionais, ao extrair o conteúdo normativo dos textos legais, resolver pela intervenção ou não intervenção na esfera cível, em concreto. O dever de fundamentação adequada decorre de mandamento constitucional (art. 93, IX) e é um dos pilares nos quais se assenta a estrutura de controle dos deveres-poderes do juiz no novo Código de Processo (art. 489, § 1º), nada mais natural que ele se estenda igualmente ao Ministério Público. O “*princípio da disponibilidade motivada*” nasceu no processo coletivo, tendo sido identificado pela melhor doutrina na matéria (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 573; GODINHO, Robson Renault. *As corregedorias e a atuação repressiva do Ministério Público*. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das corregedorias do Ministério Público*, vol. 1, Brasília: CNMP, p. 49-108, 2016, p. 143); já havíamos aderido a esse entendimento em outro local (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*. 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, Cap. 3).

Portanto, casos em que exista interesse público relevante, de obrigatória atuação, e houver omissão do Ministério Público, deverá o juiz remeter a questão ao Conselho Superior do Ministério Público Estadual, ou ao órgão correspondente nos ramos do Ministério Público da União (MPF, MPDFT, MPT e MPM), para que tomem uma de duas decisões possíveis: a) homologuem a não intervenção do membro do Ministério Público nos autos, permitindo o prosseguimento do feito sem a intervenção do Ministério Público; ou b) discordem da decisão de não intervenção, remetendo os autos ao Procurador-Geral para que este designe outro membro para atuar no feito (art. 9º, §§ 1º e 4º, da LACP c/c art. 10, IX, d, LONMP).

Essa fórmula, entendemos, aplica-se igualmente quanto à inação. Assim, preserva-se o núcleo essencial da função desempenhada pelo Ministério Público, ao mesmo tempo que se garante a independência funcional e a regra de que cabe ao próprio Ministério Público definir quando há ou não presença de motivos adequados para a sua intervenção. O juízo sobre a existência ou não de interesse público motivador de ação ou intervenção do Ministério Público é exclusivo do próprio Ministério Público, art. 2º, Rec. nº 34, CNMP. É o que já ocorre em relação aos arquivamentos de inquéritos policiais em que há atribuição exclusiva do Procurador-Geral. Cabe apenas ao Ministério Público a decisão; não haveria, de regra, nem mesmo necessidade de envio ao Poder Judiciário, uma vez que a este não resta alternativa, a não ser o arquivamento do inquérito penal.¹²⁶

Note-se, por derradeiro, que seria possível superar o problema da ausência de manifestação do *Parquet* através de um recurso à analogia. Os Ministérios Públicos têm se organizado em regime de substituição automática. Pois bem, os arts. 235, § 3º, e 940, § 2º, do CPC/2015 determinam a atuação do juiz ou desembargador substituto legal em caso de demora pelo juiz ou desembargador que deveria decidir ou votar. Não há aqui qualquer aplicação de multa, como prevista para os advogados nos termos do art. 234, § 2º, e estendida ao Ministério Público e à Defensoria Pública pelo parágrafo quarto do mesmo artigo.

Por qual razão não seria aqui aplicável regime idêntico à demora do Ministério Público? Observe-se que a regra do substituto legal vale também para os impedimentos ou suspeições, e, neste caso, aplicam-se às normas ao Ministério Público por expressa disposição legal (art. 148, CPC). Não há razão jurídica para negar a extensão aqui. Trata-se, conseqüentemente, de uma busca constante de aprimorar as instituições e fazer valer o direito fundamental à organização e ao procedimento (*status activus processualis*). Portanto, em vez de aplicar a multa, cabe ao juiz solicitar à administração superior que designe um substituto para que atue no feito, sanando a irregularidade. Eventual

126 Cf. POLASTRI, Marcellus. *Ministério Público e Persecução Criminal*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

infração administrativa será apurada nos termos do art. 234, § 5º, CPC e do regramento interno da instituição.¹²⁷

O art. 12 estabelece o dever de os juízes e os tribunais julgarem as causas em ordem cronológica, como meio de promover a duração razoável do processo.

Não se pode deixar também de mencionar, quanto ao previsto no art. 4º, que a atividade satisfativa também deve ser realizada em tempo razoável e com solução integral de mérito, o que revela, portanto, o direito fundamental à tutela executiva.¹²⁸

O art. 139, IV, que prevê a atipicidade dos meios executivos¹²⁹, também é outro grande exemplo que o novo CPC traz no sentido de realização da tutela dos direitos. No Código anterior, a determinação das medidas referidas no inciso IV eram possíveis somente para obrigações de fazer, não fazer, desfazer e entrega de coisa. Agora, como o CPC, também é cabível para as prestações pecuniárias¹³⁰. A adequação de técnicas executivas é imprescindível para a prestação da tutela efetiva, técnicas estas que precisam ser idôneas – todas as técnicas processuais, portanto, estão disponíveis para tutela de toda e qualquer espécie de direito,¹³¹ consubstanciando os princípios da atipicidade e não taxatividade, sendo que a necessária concreção em textos legais e em precedentes irá oferecer os contornos de aplicabilidade da norma.

15. AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO: NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Os negócios processuais¹³² podem ser celebrados extrajudicialmente ou judicialmente, pelas partes sozinhas ou com a participação do juiz. Neste último caso, o juiz já controlará, de imediato, a validade do negócio.

Os negócios poderão versar sobre mudanças de procedimento, inclusive com a derrogação de normas processuais.

127 Entendendo que a multa é aplicável a todos, advogados públicos e privados, defensores públicos membros do Ministério Público indistintamente, porém que somente pode ser aplicada após o devido processo legal administrativo e pelo órgão administrativo competente, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 188 a 293*. Vol. III. São Paulo: RT, 2016, p. 171.

128 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2002, *passim*; DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1. p. 93/96.

129 ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 61/62.

130 Grande destaque para as medidas realizadas via BACEN-JUD, em virtude de sua efetividade para a tutela dos direitos.

131 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. I, 252.

132 A terminologia doutrina oscila entre negócios, acordos ou convenções. Optaremos por negócios processuais, por agora. Cf. Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 376; Antônio do Passo Cabral, *Convenções Processuais*, Salvador: Juspodivm, 2016; Fredie Didier Jr.; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Antonio do Passo Cabral, *Negócios Processuais*, 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 1); Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, *Negócios Jurídicos Processuais*, Salvador: Juspodivm, 2016.

A disciplina dos negócios processuais tem seu núcleo nos arts. 190¹³³ e 200¹³⁴, CPC/2015, que funcionam como cláusulas gerais dos negócios processuais atípicos.

O art. 190 do CPC estabelece a possibilidade de autorregramento da vontade nos negócios, acordos e convenções pré-processuais ou processuais tendo por objeto ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Claro que a liberdade trazida com o art. 190 do CPC tem seu critério de validade submetido ao processo justo (art. 5º, LIV, da CF/1988). O negócio jurídico-processual não pode, portanto, afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação (Enunciado nº 6, FPPC). Na doutrina há quem defenda, por exemplo, que acordos processuais não podem incidir sobre poderes do juiz e do Ministério Público, bem como não podem violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais. Defendem, ainda, que são nulos acordos irrevogáveis ou que importem renúncia sem benefício correlato.¹³⁵ Cabe interpretar este problema à luz do direito material discutido, quanto mais for disponível o direito e quanto menor for o atingimento dos direitos fundamentais afetados, maior será a liberdade negocial.

Um exemplo pode ser retirado dos enunciados do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). O Ministério Público pode realizar negócios processuais, mas as partes não podem, mediante negócio processual, afastar a intervenção do Ministério Público (Enunciados nº 135 e 254, FPPC).

Um dos negócios processuais que pode ser considerado muito adequado ao Ministério Público e aos direitos fundamentais que tutela é a dispensa do prazo recursal nos casos de adoção internacional. O chamado *pacto de não recorrer*.¹³⁶ O tema é polêmico, mas merece atenção, podendo inclusive ser regulamentado pelas corregedorias do Ministério Público. O processo de adoção internacional é longo, conta com estágio convivência e pressupõe o esgotamento da questão em primeiro grau. Muitos são os casos em que não há qualquer oposição de terceiros interessados ou dos pais biológicos do adotando. Nesses casos, admitida a possibilidade de negócios processuais para afastar os poderes do Ministério Público de recorrer, o que concordamos, quando adequado à tutela dos direitos, pois será uma forma de efetivar os direitos fundamentais que o próprio Ministério Público pretende tutelar no processo. Isso permitirá, na adoção internacional, que os requerentes possam, desde logo, obter a

133 Nos termos do CPC: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

134 Assim redigido: Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

135 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 244.

136 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídico Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 246.

averbação da decisão judicial transitada em julgado em cartório e retornar ao país de origem.

16. FUNDAMENTAÇÃO HERMENÊUTICA E ANALITICAMENTE ADEQUADA DAS DECISÕES E DOS ATOS POSTULATÓRIOS

O CPC trata da fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada no art. 11, CPC, repetindo a regra da motivação e publicidade existente no art. 93, IX, da CF/88, e no art. 489, § 1º, CPC, com muito mais detalhe.

As regras e princípios ali previstos valem para a fundamentação das decisões e para os atos postulatórios. No caso do Ministério Público, é irrelevante se ele atua como órgão agente ou interveniente, uma vez que todas as manifestações, especialmente por ser órgão público, instituição de garantia dos direitos fundamentais, devem ser adequadamente fundamentadas, e os argumentos jurídicos devem projetar a futura decisão judicial que será tomada.

Aqui também é de se referir que o art. 489, § 1º, CPC, deve afetar as decisões tomadas em instâncias administrativas pelo Ministério Público. Como se trata de um desdobramento do formalismo valorativo, há necessidade de primar pela fundamentação adequada pelo Ministério Público nos procedimentos administrativos em que oficia, por exemplo, ao determinar um arquivamento, formular um termo de ajustamento de conduta ou despachar no procedimento as decisões do Ministério Público, as quais devem estar adequadamente fundamentadas e levar em consideração (contraditório como direito de influência e dever de debates) os argumentos trazidos pelos eventuais interessados que tiverem voz nos procedimentos.

Há uma diretriz prática na adequada fundamentação nesses casos: ao fundamentar adequadamente sua manifestação, o Ministério Público permite a prevenção especial e geral de novos atos que venham a ocorrer em desconformidade com o entendimento do *Parquet*. Permite, ademais, o controle interno pelo CSMP e o controle externo pela sociedade. As decisões adquirem, portanto, legitimidade *endoprocessual* e *extraprocessual*.

Antes de analisarmos os incisos do art. 489, § 1º, é importante demonstrar como a fundamentação adequada pode afetar o peticionamento por parte do autor e do réu, tanto na peça inicial quanto em qualquer momento ao longo do processo. O primeiro caso, mais evidente, resulta do dever de o juiz advertir ao autor da necessidade de completar ou esclarecer sua petição, declinando corretamente a causa de pedir e o pedido, modelados à luz do art. 489, § 1º, CPC. Isso ocorre em razão de ser a petição inicial um projeto de decisão. Assim, quando não for possível depreender do peticionado os termos necessários para formação da decisão judicial, o juiz deve determinar à parte autora, sob pena de não recebimento da inicial, que a emende. Para tanto, é dever do juiz indicar precisamente, ao autor, que este deverá esclarecer sua petição nos termos do

art. 489, § 1º, sob pena de não receber a inicial (art. 321 e parágrafo único, CPC), por exemplo, informando qual a relação entre os dispositivos legais citados e o caso, esclarecendo a pretendida concreção dos conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais referidas e indicando a relação entre os precedentes citados e o caso peticionado.

Para melhorar a compreensão, podemos agrupar os incisos do art. 489, § 1º, CPC, em três tipos: a) controle do excesso de linguagem e da abstração na argumentação jurídica (art. 489, § 1º, I a III); b) controle da omissão do julgador na análise dos fundamentos das partes capazes de alterar – infirmar – a decisão (art. 489, § 1º, IV); c) controle da aplicação ou não aplicação dos precedentes (art. 489, § 1º, V e VI).

a) o primeiro grupo tem relação com o *excesso de linguagem e de abstração na argumentação jurídica*. Dessa forma, não se consideram fundamentadas *decisões ou atos postulatórios sem concreção*, ou seja, decisões ou atos postulatórios que se limitarem a indicar, reproduzir ou parafrasear atos normativos sem explicar sua relação com a causa ou a questão debatida (inc. I), empregarem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência (inc. II), invocarem motivos que se prestariam a justificar quaisquer decisões (inc. III). Assim, por exemplo, a alegação de inexistência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, a não existência de interesse público na causa e a invocação de doutrina não contextualizada, não fundamentam a decisão e não fundamentam, conseqüentemente, as postulações das partes e mesmo do Ministério Público;

b) não se consideram fundamentadas, igualmente, *a omissão do juiz na análise de fundamentos das partes*, ou seja, decisões ou postulações em que o órgão responsável pela decisão não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmarem a conclusão adotada (inc. IV). O correto dimensionamento deste inciso é muito relevante, afinal, não são todas as alegações, mas apenas os argumentos relevantes para infirmar a decisão adotada, ou seja, os argumentos que constituem fundamentos para decidir de forma diversa e que por si sós poderiam resultar na decisão em sentido contrário se fossem adotados, que geram a nulidade por falta de fundamentação. O argumento deduzido tem de ser forte o suficiente para – em tese – infirmar, ou seja, alterar, a decisão tomada. Caso incida um precedente normativo formalmente vinculante passa a ser totalmente irrelevante, por exemplo, a afirmação de que existem decisões judiciais de outros tribunais ou decisões judiciais mais antigas que não foram debatidas alegadas pelas partes. O precedente, de regra, vale independentemente das suas razões. Incidindo o precedente, passa a ser irrelevante a jurisprudência no sentido contrário.¹³⁷

¹³⁷ Como veremos, este caso é distinto da distinção, forma de não aplicar o precedente que resulta da sua não incidência, bem como da superação, forma de não aplicação do precedente que resulta na sua modificação em um momento posterior. Para a teoria dos precedentes cf. ZANETTI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*, em especial o Cap. 4.

c) por fim, *não se consideram fundamentadas decisões que apliquem mal ou não apliquem precedentes normativos formalmente vinculantes, analisando-os do ponto de vista material*. Queremos dizer, para fundamentar adequadamente uma decisão ou uma postulação com base em precedentes, é necessário que c) se encontre a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão anterior, as circunstâncias fáticas e a solução jurídica do caso precedente, para que estes possam ser comparados com o caso atual e, conseqüentemente, utilizados como fundamento da sua decisão. Portanto, não se considera fundamentada a decisão e o ato postulatório que se limitar a invocar o precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (inc. V). Igualmente, c”) não seja caso de *distinção ou superação do precedente*, pois a decisão não se considera fundamentada, se deixar de seguir enunciado de súmula ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso atual ou a superação do entendimento firmado no precedente (inc. VI).

Há necessidade de, ainda, no caso de colisão entre normas, para ser mais técnico, colisão entre normas-princípios, o juiz – e também aquele que postula em juízo alegando a colisão – justifique o objeto e os critérios gerais da ponderação a ser efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. No caso, o Ministério Público, analisando o caso como órgão agente ou interveniente, deverá realizar a individualização das normas-princípios colidentes e sugerir na postulação qual solução melhor preserva os direitos fundamentais tutelados pela instituição. Por exemplo, em um conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e o direito à moradia, com a ocupação de áreas de preservação permanente por invasões populares, deverá utilizar um método de justificação – como por exemplo, mas não só, o de Robert Alexy – para demonstrar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito da norma a ser aplicada.

17. PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES¹³⁸

O modelo dos precedentes normativos formalmente vinculantes no Brasil (arts. 926, 927, 489, § 1º, V e VI, CPC) é claramente voltado à conjugação da melhor doutrina em matéria de teoria do direito e teoria dos precedentes para garantia de aspectos formais e materiais ligados à norma-precedente.

Podemos dizer que, ao lado da norma-lei, o CPC/2015 adotou a norma-precedente, sendo os juízes e tribunais obrigados a seguir os próprios precedentes

¹³⁸ A bibliografia sobre precedentes é vastíssima, tanto do ponto de vista do direito comparado, quanto do ponto de vista do direito brasileiro, para uma ampla revisão bibliográfica cf. ZANETI JR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 289/380; ZANETI JR., Hermes. Arts. 926 a 946. In.: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.307/1.3078.

(vinculação horizontal, art. 926, CPC) e os precedentes dos tribunais superiores (art. 927, CPC). É de se perceber que os precedentes exigem interpretação como ocorre com todo e qualquer texto legislativo, mas a existência de um precedente passa a ser aspecto fundamental da fundamentação hermenêutica e analítica adequada da decisão judicial (art. 489, § 1º, V, CPC). A aplicação do precedente deve atentar para as diferenças do caso, não sendo aplicáveis precedentes, quando o problema seja distinto, quando as circunstâncias fáticas levarem a solução jurídica diversa (art. 489, § 1º, VI, CPC). Apesar de os tribunais e juízes inferiores não poderem alterar os precedentes dos tribunais superiores, a sua atividade interpretativa, quando não permitir a distinção, poderá ser utilizada no estilo de ressalva de consciência para permitir a subida mediante recursos até as cortes de vértice com poderes de superação dos precedentes (art. 489, § 1º, VI, segunda parte).

Cabe ao Ministério Público trabalhar na formação dos precedentes favoráveis aos direitos tutelados pela instituição constitucionalmente, sendo também necessário a sua reversão, detalhamento ou superação nos casos em que esses precedentes não atendam à tutela integral dos direitos fundamentais.

A delimitação de estratégias de atuação por parte do Ministério Público com a seleção de prioridades deve partir também da necessidade de implementar precedentes positivos firmados pelas Cortes Supremas. Nesse sentido, o Ministério Público deve garantir a unidade do direito, aplicando os precedentes firmados na sua área de atuação.

18. DEMANDAS OU QUESTÕES REPETITIVAS: CASOS REPETITIVOS E GESTÃO DE PROCESSOS

O CPC disciplina os casos repetitivos no art. 928 subdivide-os em incidente de resolução de demandas repetitivas, regulado a partir do art. 976 do CPC, e recursos especial e extraordinário repetitivos, regulados a partir do art. 1036 do CPC. Trata-se de técnica de gestão de processos que apresentem *questões repetitivas*,¹³⁹ visando à fixação de uma tese jurídica aplicável a todos os casos em tramitação e, eventualmente, aos casos futuros. Nesse último caso, a tese será aplicada como precedente normativo formalmente vinculante (art. 927, III, CPC).

A questão dos litígios repetitivos é um desafio para o Ministério Público especialmente em três pontos: a) relação com as ações coletivas; b) intervenção como fiscal do ordenamento jurídico; c) seleção dos casos que formarão as teses e os eventuais precedentes. Passaremos a análise de tais questões:

¹³⁹ Assim, “o IRDR visa a solucionar *questões* repetitivas e não necessariamente *demandas* repetitivas”, TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 60. Como ficou soberanamente demonstrado pela autora, o IRDR trata das *questões comuns* de direito material ou processual, mesmo que as demandas sejam heterogêneas. Por questão a autora entende, de maneira ampla, quaisquer “dúvidas” surgidas ao longo do processo e que tenham de ser decididas pelo julgador, adotando o conhecido entendimento de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares*. In.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Processual Civil. Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 74/75.

a) A relação entre os casos repetitivos e as ações coletivas pode ser conflituosa. O Ministério Público deve atuar para a garantia de que os litígios repetitivos não irão absorver os litígios coletivos, fazendo com que os processos coletivos para tutela dos direitos coletivos *lato sensu* sejam afetados pelas teses julgadas, sem que tenha sido preservado o processo justo. Para garantia do processo justo, deverá ocorrer, na concomitância entre ações individuais e ações coletivas, a afetação da própria ação coletiva como caso-piloto (art. 978, parágrafo único, e art. 1.036, § 1º, CPC). Para tanto é preciso insistir na tese doutrinária de que a não afetação de um processo coletivo em curso como caso-piloto representa a inadmissibilidade do incidente e que, na ausência de processo coletivo no tribunal, a suspensão necessária para garantia da não contraditoriedade das decisões pode ser decretada no próprio processo coletivo em face dos processos individuais;¹⁴⁰

b) A atuação efetiva como fiscal do ordenamento jurídico em todos os incidentes de resolução de demandas repetitivas e recursos especiais e extraordinários repetitivos, em face da relevância social das decisões que afetam processos individuais e coletivos que estejam tramitando (art. 985, I, CPC) e tenham ainda potencial de formarem precedentes para os casos futuros (art. 985, II, CPC). O Ministério Público deve garantir o processo justo e velar pelos direitos fundamentais envolvidos, assim como pelo interesse social nesses processos. Por esta razão, o CPC previu a intervenção de forma expressa (art. 976, § 2º, e art. 1.038, III, CPC);

c) O Ministério Público deve zelar para que o requerimento de formação de incidentes (art. 977, III, CPC) e recursos repetitivos (art. 996, CPC), com a escolha de casos-piloto que possam, na melhor medida possível, resultar na aprovação de teses jurídicas favoráveis aos direitos fundamentais tutelados pelo Ministério Público, no âmbito de sua missão institucional, com a escolha de casos que, pelas circunstâncias fáticas e jurídicas, permitam a correta compreensão do problema e a melhor tutela dos direitos. Trata-se de optar por uma litigância para ganhar a causa, e não o caso. A causa que move a atuação do Ministério Público é mais relevante do que um ou outro caso que, muito embora o Ministério Público tenha sido vencido, possa representar, caso recorrida a decisão, na fixação de uma tese ou de um precedente em sentido contrário.

A litigância serial que propõem as novas técnicas de julgamentos de litígios repetitivos completa o nosso modelo de processo coletivo, composto atualmente de duas espécies: os casos repetitivos e as ações coletivas. A atuação do Ministério Público em ambos é fundamental para a garantia dos direitos fundamentais, da ordem jurídica e dos interesses sociais, aos quais a instituição está vinculada a garantir.

140 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In.: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 181/192.

19. ACESSO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES: EXCURSUS

O acesso aos tribunais superiores, em razão das mudanças no modelo de precedentes e na técnica de casos repetitivos, passará por muitas mudanças. Há necessidade, em um primeiro momento, de redução de acesso, e, em seguida, de qualificação do acesso a estes tribunais. Por essa razão, o STJ, em breve, deverá contar com um filtro equivalente ao da repercussão geral, já existente no STF, reduzindo a admissibilidade dos recursos aos casos que possam ter impacto mais abrangente (EC 209/2012).

O STJ e STF passarão de Cortes Superiores, com a finalidade de garantir a correção e efetuar a revisão do direito, estabelecendo a jurisprudência, a Cortes de Supremas, com a finalidade de aplicar o direito, interpretando o ordenamento jurídico e determinando os precedentes obrigatórios que serão seguidos pelos demais juízes e tribunais para garantir a unidade do direito.¹⁴¹

A ação de reclamação, com importância tanto para as Cortes Supremas, como para os tribunais de apelação, terá por função principal a garantia da autoridade das decisões (art. 988, CPC).

O Ministério Público intervirá nessas ações e deverá trabalhar pela garantia da unidade do direito, pela efetiva distinção, quando houver, entre o caso precedente e o caso que está sendo invocada a reclamação, assim como pela manutenção dos precedentes, quando ocorrer sua não observância (art. 991, CPC).

É importante referir ainda que, como somente o próprio tribunal poderá rever as suas decisões superando o precedente, a reclamação pode ser um instrumento, tanto para criação de distinções relevantes entre casos quanto para a própria superação do precedente.

A função dos precedentes, portanto, é garantir a estabilidade, integridade e coerência do ordenamento jurídico, sendo atribuição do Ministério Público a garantia da ordem jurídica constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. Por essa razão a atuação do Ministério Público nas Cortes Supremas torna-se extremamente relevante nos três tempos das normas-precedentes: na formação, na aplicação e na superação dos precedentes.

Assumir uma postura ativa em relação à seleção de casos, à orientação para aplicação dos precedentes já formados e à superação daqueles que eventualmente estiverem em contradição com os direitos fundamentais tutelados pelo Ministério Público é fundamental para o êxito da atividade ministerial no quadro do direito brasileiro atual.¹⁴²

¹⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas, passim*.

¹⁴² Para uma compreensão dos problemas relacionados aos julgamentos nas Cortes Supremas cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2016.

20. CONCLUSÃO

As normas processuais fundamentais de Direito Processual Civil estão previstas, conforme exposto neste trabalho, na Constituição, no capítulo das normas fundamentais do e esparsamente no Código de Processo Civil de 2015. Nada impede que possam ser igualmente identificadas na legislação extravagante e em atos de cunho normativo, como a norma que estabelece que cabe ao próprio Ministério Público identificar a presença de interesse público que enseja a sua intervenção como fiscal do ordenamento jurídico, e nada impede que o legislador ou a interpretação do direito através dos precedentes judiciais introduza novas normas fundamentais, ampliando o bloco de fundamentalidade inerente a estas normas.

As normas fundamentais, constituindo regras, princípios e postulados normativos aplicativos, tem o condão de auxiliar o operador do direito nas exigências advindas com o novo Código, facilitando o trabalho interpretativo. Como sabemos, texto e norma não se confundem, sendo a norma o resultado da interpretação, e não o seu objeto. Assim, compreendidas as normas fundamentais como vetores interpretativos, ao condensarem ideias e dispositivos fundamentais do ordenamento jurídico e, especificamente, do sistema processual civil, conferem unidade narrativa às normas processuais do CPC/2015, contribuindo na tarefa interpretativa e na operabilidade do novo Código.

O Código depende da prática jurídica para se fazer operativo, são as normas fundamentais que evitam que a aplicação do CPC resulte no contrário daquilo que se espera obter em um Estado Democrático Constitucional. No Estado Democrático Constitucional a finalidade do processo é a tutela dos direitos, justa, adequada, tempestiva e efetiva.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *Igualdade e Processo Civil. Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito*. São Paulo: RT, 2016.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada. As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010, p. 329. Tese de Doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo. Orientador: Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek. São Paulo, 17.9.2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. *Revista da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 49/109, 2016.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.

ARAÚJO, Nádia; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro de uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 91/104, p. 337/349, jan./fev., 2014.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Placido, 2016.

BADINI, Luciano. Reflexões sobre a negociação e a mediação para o Ministério Público. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 225/236.

BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. *El Realismo Jurídico Genovés*. Marcial Pons: Madrid, 2011.

BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 70 ao 187*. Vol. II. São Paulo: RT, 2016 (Coord. Geral Luiz Guilherme Marinoni. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero org.).

BERALDO, Maria Carolina. O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15). Principais inovações e aspectos específicos da atuação ministerial. Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA953794A4101537BA200B059B5>>. Acesso em: 20.11.2016.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 709/726.

CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). *Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, (Coleção Repercussões do Novo CPC. Fredie Didier Jr. Vol. 13).

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, 2012. Disponível em <http://www.civilprocedurereview.com/images/stories/COMPLETE_TEXT_2012_3.pdf> Acesso em: 23.11.2016.

CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *La Costituzione e le Leggi per Attuarla* [1955/1959]. Milano: Giuffrè, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

COPETTI NETO, Alfredo. *A Democracia Constitucional sob o Olhar do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Borges da. *Ministério Público brasileiro. Entre unidade e independência*. São Paulo: LTr, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 188 ao 293*. Vol. III. São Paulo: RT, 2016.

_____. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 209, p. 349-374, jul. 2012.

_____. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil. Uma Análise Comparativa entre o Sistema Português e o Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

DIDIER JR, Fredie. Art. 6º. In.: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Art. 5º. In.: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In.: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 181/192 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 10, coordenador geral: Fredie Didier Jr.).

_____.; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 10^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4.

DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e a Causa de Pedir. O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.

FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 23, jul/set, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007

_____. *A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza; Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A filosofia analítica e a cultura jurídica no séc. XX*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto e Hermes Zaneti Jr. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

_____. *Poderes selvagens. A crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim. A Negociação de Acordos sem Concessões*. 2^a ed. Trad. Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. Rio Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen. Contra o Acordo. In.: Owen Fiss. *Um Novo Processo Civil. Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. da trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 121/145.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo. Entre Efetividade e Legitimidade da Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 67.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 301/310.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare ed argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990.

_____. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. Miguel Carbonell. México: Porruà, 2010.

_____. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

_____. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne, 2008.

_____. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.

KERCHE, Fábio. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2009.

KOCHEN, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Koooperationmaxime). In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 311/344.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, n. 3, p. 74-86, jul./dez. 1961.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como custos legis*. São Paulo: Método, 2007.

MACCORMICK, Neil. Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/ Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Vol. 62, No. 3 (1976), pp. 305-317.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, vols. 1, 2 e 3.

_____; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 1º ao 69*. Vol. I. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In.: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (org.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 263/282.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à Interpretação da Jurisprudência ao Procedente*. São Paulo: RT, 2015.

MORAES, Paulo Valério dal Pai. Novo Código de Processo Civil – O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito – negociação, mediação e conciliação. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 253/274.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. In.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual – 8.ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Questões prejudiciais e questões preliminares. In.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Processual Civil. Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 74/75.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In.: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 151/173.

_____. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 1-31, jul. 2006.

_____. Processo civil brasileiro e codificação. *Revista de Processo*. v. 179, p. 261, jan., 2010.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010.

_____. Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law. Disponível em <<http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20su%20MacCormick.pdf>> Acesso em 13.05.2015.

POLASTRI, Marcellus. *Ministério Público e Persecução Criminal*. 5^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SALTZ, Alexandre Sikinowski. De fiscal da lei à fiscal da ordem jurídica. A solução consensual dos conflitos como novo espaço de atuação institucional. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237/252.

SANDER, Frank E. A.; BORDONE, Robert C.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Alexander Araujo de. Ministério Público: de onde vim, quem sou, para onde vou? *Revista dos Tribunais*, v. 951, p. 227-259, jan. 2015.

TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. "General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999. (Trad. Para o português em TARUFFO, Michele. *Relatório Geral. Abuso de Direitos Processuais. Padrões Comparativos de Lealdade Processual*. In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 385/410).

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 405/430 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169; CABRAL, Antônio do Passo. "O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 69; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 81.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Art. 176. In.: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.); FREIRE, Alexandre (coord. ex.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Arts. 926 a 946. In.: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.307/1.3078.

_____. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI, Hermes. Apresentação. In: ZANETI, Hermes (Org.). *Democracia: a grande revolução*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996.

_____; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr., vol. 9).