



Altair Guerra da Costa

O JUIZ E A GESTÃO PROCESSUAL: O ALCANCE E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilistas/Menção em Direito
Processual Civil.

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ALTAIR GUERRA DA COSTA

**O JUIZ E A GESTÃO PROCESSUAL:
O ALCANCE E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO**

**THE JUDGE AND THE PROCESS MANAGEMENT: PRINCIPLE'S REACH AND
APPLICATION**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilistas/Menção em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita.

COIMBRA, 2018

ALTAIR GUERRA DA COSTA

**O JUIZ E A GESTÃO PROCESSUAL:
O ALCANCE E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilistas/Menção em Direito Processual Civil.

APRESENTADA EM: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador 2
Instituição

Examinador 3
Instituição

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pelo dom da vida, pela saúde e pela disposição e coragem de trabalhar.

À minha família, em especial à minha querida esposa Adriana, leal companheira de jornada, e à minha filha Gabriela, razão maior dos meus dias, que me acompanharam na “aventura” de mudar de continente em busca de novos conhecimentos. Aos amigos Joaquim Simões e esposa e Mário Frota e esposa, que em terras lusitanas nos receberam como parte de suas famílias. Aos amigos que fiz durante o ano letivo 2016-2017 do curso de mestrado, os quais contribuíram para amenizar a ausência da família e dos amigos que permaneceram no Brasil; dentre esses novos amigos, merecem menção especial os colegas Franklin, Rodrigo, Racquel e Fernando que, além da amizade, contribuíram com o compartilhamento de material de pesquisa. Aos amigos e colegas de judicatura Guilherme Sarri Carreira e Radson Rangel Ferreira Duarte, Juiz de Direito e Juiz do Trabalho, respectivamente, que muito contribuíram com o presente trabalho, não só por compartilhar comigo material de pesquisa, mas, sobretudo, por discutir – com a autoridade de estudiosos do Processo Civil que são – vários pontos aqui tratados.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) – órgão jurisdicional ao qual me encontro funcionalmente vinculado –, pelo apoio ao meu projeto de aperfeiçoamento profissional, concedendo-me licença remunerada da atividade judicante durante praticamente todo o período do curso.

A Portugal, um país pequeno em extensão territorial, mas enorme em experiência e história, de belas e diferentes paisagens em cada uma de suas regiões, de boa mesa – com pratos que contam a história do seu povo – e de vinhos excepcionais. Lugar de gente simples e acolhedora, determinada, destemida e resignada, marcada por inúmeros atos de bravura ao enfrentar o desconhecido para a descoberta de novos mundos, mas também calejada por tragédias, sofridas em silêncio, como a de mais de uma centena de mortes provocadas pelos incêndios ocorridos no ano de 2017, período de minha residência no país. Um lugar singular, complexo como deve ser uma sociedade múltipla, um lugar para ver, viver e sentir.

À Universidade de Coimbra, uma das mais antigas e tradicionais dentre as instituições de ensino superior do mundo, que mantém estreitos e históricos laços com o Brasil, desde as épocas colonial e imperial.

Ao meu orientador, Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita – ou simplesmente Miguel Mesquita –, pelos ensinamentos em suas Sessões de Mestrado, por

instigar o pensamento em voz alta, por provocar a reflexão sobre conceitos prontos e, até então, tidos como verdades absolutas, pelo apoio e incentivo habitual, por enxergar em mim alguma habilidade que eu mesmo desconhecia e, finalmente, por mostrar aos seus mestrandos um mundo novo na ciência do processo civil: uma visão panorâmica do que há de mais moderno no miradouro do direito.

UMA CONVICÇÃO:

Não basta dirigir-se ao rio com a intenção de pescar peixes; é preciso levar também a rede.

(Provérbio chinês)

Não basta ao juiz dirigir o processo, ser o seu gestor; é preciso saber que o faz (ter consciência de seu papel de gestor formal e material), saber como faz (conhecer os princípios que autorizam e que limitam esse exercício) e saber porque faz (a finalidade).

UMA REFLEXÃO:

“Se você é neutro em situações de injustiça, você escolhe o lado do opressor.”

(Desmond Tutu)

A equivocada percepção garantista ou privatista de que o juiz deve ser neutro: a neutralidade representa a indiferença e o juiz jamais deve ser indiferente diante de um drama humano, de um caso da vida, de uma injustiça manifesta. Deve, ao contrário, ser cooperativo e comprometido com a busca da verdade, necessária para a justa solução do litígio, nunca se esquecendo de não comprometer a sua imparcialidade. Esse é o bom juiz, socialmente útil. Não o juiz neutro, indiferente, que perpetua a injustiça.

COSTA, Altair Guerra da. *O juiz e a gestão processual: o alcance e a aplicação do princípio*. 137 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o papel do juiz no processo civil moderno, os seus poderes – ou poderes-deveres – a partir da aplicação do princípio da gestão processual, tanto formal quanto material, princípio esse visto com certa reserva em Portugal, sobretudo na sua vertente material, e pouco ou quase nada explorado no Brasil na perspectiva de norma estruturante do processo. No fundo, a compreensão do princípio da gestão processual exige uma releitura de inúmeros outros princípios processuais fundamentais – os grandes princípios ou princípios estruturantes –, de dignidade constitucional ou puramente legal, a partir dos quais o princípio da gestão processual adquire vida e, ao mesmo tempo, encontra neles a sua limitação. Esta dissertação é fruto de pesquisas ou investigações em diversos sistemas, nomeadamente Alemanha, Áustria, França, Inglaterra e Espanha, apontados como referência e não como estudo comparado, perspectivados esses conhecimentos no sistema luso-brasileiro, com suporte na doutrina e na jurisprudência de Portugal e do Brasil, agregando ao estudo acadêmico a vivência profissional de mais de 22 anos de judicatura. Confessadamente, quer este trabalho servir como um pequeno guia, de consulta rápida, para todos aqueles que se interessam pelo tema, mas, sobretudo, para os magistrados iniciantes na carreira, que não raramente se descobrem perplexos diante da dificuldade de se alcançar a exata dimensão dos poderes-deveres do juiz no processo, nem sempre tão claros; pretende, ainda, servir como instrumento para redescoberta da contemporânea figura do juiz pelos magistrados experientes, de longa caminhada na carreira, diante da inevitável mudança do papel do juiz com o decurso do tempo – o juiz de hoje não é o juiz de outrora –, que, tal qual o processo civil, se reinventa – ou deve se reinventar – no ritmo da evolução do pensamento humano e dos valores mais caros à sociedade, na sua incessante transformação.

Palavras-chave: 1. Princípios estruturantes do processo civil; 2. Da gestão processual e suas espécies; 3. Da gestão formal; 4. Da gestão material; 5. Do momento para o exercício da gestão processual; 6. Limites na aplicação do princípio da gestão processual.

ABSTRACT

The present work has the purpose of addressing the judge role in the modern civil process, its powers - or powers-duties - from the principle of procedural management application, both formal and material, a principle that is seen with a certain reserve in Portugal, above all in its material aspect, and little or almost nothing explored in Brazil in the perspective of structuring norm of the process. In essence, an understanding of the principle of procedural management requires a re-reading of innumerable other fundamental procedural principles - the major principles or structuring principles - of constitutional or purely legal dignity, from which the principle of procedural management comes to life and, at the same time, finds its limitation in them. This dissertation is the result of researches or investigations in several systems, namely Germany, Austria, France, England and Spain, pointed as a reference and not as a comparative study, looking at this knowledge in the Portuguese-Brazilian system, supported by Portugal and Brazil doctrine and jurisprudence, adding to the academic study the professional experience of more than 22 years of the judiciary. Admittedly, this work serves as a small, quick-reference guide for all those who are interested in the subject, but above all for the new career magistrates who are not often perplexed by the difficulty of reaching the exact size of the judge's powers and duties in the process, not always so clear; it is also intended to serve as an instrument for the rediscovery of the contemporary figure of the judge by experienced magistrates with a long career in face of the inevitable change in the judge role over time - the today judge is not the judge of the past - which, like the civil process, reinvents itself - or must reinvent itself - in the rhythm of the human thought evolution and the most dear values to society in its ceaseless transformation.

Keywords: 1. Civil procedure structuring principles; 2. Process management and its species; 3. From formal management; 4. Material management; 5. From the moment to the exercise of the procedural management; 6. Limits on the Principle of Procedural Management application.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	artigo
CC/BR	Código Civil do Brasil
CF	Constituição Federal (Brasil)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça (Brasil)
CPC	Código de Processo Civil
CPC/BR	Código de Processo Civil do Brasil
CPC/PT	Código de Processo Civil de Portugal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasil)
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (Brasil)
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i> (Estados Unidos da América)
HC	<i>Habeas Corpus</i>
<i>i.e.</i>	isto é
öZPO	Ordenança Processual Civil (império austro-húngaro)
PLS	Projeto de Lei do Senado (Brasil)
RCP	<i>Rules of Civil Procedure</i> (Inglaterra)
REsp	Recurso Especial (Brasil)
RPCE	Regime Processual Civil Experimental (Portugal)
STJ/BR	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
STJ/PT	Supremo Tribunal de Justiça de Portugal
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i>
ZPO	Código de Processo Civil da Alemanha

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	11
2. O PROCESSO CIVIL E SUA EVOLUÇÃO: OS MODELOS DE PROCESSO AO LONGO DO TEMPO	13
2.1. O modelo liberal	14
2.2. O modelo social	16
2.3. O modelo democrático/constitucional: do policentrismo, neoprocessualismo e neoconstitucionalismo à constitucionalização do processo	20
3. DA JURISDIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES	23
3.1. A jurisdição	24
3.2. Os princípios processuais orientadores ou informadores da jurisdição e sua força normativa	26
3.3. Princípios estruturantes do processo civil	27
3.3.1. Princípio do direito de acesso à justiça	30
3.3.2. Princípio dispositivo ou do pedido	35
3.3.3. Princípio do contraditório	43
3.3.4. Princípio da igualdade das partes	47
3.3.5. Princípio do inquisitório ou da oficiosidade	51
3.3.6. Princípio da cooperação	57
3.3.7. Princípio da livre apreciação (ou valoração) das provas	61
3.3.8. Princípio da não-surpresa	69
3.3.9. Princípio da gestão processual	74
3.3.9.1. Os poderes do juiz e a aproximação das “famílias” do <i>common law</i> e do <i>civil law</i>	82
3.3.9.2. O negócio jurídico processual como limitador dos poderes do juiz	88
3.3.9.3. A gestão processual e suas espécies	94
3.3.9.4. Da gestão formal	97
3.3.9.5. Da adequação formal (ou procedimental)	100
3.3.9.6. Da gestão material	104
3.3.9.7. Do momento para o exercício da gestão processual	105
3.3.9.8. Limites na aplicação do princípio da gestão processual	121
4. CONCLUSÃO	122

REFERÊNCIAS	124
JURISPRUDÊNCIA.....	134

1. INTRODUÇÃO

Nossa jornada em busca da gestão processual se inicia em 1895, no império austro-húngaro do imperador Francisco José e de sua lendária imperatriz Sissi. Não que a história do processo civil tenha nascido nessa época, mas a gestão processual, sim, tem nessa paragem as suas raízes, surgida no plano legislativo a partir da revolucionária concepção do papel do juiz – como um ator dotado de significativa liberdade de atuação e não mero expectador do processo – pela Ordenança Processual Civil austríaca (öZPO), proposta por Franz Klein, que comandava o Ministério da Justiça do império naquela altura.

Nossa caminhada, no entanto, não se esgota na descoberta das origens – a jusante – da gestão processual: tem um objetivo maior ou mais ousado de investigar o percurso – muitas vezes sinuoso, com inúmeros obstáculos – que percorreu e, sobretudo, a sua posição atual e onde pode chegar – a montante – com segurança, de modo que nos interessam o passado, o presente e o futuro.

Confessadamente, este estudo acadêmico tem a pretensão de “pular os muros da academia” – um laboratório de ideias, de construções teóricas, um lugar de reflexão e de experimentação, mas que não tem em si a razão de existir –; quer este experimento servir como contributo para a solução dos “casos da vida”, transpondo para a práxis ou para o mundo da realidade as suas construções, porque, do contrário, seria uma obra estéril ou, quando muito, superficial, puramente teórica ou retórica, vazia de propósito ou de significado. Em outras palavras, o que se pretende é o estudo da “gestão processual aplicada”, por meio da transposição desse princípio processual do plano teórico para o plano prático, para o mundo real.

E essa gestão aplicada não pode, em absoluto, ser confundida com simples encargo ou múnus do juiz que, por dever funcional, tem de conduzir o procedimento até a prolação de uma sentença (aspecto exterior da gestão), mas a gestão entendida como princípio, como valor do próprio processo e para o processo, numa visão de compromisso, de coparticipação do juiz na formação ou conformação correta da relação jurídica processual e no desenvolvimento regular do procedimento de modo a elucidar, com a maior fidelidade possível, os fatos subjacentes ao conflito intersubjetivo de interesses e, a partir daí, conferir a justa solução ao litígio e a eficiência ao processo (aspecto interior da gestão)¹.

¹Campos (2018, pp. 119-120) aponta a gestão processual como uma parcela da gestão judicial, correspondente ao plano micro desta, com a finalidade de conferir racionalidade à atividade jurisdicional.

No Brasil, raramente a gestão processual é enxergada na sua perspectiva endoprocessual². Não possui, em regra, o *status* de princípio processual, de um valor estruturante do processo, apesar da existência de sua previsão em inúmeros dispositivos do Código de Processo Civil – ainda que de maneira implícita –, destinando-lhe a doutrina uma abordagem de seu aspecto puramente exterior, na maioria das vezes burocrático ou formal, até com certo receio ou constrangimento de uma maior aproximação do tema, como se o assunto fosse algo pecaminoso.

Na doutrina portuguesa, os princípios estruturantes do processo civil são entendidos como:

[...] o que de mais imutável acontece no processo, pois que, na sua essência, permanecem incólumes, ou não muito permeáveis, em face das constantes experiências de mudança, tão do agrado do legislador moderno, demasiado predisposto para a inovação, quantas vezes conduzido por intuítos meramente conjunturais, a pretexto da simplificação e da eficácia dos instrumentos da lei (Rodrigues, 2013, p. 7).

De modo geral, os processualistas de Portugal dispensam à gestão processual tratamento como princípio, mas é notória a timidez de alguns em reconhecer tal *status* e, mais visível ainda, a desconfiança quanto ao exercício da gestão pelo juiz, nomeadamente no seu aspecto material (gestão material), porque o fantasma da parcialidade que alguns conseguem entrever na cooperação judicial parece assombrar incessantemente.

O objetivo é, portanto, destacar a gestão – tanto formal quanto material – como princípio processual (na perspectiva de regra estruturante ou “norma quase intangível”), como poder-dever do juiz que, regularmente exercido diante de uma necessidade concreta no processo, não ultrapassa a linha divisória da imparcialidade e da independência do dirigente, mas, ao contrário, salvaguarda os interesses privados dos litigantes e, especialmente, o interesse público na pacificação social. Noutras palavras, o objetivo é realçar a gestão processual e estudar os seus limites, ou seja, compreender até que ponto e de qual modo ela pode e deve ser exercida.

Este estudo – convém deixar claro – circunscreve-se ao direito processual civil luso-brasileiro, de modo que as superficiais abordagens de outros sistemas nacionais são meramente históricas e referenciais ou utilizadas como reforço de argumento.

²Além de Campos (2018), já citado, esse tema mereceu tratamento por parte de Silva, Paulo Eduardo Alves da. (2010). *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva; Cahali, Claudia Elizabete Schwerz. (2013). *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica; e Del Claro, Roberto Benghi. (2009). *Direção Material do Processo*. (Tese de doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo.

2. O PROCESSO CIVIL E SUA EVOLUÇÃO: OS MODELOS DE PROCESSO AO LONGO DO TEMPO

Na sistematização do processo civil, a literatura jurídica normalmente o classifica em dois grandes modelos (macromodelos): o liberal e o social. Entretanto, uma análise mais acurada, mais detida ou aproximada, permite identificar modelos intermediários, de transição (pré-liberal e neoliberal ou “pseudossocial”), e até um novo modelo – ultramoderno –, concebido no apagar das luzes do século XX e no limiar do século XXI: trata-se do modelo democrático/constitucional³⁻⁴.

A história do processo civil, a rigor, não se iniciou com o modelo liberal. Ele – o processo – possui uma fase pré-liberal, anterior à Revolução Francesa, a qual fomentou o nascimento do liberalismo político e, a partir deste, do liberalismo processual.

No período pré-liberal, chamado por alguns estudiosos de “Antigo Regime”, imperavam: a pluralidade de jurisdição – de natureza particular (feudal, eclesiástica e corporativa) –, surgindo, daí, inúmeros conflitos de competência (ausência de monopólio estatal no exercício da jurisdição e do juiz natural), além da multiplicidade de fontes normativas heterogêneas, marcadas essencialmente pela técnica e por regras tendentes à resolução de controvérsias, sem preocupações garantistas (ausência de sistematização e, de consequência, do devido processo legal); o exacerbado e intrincado formalismo, em que o procedimento era exclusivamente escrito, a tal ponto que “as atividades processuais não expressadas em autos ou atos escritos, eram juridicamente inexistentes, e uma decisão baseada em elementos diversos dos escritos era ela mesma absolutamente nula” (CAPPELLETTI, 1974, pp. 35-36)⁵, donde surgiu o brocardo “o que não está no processo, não está no mundo”, de modo a dificultar ou até inviabilizar o exercício do direito de ação (aliás, inexistia a garantia de acesso à justiça); o distanciamento do juiz em relação às partes e até das provas, que eram colhidas por agentes delegatários, produzidas normalmente de maneira sigilosa (ignorava-se os princípios da identidade física do juiz, a pretexto de assegurar a sua imparcialidade, e o da publicidade dos

³Para maiores incursões e aprofundamento no estudo dos modelos processuais, recomenda-se a leitura da tese de doutoramento desenvolvida por Nunes (2008).

⁴Há quem preferira classificar os modelos de organização do processo como *adversarial*, no qual prepondera o princípio dispositivo e é protagonizado pelas partes, *inquisitorial*, protagonizado essencialmente pelo juiz e guiado pelo princípio inquisitivo, e *cooperativo* (ou *comp participativo*), em que o juiz e as partes cooperaram entre si num ambiente de um processo democrático (Didier Júnior, 2017, pp. 136-147).

⁵No original: “*las actividades procesales no expresadas en autos o actas escritos, eran juridicamente inexistentes, y una decisión basada en elementos diversos de los escritos era ella misma absolutamente nula*”. Traduzido para o português por Nunes (2008, pp. 34-35).

atos processuais); a tarifação das provas, com atribuição de um valor previamente estabelecido pela lei para a sua consideração na decisão do litígio (não se aplicava o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz); o domínio do procedimento pelas partes, em especial por seus advogados, perante os quais a marcha processual se desenvolvia, subtraindo do juiz a função de direção do processo e reservando-lhe o papel de mero espectador e julgador, que tinha contato com o processo somente no momento da decisão (vedação a qualquer cooperação ou ativismo judicial), de tal forma que o processo era, genuinamente, um “jogo das partes” ou “coisa das partes” (as habilidades dos advogados eram determinantes), prolongando-se a discussão por longos anos (ausência da garantia da duração razoável do processo).

No direito italiano, há registro de ocorrência, nessa época, de arbitrariedades em julgamentos proferidos por juízes investidos não por sua qualificação e competência profissional – não eram remunerados pelo erário, mas pelas partes litigantes, dos quais recebiam por serviços prestados (honorários) –, favorecendo na decisão, não raramente, a parte mais rica ou mais forte (parcialidade do juiz), devido, especialmente, à ausência de regras racionais de valoração das provas (não obstante a existência da regra da tarifação da prova), contaminando, com isso, o processo com os cancos da corrupção e da ignorância.

Essa realidade passou por importantes transformações, sobretudo na última metade do século XVIII. Nessa altura, a jurisdição passou a ser exercida por juízes pagos pelo poder público, aos quais era garantida a independência e em relação a eles podia-se esperar a imparcialidade.

Além disso, algumas nações, influenciadas especialmente pelo iluminismo na Europa, passaram a adotar fonte normativa homogênea, com a unificação da legislação processual civil e iniciativas tendentes à simplificação dos procedimentos. Essas medidas, entretanto, não se mostraram plenamente satisfatórias, porquanto o processo preservou o caráter formal, mantendo a fórmula escrita e complexa, com o governo da marcha processual – tempo e modo dos atos processuais – entregue aos advogados das partes.

2.1. O modelo liberal

Descortinadas as raízes – ou a fase embrionária – do liberalismo processual, deparamo-nos com o momento de conhecer esse modelo de processo.

O modelo liberal-privatista de processo nasceu da Revolução Francesa (1789) e da Assembleia Constituinte que lhe seguiu (1790). Por ocasião desse marco histórico, a França

aboliu a jurisdição privada – instituiu o monopólio da jurisdição, exercida pelo Estado – e adotou a eleição dos juízes para mandatos temporários, remunerados pelo erário; instituiu a “justiça de paz” como forma de prevenir demandas judiciais, estabelecendo a busca prévia pela conciliação como condição de acesso à via judicial; e assegurou a capacidade postulatória às próprias partes.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1806, a França – já sob o comando de Napoleão – passa a contar com uma estrutura ou organização judiciária, na qual o juiz é controlado pela Cassação, tribunal hierarquicamente superior (duplo grau de jurisdição), reduzindo, com isso, situações de incerteza e de arbítrio. Nessa altura, surgem os princípios da oralidade e da obrigatoriedade de fundamentação ou motivação das decisões judiciais, além de contemplar o princípio da paridade formal de armas entre os litigantes.

A paridade de armas, contudo, era meramente formal – como se disse –, porque partia da pressuposição da igualdade material (econômica, social e de conhecimento) entre as partes, na perspectiva liberal do cidadão autossuficiente (Denti & Taruffo, 2004, p. 20).

Foi nessa quadra histórica concebido o “procedimento”, com a estruturação racional dos atos processuais, indispensável ao exercício da jurisdição.

Nesse cenário, surgiu o denominado processo liberal⁶, tecnicamente organizado, mas fiel à fórmula essencialmente escrita – sem se emprestar grande valor ao princípio da oralidade –, amparando-se na igualdade formal das partes e outorgando enorme prevalência ao princípio do dispositivo, na perspectiva da ampla disponibilidade do objeto do processo pelas partes, da completa disponibilidade da tutela jurisdicional (tanto na ação quanto na reconvenção), no exercício da autodeterminação e na autonomia da vontade privada.

Aliás, é pertinente recorrer à lição de Cappelletti (1974, pp. 357-358) que, com singular clareza, extremou os sentidos do princípio do dispositivo:

[...] princípio (e processo) dispositivo em sentido material ou em sentido próprio, aquele com o qual se indica a existência de um poder exclusivo das partes no requerer a tutela jurisdicional e no fixar o objeto do juízo” [...] e “princípio (e processo) dispositivo em sentido processual ou impróprio, aquele com o qual se alude, em senso diverso, a uma vinculação do juiz às iniciativas das partes e que por isso diz respeito à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e, em espécie, à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial⁷.

⁶Neves (2010, p. 1). “[...] em que se atribuía ao processo a noção de instituto privativo das partes, que por meio do exercício de suas vontades poderiam fazer nele e dele o que bem entendessem”.

⁷Traduzido para o português por Nunes (2008, p. 45).

Segundo a concepção liberal, o interesse privado ou a autonomia da vontade privada prevalece sobre o interesse público de realização da justiça e, de consequência, também sobre a pacificação social.

Buscava-se, com isso, assegurar a imparcialidade do juiz, confinando-o numa posição de absoluta passividade e de neutralidade.

O processo era, assim, mero instrumento de resolução de conflitos posto à disposição das partes, amplamente dominado por elas e, em especial, por seus advogados, constituindo a razão de ser do processo os seus litigantes e reservando ao juiz o papel de simples aplicador das normas legais, a quem não era conferido o poder de compensar as desigualdades materiais porventura existentes entre os sujeitos da relação jurídica. Ele – o processo, na sua concepção liberal – é visto: “[...] como uma espécie de competição na qual as partes recorrem a diversas táticas [...]” em que os litigantes tentam “[...] neutralizar o adversário e aproveitar-se dos erros por este cometidos”, ao passo que o juiz “[...] para ser imparcial, não pode revelar nem permitir a correção de certos erros cometidos pelas partes” (Mesquita, 2015, p. 106).

Na perspectiva liberal, o protagonismo do processo era exercido exclusivamente pelas partes, desde a propositura da ação e até mesmo no impulso processual, igualmente entregue à vontade dos litigantes, ao passo que o juiz, inerte e completamente alheio durante a marcha procedimental, só entrava em cena no momento de proferir o julgamento.

Esse modelo processual, que prestigiava o sujeito do processo – ou seu advogado – mais esperto ou hábil, revelou-se insatisfatório e deletério ainda durante o século XIX, o que motivou a construção de uma nova concepção ou modelo de processo, com uma completa mudança de protagonismo.

Era o alvorecer do modelo social de processo.

2.2. O modelo social

Diante das deficiências diagnosticadas no modelo liberal de processo, surgiram doutrinas pregando uma nova perspectiva do direito, qual seja, a de servir como instrumento de transformação social, numa indisfarçável luta de classes, e defendendo maior intervenção legislativa por meio de reformulação de institutos processuais.

Essa luta de classes era tão evidente que Menger, crítico do liberalismo – em sua obra “O Direito Civil e os Pobres” (1890) censurava, em especial, a complicação do aparato jurisdicional e o aprisionamento do juiz na inércia –, dizia que os ricos se beneficiavam da

apregoadada igualdade formal (Menger, 1947) e, nessa altura, sugeriu alterações radicais no sistema de administração da justiça civil, nomeadamente com a valorização do papel do juiz, tanto na sua atuação endoprocessual como no seu agir extraprocessual. Na visão que defendia, o juiz deveria instruir os cidadãos sobre seus direitos, auxiliando-os ao exercício da cidadania (atuação extraprocessual) e, numa demanda, quando os litigantes se mostrassem materialmente desiguais, o juiz deveria, ele próprio, assumir a representação da parte mais fraca ou, se a parte contra a qual confrontar contar com assistência de advogado, impor-se-ia ao juiz a nomeação de advogado ao hipossuficiente (advogado com a missão exclusiva de defender os interesses dos pobres), na busca de equilíbrio entre as partes, ideia – a nomeação de advogado ao hipossuficiente, como defendido por Menger (1947) – que, décadas mais tarde, inspirou a criação de defensorias públicas ou apoio judiciário, como ocorreu no Brasil e em Portugal.

Nesse cenário, chegou-se a desenhar o arquétipo do “bom juiz”, responsável pela salvaguarda de toda sorte de desigualdade material, incumbindo-lhe equilibrar a relação entre as partes com a compensação da realidade deficitária apresentada no caso concreto (tratamento assimétrico), numa construção humanista na aplicação do direito (nos dias atuais, a própria lei, em muitas situações, adota valores humanísticos na aplicação do direito, como ocorre, na área penal, com o furto famélico ou para matar a fome – em relação ao qual se aplica a excludente de ilicitude de estado de necessidade – e no perdão judicial –, nos termos do art. 107, IX, do Código Penal brasileiro e art. 127.º do Código Penal português).

Esse arquétipo de juiz, idealizado com algum exagero no plano doutrinário, ganhou, em certa medida, feições de realidade no plano legislativo a partir do gênio do sociólogo e jurista Franz Klein, aluno de Menger.

Em 1895, o império austro-húngaro aprovou a Ordenança Processual Civil – öZPO –, proposta por Klein que, na altura, ocupava o comando do Ministério da Justiça. Nas palavras do próprio Klein, ao defender uma releitura do papel das partes e do juiz durante a marcha processual, percebe-se a sua inabalável convicção ao asseverar:

[...] a crença de que a inatividade do tribunal e a exclusiva atividade das partes sejam, no processo, a última palavra de toda sabedoria humana, e por isso o plano de moldar sazonalmente a estrutura do processo no sentido mencionado, encontra, nesse meio tempo, uma beligerante oposição dos juristas contra ele, juristas estes que não podem se decidir por admitir ao tribunal uma cooperação no processo e, especialmente, uma influência mais forte na investigação dos fatos, tal como muitas vezes seria necessário para se poder apoiar ativamente as partes (Klein, 1958, pp. 17-18)⁸.

⁸Traduzido por Nunes (2008, pp. 49-50).

Na célebre conferência “correntes do tempo e do espírito no processo” (Dresden, em 9 de novembro de 1901), Klein pregou que depois de as partes exporem completamente os fatos subjacentes ao conflito, dando conhecimento destes ao juiz, caberia ao magistrado assumir a direção do processo, inclusive auxiliando os litigantes na busca de esclarecimento de requerimentos obscuros com o propósito de identificar a sua real pretensão e, se necessário, sugerir o suprimento de deficiências – fruto de erro ou ignorância – em suas peças postulatórias (ou articulados), de modo a não inviabilizar o julgamento. O processo, nessa perspectiva, tinha uma grande importância política, econômica e social – era enxergado como um instrumento estatal de bem-estar social – e a existência da lide era reveladora de uma crise no seio da sociedade (e da própria sociedade, não simplesmente das partes litigantes) e, como tal, deveria ser resolvida eficazmente pela atuação do Estado, com o objetivo de pacificação social.

No plano normativo, a Ordenança Processual Civil – öZPO de Klein –, quando comparada ao modelo liberal, limitou os poderes das partes e de seus advogados e, por outro lado, reforçou o papel do juiz (adotou o protagonismo judicial), entregando-lhe a direção do processo, instituindo um modelo claramente antiliberal e, para alguns, até autoritário.

O agigantamento do papel do juiz – ou seu protagonismo – nasceu, sobretudo, ao lhe atribuir poderes de direção do processo, não só de natureza formal (*formelle Prozessleitung*) – no sentido de imprimir o ritmo da marcha processual ou mesmo zelar pela regularidade dos atos em todo o seu *iter* –, mas também de natureza material (*materielle Prozessleitung*), outorgando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa na coleta de elementos de convicção (Cappelletti, 1974).

Esse movimento revolucionário-ideológico austríaco ecoou inicialmente na Alemanha, inspirando e influenciando a reforma processual de 1924, na qual reforçou-se os poderes judiciais de direção formal (*formelle Prozessleitung*) e material (*materielle Prozessleitung*) do processo, o que até então era exercido pelas partes, nomeadamente o controle dos prazos processuais, conferindo ao juiz maior ativismo na relação processual, desprovidas essas direções, no entanto, de qualquer viés autoritário, ou, nas palavras de Trocker (1974, pp. 47-48):

O rígido esquema da fórmula da *mihi factum, dabo tibi ius*, vem sendo, de fato, abandonado a favor de uma cooperação dinâmica e construtiva entre os vários sujeitos envolvidos no processo, seja acerca do accertamento dos fatos, seja na individuação da *regula iuris*⁹.

⁹No original: “*Il rigido schema della formula da mihi factum, dabo tibi ius, viene infatti abbandonato a favore di una cooperazione dinamica e costruttiva tra i vari soggetti coinvolti nel giudizio, sia rispetto all'accertamento del fatto che alla individuazione della regula iuris.*” Traduzido por Nunes (2008, p. 54).

Na reforma processual civil de 1933, durante o regime nazista, a legislação alemã reconhece a dupla finalidade da jurisdição: a de atender ao interesse privado na solução do litígio e, principalmente, satisfazer o interesse público por meio da segurança jurídica da coletividade e, nessa mesma época, surgem no processo valores como o dever de lealdade e de probidade, de observância cogente pelas partes.

Na Itália do fascismo, o Código de Processo Civil de 1940 parece seduzir o povo com a ideia paternalista e assistencialista de aproximação da justiça, conferindo ao juiz – na visão de Denti (1971, p. 20)¹⁰ – “largos poderes de iniciativa, destinados a preencher as lacunas de uma defesa deficiente e a dar sugestões à parte mais débil e menos preparada”, sem implementar, contudo, os instrumentos técnicos para a socialização do processo.

Ganhou força, nessa altura, a chamada “concepção publicística do processo”, cujas premissas – ou verdades estabelecidas – Aroca (2002, p. 72) assim resumiu:

1) o processo é um mal, devido ao fato de comportar uma perda de tempo e de dinheiro, além de instigar as partes a litigar com repercussão na sociedade; e 2) o processo prejudica a economia nacional, dado que impede a rentabilidade dos bens paralisados, enquanto se discute em juízo sobre a quem pertencem. Por estes postulados, deriva a necessidade de resolver de modo rápido o conflito entre as partes, e por isto o melhor sistema é aquele no qual o juiz não se limite a julgar, mas se transforme em um verdadeiro gestor do processo, dotado de grandes poderes discricionários, idôneos a garantir não somente o direito das partes, mas sobretudo os valores e os interesses da sociedade¹¹.

No Mundo Novo, o modelo processual idealizado por Klein foi difundido por Chiovenda (1949) nas primeiras décadas do século XX, que passou a defender princípios como o da identidade física do juiz e o da concentração dos atos processuais, além de pregar a irrecorribilidade das decisões interlocutórias e o aumento dos poderes do juiz.

No caso particular do Brasil, o saudoso Moreira (1991) analisou, com maestria que lhe era peculiar, as influências exercidas pelo direito processual civil alemão no sistema adotado pelo país e em Portugal, nações que, por razões históricas, adotaram matizes normativas

¹⁰Traduzido por Nunes (2008, p. 60).

¹¹No original: “1) il processo è un male, dato che comporta una perdita di tempo e di denaro, oltre a spingere le parti a litigare, con ripercussione nella società e 2) il processo nuoce all’economia nazionale, dato che impedisce la redditività dei beni paralizzati, mentre se discute in giudizio sulla loro appartenenza. Da questi postulati deriva la necessità di risolvere in modo rapido il conflitto tra le parti e per questo il miglior sistema è quello in cui il giudice non si limiti a giudicare, ma si trasformi in un vero gestore del processo, dotato di grandi poteri discrezionali, idonei a garantire non solo i diritti delle parti, ma soprattutto i valori e gli interessi della società”. Traduzido por Nunes (2008, p. 131).

semelhantes ou idênticas e até comuns, exercendo os doutrinadores portugueses notória influência no direito brasileiro.

Superada essa quadra histórica de ordenamento legal comum ou semelhante entre os dois países, o Brasil passou a voltar atenções à doutrina francesa e, de maneira especial, à italiana e, no avançar do século XX, recebeu os influxos das construções ideológicas germânicas, ainda que de maneira indireta, de fonte mediata ou de “segunda mão” (introduzidas especialmente por processualistas italianos). Brasil e Portugal aprovaram no mesmo ano (1939) uma nova legislação processual civil codificada, consagrando – ambos os países – um modelo de processo marcado pelos princípios da oralidade, pela concentração dos atos processuais, pela imediatidade do juiz em relação às provas e por maior ativismo judicial, princípios defendidos no direito alemão e no austríaco.

Na sequência, Portugal aprovou um novo Código de Processo Civil (1961), mas, sem sinais evidentes da influência alemã nas inovações consagradas (Moreira, 1991), enquanto que, no Brasil, o Código de Processo Civil de 1973 claramente alinha-se ao direito alemão em vários pontos, como na disciplina da ação declaratória incidental, do instituto da revelia e da intervenção de terceiros na modalidade de assistência – simples e litisconsorcial –, apesar da proximidade redacional com a lei portuguesa, ou mesmo a instituição do dever de veracidade (que consta genericamente no art. 14, inciso I), previsto no Código de Processo Civil português desde 1939 (art. 264.º), além de consolidar o reforço do papel do juiz, a quem outorgou o poder de agir oficiosamente, inclusive com algum desvio do pedido (art. 461, § 5º).

Essa influência germânica, contudo, parece mais evidente nos Códigos de Processo Civil contemporâneos de Portugal (Lei nº 41/2013, de 26 de junho) e do Brasil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), o que será objeto de análise pormenorizada no momento oportuno.

2.3. O modelo democrático/constitucional: do policentrismo, neoprocessualismo e neoconstitucionalismo à constitucionalização do processo

Num movimento de reação ao protagonismo judicial que teria, na visão de alguns, causado redução do papel do cidadão (parte ou jurisdicionado) à condição de “cliente” da atividade jurisdicional do Estado (como apontado por Nunes, 2008), os literários do direito buscaram a construção de um modelo processual baseado na releitura do processo civil conforme as normas constitucionais – interpretação conforme a Constituição –, na expectativa de suplantar as deficiências do processo social, nomeadamente o domínio do procedimento pelo

juiz ou a proeminência do ativismo judicial, donde surgiram propostas como o policentrismo e o neoprocessualismo.

Nunes (2008) critica o protagonismo das partes no liberalismo processual, marcado pela aplicação neutra da norma por um juiz espectador, e o do juiz na socialização, a pretexto de compensar supostas desigualdades materiais – modelo marcadamente autoritário¹² –; censura, ainda, o que chama de neoliberalismo processual, consubstanciado na busca, a qualquer preço, de produtividade em escala industrial no Judiciário, a padronização de decisões e a imposição de acordos, mesmo que inexecutáveis e antissociais e, ao mesmo tempo, desenvolve um discurso de quebra do paradigma ou dogma do protagonismo do juiz, dominante naquela ocasião, e propõe o que chamou de policentrismo da relação processual, justificando-o com os seguintes argumentos:

Essa tentativa será buscada mediante a estruturação de algumas bases para um modelo democrático de processo, ou seja, um processualismo constitucional democrático: perspectiva interpretativa que poderá, caso aplicada, garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em um dimensionamento espaço-temporal adequado. Tal vertente interpretativa defende que as degenerações não são tanto fruto de um mal dimensionamento legislativo, mas, primordialmente de uma leitura fraca dos direitos processuais fundamentais que garantiriam uma participação endoprocessual (Nunes, 2008, p. 130).

Na essência, o que se busca é a releitura da concepção de “comunidade de trabalho”¹³ entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada na perspectiva social do processo e, a partir

¹²Essa característica autoritária também é vista pelo jurista português Mendonça (2007). Na ótica do autor, desde o Código de Processo Civil português de 1939, o juiz assumiu um papel autoritário, amparado numa ideologia fascista que consagrou esse paradigma. Diz que, apesar de a reforma de 1995/1996 ter introduzido o princípio da colaboração, houve um reforço no núcleo dos poderes de inquisitório e de discricionariedade do juiz, mantendo-se ainda hoje em vigor esse paradigma. O autor considera que essa concepção não é adequada, porque põe em causa a imparcialidade da função jurisdicional e, ao mesmo tempo, aposta numa colaboração entre as partes que, em regra, não se traduz em realidade durante a marcha procedimental. Conclui expressando a sua adesão a uma outra concepção do papel do juiz no processo civil, denominada “garantismo judicial”, onde se concebe o juiz, essencialmente, como “um juiz garante ou juiz guardião”. Disponível em: <www.julgar.pt/virus-autoritario-e-processo-civil/>. Acesso em: 23 de setembro de 2017.

¹³Numa visão apressada, pode parecer estranho a denominação de “comunidade de trabalho” para uma relação desenvolvida num ambiente em que os integrantes do grupo – os sujeitos do processo – não raramente ocupam, em determinados momentos, posições assimétricas ou antagônicas, mas essa assimetria ou antagonismo não descaracteriza o trabalho comunitário, na medida em que cada um contribui, a seu modo e até visando o interesse próprio, para a construção da obra representada pelo processo justo, num ambiente de diálogo paritário. Noutras espécies de comunidade, como na própria comunidade familiar, os seus membros, por vezes, assumem posições assimétricas ou até de conflito, mas a assimetria ou mesmo os conflitos porventura surgidos não excluem os elos que os vinculam. Jauernig, 2002, p. 149, critica a expressão “grupo de trabalho”, dizendo que ela deveria ser evitada, porque sem sentido (insípida), por sua obviedade, ou enganadora, por sugerir antagonismo entre os participantes do processo.

daí, construir uma doutrina e, sobretudo, uma cultura jurídica de policentrismo processual, incompatível com a noção de protagonismo de qualquer dos partícipes do processo, num ambiente centrado numa perspectiva constitucional democrática, onde não haja submissão entre os sujeitos processuais – denominados por muitos de “operadores do direito” –, mas, ao contrário, exista interdependência.

No policentrismo, prega-se a estruturação participativa do processo, por meio do paritário debate endoprocessual – diálogo entre os seus partícipes –, delimita a sua forma e o conteúdo das decisões, bem como proporciona o seu controle, por meio da aplicação de regras de direito fundamentais, numa perspectiva dinâmica, norteadas por princípios processuais constitucionais, num ambiente de articulação democrática em que todos assumam responsabilmente os seus papéis, de modo a legitimar o pronunciamento jurisdicional após clara discussão das matérias de fato e de direito.

Nessa mesma linha de discurso, surgiu o chamado neoprocessualismo. Entretanto, talvez mais importante do que compreender o neoprocessualismo seja entender outro fenômeno: o neoconstitucionalismo.

Barroso (2005, p. 12), atual juiz da Suprema Corte brasileira, indica as raízes desse fenômeno: “[...] a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988 [...]” e, mais adiante, prossegue dizendo que:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (Barroso, 2005, pp. 12-13).

E essa tendência de constitucionalização do direito também foi percebida e diagnosticada por Zaneti Junior (2005, p. 91):

No conhecido movimento do póspositivismo, com a principialização da Constituição (positivação dos princípios de direito natural: direito à vida, à dignidade, ao devido processo legal etc) e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa: todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é Direito.

Lourenço (2011, pp. 88-89), nessa mesma linha, complementa:

Nesse conjunto de garantias e princípios constitucionais processuais incluem-se o direito de ação, a ampla defesa, a igualdade e o contraditório efetivo, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, independência e imparcialidade do juiz, a motivação das decisões judiciais, a possibilidade de controle recursal das decisões etc. Desse modo, pode-se afirmar que o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Essa constitucionalização dos direitos e garantias processuais torna-se relevante, pois, além de retirar o Código de Processo da centralidade do ordenamento processual, fenômeno designado de descodificação, ressalta o caráter publicístico do processo. O Direito processual está, atualmente, divorciado da visão privatista, deixando de ser um mecanismo de utilização pessoal, para ser visto como um meio de realização da justiça.

No Brasil, o Código de Processo Civil reconhece expressamente, em seu art. 1º, a constitucionalização do processo: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (Brasil, 2015).

Nas palavras de Cunha (2017, p. 93), “reconhece-se, no atual momento doutrinário, que a Constituição efetivamente ocupa o centro do sistema jurídico, de onde passa a irradiar valores objetivos através dos quais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas as normas jurídicas, aí incluídas aquelas que dizem respeito ao Direito Processual Civil”.

Esse fenômeno – a constitucionalização do processo – é tão marcante que a doutrina identifica no Código de Processo Civil o direito constitucional aplicado¹⁴.

3. DA JURISDIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

De início, cumpre deixar claro que a gestão processual – tema deste trabalho – é apenas um dos inúmeros princípios que orientam ou norteiam a jurisdição, de modo que a sua aplicação há de ocorrer num ambiente de coexistência e de compatibilização principiológica, respeitando os demais princípios.

A gestão processual, assim como os demais princípios processuais, é parte integrante de algo muito maior: a jurisdição.

¹⁴“O processo civil é estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo, o que significa dizer que o legislador infraconstitucional tem o dever de desenhá-lo a partir do seu conteúdo. Em outras palavras, o processo civil é ordenado e disciplinado pela Constituição, sendo o Código de Processo Civil uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo. Vale dizer: o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado. O Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, o que significa que as dúvidas interpretativas devem ser resolvidas a favor da otimização do alcance da Constituição e do processo civil como meio para tutela dos direitos” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, p. 153).

Não se cogita de gestão processual antes da propositura da ação ou fora do processo, até por imperativo respeito ao princípio dispositivo – ou do dispositivo –, na concepção de poder de iniciativa da parte (*ne procedat iudex ex officio*), a quem cabe, no exercício da autonomia privada, avaliar a conveniência de instaurar ou dar o impulso inicial ao processo (art. 3.º, n.º 1, do CPC de Portugal e art. 2º do CPC do Brasil).

É necessário, primeiramente, desbravar a jurisdição, compreendê-la, para só então chegar até a gestão processual que, a rigor, representa apenas uma de suas facetas.

3.1. A jurisdição

Na condição de instrumento formal¹⁵ para a realização do direito material ou substantivo, o Direito Processual Civil pressupõe, como regra, uma situação litigiosa, convertendo-se o processo num campo conflitual, mas que não deve ser confundido com um campo conflituoso, como adverte Mesquita (2015), a lembrar uma guerra aberta ou um duelo; na autorizada opinião do ilustre mestre, deve o processo, ao contrário, primar pelo diálogo, pela descoberta da verdade, imprescindível para a obtenção de decisões justas e com pronunciamento sobre o mérito da causa, na medida em que o julgamento do processo motivado por questões puramente processuais ou formais, sem apreciação da causa subjacente da lide, não importa em solução do litígio e, de consequência, não alcança a pacificação social¹⁶.

Essa missão – a pacificação social – constitui a razão de ser da jurisdição, mediante a qual a sociedade civilizada e organizada compõe os inevitáveis conflitos intersubjetivos que decorrem da convivência social. Aliás, convém gizar, o processo – instrumento da jurisdição civil – possui dupla finalidade: a tutela dos direitos numa perspectiva geral e a tutela dos direitos numa perspectiva particular (Abreu, 2015).

Diz-se, com razão, que a situação litigiosa é a protagonista da jurisdição, a partir da qual ela é conceituada, erigida a lide, por muitos, como seu elemento essencial.

¹⁵É interessante a construção doutrinária a respeito do formalismo valorativo, que procura dimensionar o real valor e a exata medida do formalismo. Para Lourenço (2011, p. 99): “[...] O formalismo valorativo informa a aplicação da lealdade e da boa-fé, não somente para as partes, mas para todos os sujeitos do processo, inclusive o órgão jurisdicional com as partes e destas com aquele. Exatamente o emprego da lealdade nessa liberdade valorativa é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão jurisdicional seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento de vícios formais”.

¹⁶O autor alerta que a reconstituição dos fatos com a maior exatidão possível não pode ser indiferente ao tribunal e que as decisões puramente formais, que deixam à margem o conhecimento do mérito, não são o melhor caminho para a pacificação social (Mesquita, 2015, p. 78).

Na visão de Carnelutti (2000)¹⁷, a lide pressupõe a existência de um conflito intersubjetivo de interesses (elemento material) qualificado pela resistência ou discussão à pretensão deduzida em juízo (elemento formal). Esse conceito, na sua essência, predomina entre ilustres processualistas, como os italianos Micheli (1959)¹⁸ e Ferri (2006)¹⁹, o alemão Goldschmidt (1936)²⁰, o espanhol Aroca (2000)²¹ e o brasileiro Bueno (2007)²², que segue a mesma linha de entendimento de seus compatriotas clássicos.

Essa associação entre jurisdição e lide é tão marcante que Theodoro Júnior, notável processualista brasileiro, não considera autêntica jurisdição os atos decisórios nos denominados procedimentos de jurisdição voluntária ou graciosa, nos quais não há partes e nem litígio, mas simples administração de interesses privados pelo juiz em situações que despertam especial interesse público ou, na expressão do autor, existe apenas um “negócio jurídico-processual envolvendo o juiz e os interessados”, indispensável para conferir eficácia ao negócio jurídico, como ocorre, no Brasil, nos casos envolvendo a aquisição ou perda da capacidade – emancipação (art. 725, I, do CPC/BR) ou interdição (art. 747 *usque* 758 do CPC/BR) – e a alienação de bens de incapazes (art. 725, III, do CPC/BR), dentre outras hipóteses. Nesses casos, o juiz desempenharia funções meramente administrativas e não jurisdicionais, exatamente porque a sua atuação não é substitutiva da vontade das partes, de maneira imperativa ou impositiva da vontade concreta da lei (Theodoro Júnior, 2018, pp. 120-121).

Noutro fronte, processualistas conceituados reconhecem a existência de jurisdição ainda que ausente uma situação litigiosa. É o caso de Câmara (2014, pp. 88-91), para quem é inegável o exercício da função jurisdicional na jurisdição voluntária; e para reforçar o seu entendimento, cita as denominadas “demandas necessárias”, nas quais não há necessariamente uma lide, como ocorre na usucapião (art. 1.241 do CC/BR) em que o titular do domínio não se opõe ou oferece resistência ao pedido de aquisição da propriedade. Daí porque enxerga a lide como *elemento accidental* e não essencial da jurisdição (Câmara, 2011).

¹⁷Carnelutti, Francesco. Instituições do processo civil, vol. I. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 78.

¹⁸O mestre exalta o monopólio estatal sobre a jurisdição, cuja finalidade consiste na eliminação de litígios, não obstante a ausência do emprego do vocábulo “lide” (Micheli, 1959, p. 8).

¹⁹Na visão do autor, a atividade jurisdicional é destinada à resolução de conflitos por meio da aplicação de normas substanciais (Ferri, 2006, pp. 103-104).

²⁰Para Goldschmidt (1936, p. 118), a jurisdição civil representa o poder/dever de administrar justiça perante as situações litigiosas.

²¹Aroca (2000, p. 130) enxerga a lide como pressuposto da jurisdição.

²²Bueno (2007, p. 238) vê na jurisdição a força imperativa e substitutiva das partes para dirimir conflitos mediante a aplicação do direito.

Não parece ser possível, de fato, negar a existência de atividade jurisdicional nos casos confiados pelo legislador à jurisdição voluntária ou mesmo nas hipóteses das denominadas “demandas necessárias”, porquanto esses procedimentos não prescindem dos elementos da jurisdição, vale lembrar: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *juditiom* e *executio*. E mais, essas decisões são sindicáveis por meio de recurso, circunstância que realça a sua natureza jurisdicional.

Essa exceção – a inexistência de lide no exercício da função jurisdicional – não afasta a regra – a do litígio –, mas, ao contrário, a confirma. E o conflito de interesses, quando existente, deve ser enfrentado com a necessária coragem e com habilidade pelo juiz, porque, se assim não agir, pode ele – o conflito – reacender a qualquer momento, reclamando da atividade jurisdicional redobrado empenho não só para julgar o mérito da lide, mas, sobretudo, exige esforço e determinação para alcançar a sua justa solução (não simplesmente a decisão da lide), missão que não prescinde da atuação do julgador de maneira flexível, criativa e comprometida com a descoberta da verdade material, da completa elucidação dos fatos que deram causa ao conflito.

O desiderato da justa solução do litígio não dispensa, entretanto, a participação ou participação das partes e, em especial, de seus advogados na construção de um processo e, sobretudo, de uma decisão substancialmente justa, o que pressupõe o permanente diálogo entre os partícipes da relação processual por meio de uma engenharia jurídica capaz de compatibilizar a independência de cada um deles com o essencial espírito colaborativo numa “comunidade de trabalho”, o que, em última análise, legitima a própria atividade jurisdicional.

3.2. Os princípios processuais orientadores ou informadores da jurisdição e sua força normativa

No plano doutrinário, as normas legais (gênero) são subdivididas em princípios e regras (espécies). Existe, em boa medida, consenso de que os princípios possuem, no seu maior grau de generalidade, abstração e mecanismo de aplicação, as características principais que os distinguem das regras, as quais, ao contrário, tipificam as situações fáticas submetidas à sua regulamentação (prevendo direitos e obrigações, bem como as consequências do inadimplemento). Noutras palavras, os princípios pertencem ao universo geral e abstrato, enquanto que as regras integram o mundo particular e concreto.

Em razão da característica da indeterminação, os princípios são considerados normas de conteúdo aberto, essencialmente finalistas (o bem jurídico tutelado é manifesto), aplicáveis,

por isso mesmo, a incontáveis situações de fato, mas sem especificar, concretamente, as hipóteses de sua incidência, papel esse reservado às regras. Na interação com as regras, os princípios desempenham a função de guia, de orientador na sua interpretação, dimensionando a razão de ser e o valor daquelas.

Nesse contexto, os princípios processuais adquirem singular importância não apenas no plano puramente moral ou ético, na medida em que deles decorre a imperatividade própria das normas jurídicas, com significativas repercussões no mundo da realidade, servindo de paradigma na atividade de subsunção dos fatos ou do comportamento humano ao direito, de tal forma que os princípios fundamentais aos fins e valores tutelados pelo direito permitem a solução de conflitos de interesses decorrentes de situações jurídicas não previstas explicitamente pelo ordenamento legal, alcançável essa solução por meio da ponderação (valoração de pesos e importância).

Na doutrina, o caráter normativo dos princípios é reiteradamente reconhecido, inclusive por Barroso & Barcelos (2003, pp. 147-148):

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

3.3. Princípios estruturantes do processo civil

O processo civil possui inúmeros princípios que orientam a sua aplicação²³, alguns previstos em lei ordinária e outros contemplados por norma constitucional, estes últimos consagradores de direitos fundamentais (os denominados princípios com dignidade constitucional, na expressão de Freitas, 2013, p. 96). O ilustre processualista Theodoro Júnior (2010, p. 66) leciona que é:

[...] no conjunto dessas normas do direito processual que, de forma prática, se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus

²³Alvim Netto (2003, pp. 22-23) prefere classificar os princípios como universais, denominando-os de “informativos”, e os exclusivos do direito processual, chamando-os de “princípios fundamentais”. Aqueles são “quase axiomas, porque prescindem de demonstração maior” (o lógico, o jurídico, o político e o econômico), ao passo que estes apresentam densa carga ideológica, podem ser contraditórios entre si e dependem, em sua adoção, de opção política do legislador.

interesses, e, ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes.

O objetivo do processo – constituído e desenvolvido regularmente (devido – ou justo – processo legal formal, marcado pela justiça procedimental em sentido lato) – deve ser o de reconhecer o melhor resultado concreto à luz do direito material, entregando o bem da vida àquele que possui a situação jurídica amparada pelo direito, donde emerge a garantia do devido – ou justo – processo legal substancial²⁴.

Não é demasiado lembrar que, eventualmente, os princípios informativos do processo colidem ou parecem contrapor-se, como ocorre, *v.g.*, com o princípio da celeridade processual e o do devido processo legal ou do contraditório. Mesmo entre os que possuem dignidade constitucional – consagradores de direitos ou garantias fundamentais – é possível essa colisão, a exemplo da possível contradição entre os princípios da duração razoável do processo e o do contraditório.

Esses conflitos – inclusive entre princípios que asseguram direitos fundamentais (instituídos na Constituição) – devem ser resolvidos com a aplicação do critério da *ponderação*, como ensina Alexy (1998)²⁵, critério esse que igualmente deve ser aplicado nas hipóteses de conflitos ou colisões entre regras e princípios.

²⁴“A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal” (Theodoro Júnior, 2010, p. 66).

²⁵“A maioria das Constituições têm hoje catálogos de direitos fundamentais escritos. A primeira tarefa da teoria dos direitos fundamentais enquanto disciplina jurídica é uma interpretação desse catálogo. Nesse contexto, aplicam-se as regras tradicionais de interpretação jurídica. Todavia, elas esbarram rapidamente em determinados limites. Uma razão fundamental aqui parece decorrer das chamadas colisões de direitos fundamentais. O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser desenvolvido de forma estrita ou ampla. Se concebido de forma estrita, então devem ser consideradas apenas aquelas situações que envolvam colisões de direitos fundamentais. Aqui se pode falar de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Uma concepção mais ampla permite considerar as colisões de direitos fundamentais com outras normas ou princípios que tenham por objeto a proteção de interesse comum. É o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. A sua análise leva a quase todos os problemas dessa disciplina. Todavia, antes de avançar no seu estudo, deve-se explicitar claramente o fenômeno. Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão. Nem isso pode existir. Isso se aplica tanto a colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, quanto em sentido amplo. [...] A colisão dos direitos fundamentais contempla aspectos extremamente variados, que, todavia, têm um ponto em comum: todas as colisões somente podem ser superadas se se impõem a um dos lados ou aos dois lados envolvidos na questão restrições ou sacrifícios. [...] Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandatos de otimização (*Optimierungsgebote*). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação” (Alexy, 1998). Traduzido Gilmar Ferreira Mendes. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE,

Barroso (2004) leciona que o intérprete deve empregar a técnica da ponderação de valores, interesses, bens ou normas durante a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se contraponham e se encontrem em rota de colisão, apontando soluções diversas ou contraditórias na situação concretamente analisada. Na sua ótica, o raciocínio ponderativo, para além de buscar mais objetividade, inclui a seleção de normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar os valores contrapostos na medida do possível.

Exemplo dessa ponderação pode ser extraído do seguinte julgamento, ocorrido na Suprema Corte brasileira:

PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido. (Recurso Extraordinário n. 297.901-5/RN do STF. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 31.03.2006, p. 38)²⁶.

O Código de Processo Civil brasileiro expressamente adotou o critério da ponderação:

disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao---alexy>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

²⁶Supremo Tribunal Federal (Brasil). Na fundamentação do voto, a relatora assentou: “1. No julgamento de caso semelhante, a Primeira Turma desta Corte entendeu que a alegação de ofensa ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal não ocorre, pois esse dispositivo se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matérias não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). Não é cabível, pois, o recurso extraordinário nesse ponto. 2. Já no que se refere à sustentada supremacia da Convenção de Varsóvia, com relação ao Código de Defesa do Consumidor, observo que, no julgamento de conflito entre norma da Convenção de Genebra e o Decreto-Lei 427/69, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que leis internas posteriores revogam os tratados internacionais (RE 80.004, redator para o acórdão o Min. Cunha Peixoto, DJ 29.12.77). Não obstante, na hipótese ora em julgamento, cabe observar que o art. 178 da Constituição Federal de 1988 expressamente estabeleceu que, quanto à ordenação do transporte internacional, a lei observará os acordos firmados pela União. Assim, embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso de contrato de transporte internacional aéreo, em obediência à norma constitucional antes referida, prevalece o que dispõe a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos, não o de cinco anos, do Código de Defesa do Consumidor.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (Brasil, 2015, § 2º do art. 489).

Deparamo-nos, agora, com a necessidade de estudar de maneira pormenorizada alguns desses princípios, em especial aqueles que podem ser denominados de “os grandes princípios do processo civil”, assim chamados por Mesquita em suas sessões de Mestrado, apelidados por outros juristas de “princípios estruturantes” do processo civil²⁷. É preciso ressaltar, porém, que a doutrina adota classificação não uniforme dos princípios, emprestando maior ou menor relevo a uns e outros e, inclusive, nominando-os diferentemente, além de, por vezes, apresentar um princípio como espécie ou desdobramento de outro (subprincípio).

3.3.1. Princípio do direito de acesso à justiça

O acesso à justiça está associado ao exercício da cidadania na sua plenitude, garantia inarredável no Estado Democrático de Direito, possuindo, por isso, *status* constitucional.

O significado de acesso à justiça experimentou, ao longo dos anos, profundas transformações, como contam Cappelletti & Garth (1998, pp. 9/10-12):

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*. [...] A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes

²⁷Pimenta (2016) & Rodrigues (2013).

proclamados. [...] O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

No catálogo dos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático, derivados só da cidadania – e isso não é só –, o direito de acesso à justiça invariavelmente o integra. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948) consagra esse direito; e, para além dele, assegura o direito à publicidade de julgamento por tribunal independente e imparcial:

Art. 10º. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

No plano constitucional, o art. 20.º da Constituição da República Portuguesa assegura a todos os cidadãos – inclusive os destituídos de meios econômicos para prover as despesas do processo – o acesso à justiça para defesa de seus direitos e interesses legalmente protegidos (n.º 1); o direito de informação e à assistência jurídica (n.º 2); ao segredo de justiça, nas hipóteses legalmente previstas (n.º 3); a um processo justo (equitativo) e à sua duração razoável (n.º 4); e à celeridade e efetividade da tutela jurisdicional (n.º 5) (Portugal, 2005).

O Código de Processo Civil de Portugal (2013), por sua vez, reconhece não só o direito de acesso à justiça, mas também o dever do tribunal de decidir de maneira definitiva a pretensão deduzida (com força de caso julgado, vale dizer, com apreciação do mérito do pedido) num prazo razoável (art. 2.º).

No Direito, há uma máxima de que todo direito corresponde a uma obrigação, de modo que da garantia de acesso do cidadão à justiça brota a necessidade ou dever de o Estado adimplir essa obrigação, entregando a prestação jurisdicional tempestiva ou “no prazo socialmente aceitável”, vale dizer, no prazo compatível com a razoabilidade e útil para a proteção jurídica invocada (não é aplicável o aforisma que diz que a “justiça tarda, mas não falha”; ela terá falhado se tardar), de tal sorte que não é suficiente que a tutela jurisdicional seja adequada ao conflito de interesses, mas que ela seja também tempestiva. E esse dever do Estado – de entrega da prestação jurisdicional efetiva e num prazo razoável – sintetiza-se no princípio da inafastabilidade da jurisdição, ínsito no princípio do acesso à justiça.

No Brasil, os arts. 3º e 4º do Código de Processo Civil (Brasil, 2015) praticamente repetem as garantias consagradas nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição

Federal (Brasil, 1988), que preceituam que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito e essa prestação, devida pelo Estado, há de ocorrer com a solução integral do mérito num prazo razoável.

O direito fundamental de acesso à justiça é muito mais expressivo ou alargado do que o simples direito de ação – de natureza formal; ao contrário, esse direito possui a faceta de substancial, de um direito material à justa e efetiva prestação jurisdicional –, como adverte a doutrina²⁸.

Esse direito – de acesso à justiça – é complexo, porque carrega em si inúmeras garantias, igualmente asseguradas no plano constitucional e legal, a exemplo do direito à informação (de ser o cidadão informado sobre os seus próprios direitos); ao devido processo legal, o que pressupõe a sua condução por órgão jurisdicional constitucionalmente investido da competência (juiz natural) e julgamento imparcial, justo e efetivo, ou, noutras palavras, “[...] o acesso à justiça não pode ser entendido exclusivamente pelo direito de participar, de obter uma resposta. É preciso que o Estado assegure meios para que ele se concretize em toda a sua plenitude” pois “[...] o acesso somente será pleno quando a informação dos direitos for adequada, estiver garantida a participação de quem quer que seja no devido processo legal e que assegure à parte, que tem o melhor direito, a receber o mais rápido possível o bem da vida a que faz jus” (Wambier, Didier Júnior, Talamini & Dantas, 2015, p. 63).

O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional brasileira, proclamou que a garantia da duração razoável do processo é uma projeção do direito fundamental de acesso eficaz ao Poder Judiciário (HC 112298/RS):

[...] O direito à razoável duração do processo não é senão projeção do direito de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito a que corresponde o dever estatal de julgar com segurança (elemento técnico) e presteza (elemento temporal).

Na Espanha, o Tribunal Constitucional decidiu que:

²⁸Nesse sentido, é o entendimento de Theodoro Júnior, Nunes, Bahia & Pedron (2015, p. 89): “Ainda se mostra bastante difundida na cultura jurídico-processual brasileira a noção de que o ‘acesso à justiça’ reveste-se de uma concepção puramente formal, e, por isso, restrita a um direito de ação (direito de ingressar em juízo). Entretanto, essa leitura formal (típica do Estado Liberal) se mostra insuficiente, revelando que somente poderiam instaurar procedimentos jurisdicionais aqueles que tivessem condições de arcar com seus altos custos. Percebe-se, ainda que com a ruptura para o Estado Social, vai sendo abandonada a visão individualista dos direitos para afirmar uma postura positiva (ativa) por parte do Estado para efetivação de direitos fundamentais (direitos sociais). Com isso, o Judiciário, a partir do processo constitucional, passa a ocupar papel de destaque na efetivação desses direitos. Sua função não é apenas de aplicação da norma jurídica, mas de materialização desta.”

[...] as normas que contém os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo²⁹.

No entendimento do apontado tribunal:

[...] o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de carácter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e os tribunais têm a obrigação de proteção eficaz do direito fundamental e o cumprimento desse mandamento constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que tem direito todas as pessoas, deve ser para os juízes e tribunais o norte de sua atividade jurisdicional. Por essa razão, o Tribunal Constitucional espanhol fala na necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede aos órgãos judiciais de adotar uma atitude passiva nesta matéria³⁰ (Bernal, 1994, p. 329).

No TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), é iterativa a jurisprudência no sentido de afirmar que a efetividade da tutela jurisdicional é uma garantia fundamental do homem, tal qual preceitua o n.º 1 do artigo 6.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1953): “Qualquer pessoa tem o direito a que a sua causa seja examinada [...] num prazo razoável por um tribunal [...], o qual decidirá [...] sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil [...]”.

Nos casos – muito frequentes – de descumprimento da obrigação de entregar a prestação jurisdicional em prazo razoável por qualquer Estado-membro, o TEDH reconhece a violação do direito fundamental e condena o Estado faltoso a pagar indenização ao prejudicado. Num desses casos, Portugal foi condenado a indenizar por danos morais e despesas processuais a um casal que ingressou com ação de despejo perante o Tribunal de Matosinhos e o processo

²⁹Sentença 57, de 08.05.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Bernal (1994, p. 315). No original: “[...] las normas que contienen los requisitos formales deben ser aplicadas teniéndose siempre presente el fin pretendido al establecerse dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista que los convertiría en meros obstáculos procesales y en fuente de incerteza e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego”.

³⁰No original: “Para el Tribunal Constitucional español, el deber judicial de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela jurisdicional no es de carácter moral, sino un deber jurídico constitucional, pues los jueces y tribunales tienen la «(...) obligación de protección eficaz del derecho fundamental (...)». El cumplimiento de ese mandato constitucional de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a que tienen derecho todas las personas, ha de ser para los jueces y tribunales el norte de su actividad jurisdicional. Por eso, el Tribunal Constitucional habla de la necesaria colaboración de los órganos judiciales con las partes en la materialización de la tutela también en el deber específico de garantizar la tutela, deber que impide a los órganos jurisdiccionales de adoptar una actitud pasiva en esta materia”.

ficou paralisado de 30 de setembro de 1994, data da contestação, até 25 de maio de 2001, quando foi proferido o despacho saneador convidando as partes a especificarem as provas³¹.

Na visão da doutrina (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, pp. 160-161), aderindo à jurisprudência do TEDH, a “[...] complexidade da causa, sua importância na vida do litigante, o comportamento das partes e o comportamento do juiz – ou de qualquer de seus auxiliares – são critérios que permitem aferir racionalmente a razoabilidade da duração do processo”. E o descumprimento pelo Estado desse preceito fundamental – de prestar tutela jurisdicional efetiva no prazo razoável – dá azo à reparação do prejudicado pela demora excessiva.

Na sua complexidade, o princípio do acesso à justiça, em síntese, constitui uma garantia fundamental de natureza substancial – não simplesmente uma garantia formal – e carrega em si, no seu seio, inúmeros valores muito caros ao processo civil e guindados até à condição de garantias fundamentais, *v.g.*, processo justo³² – que ocupa quase que uma posição de gênero, do qual derivam outras garantias processuais e constitucionais –, independência e imparcialidade do julgador; juiz natural; previsibilidade da decisão (julgamento com segurança); efetividade da tutela jurisdicional (prevalência das decisões de mérito – elemento técnico – e julgamento em prazo razoável, no tempo necessário e útil à pretensão deduzida –

³¹Sentença de 10 de junho de 2008 no caso envolvendo Martins Castro e Alves Correia de Castro c. Portugal (Queixa n.º 33729/06). Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia_Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

³²“O direito ao processo justo constitui cláusula geral – a norma prevê um termo indeterminado no seu suporte fático e não comina consequências jurídicas à sua violação. No entanto, é possível identificar o seu núcleo duro, sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo. O direito ao processo justo conta, pois, com um perfil mínimo. Em primeiro lugar, do ponto de vista da divisão do trabalho processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz para com as partes (art. 6.º, CPC). O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5.º, XXXV, CF, e 3.º, CPC), em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas (art. 5.º, I, CF, e 7.º, CPC), em contraditório (art. 5.º, LV, CF, e 7.º, 9.º e 10.º, CPC), com ampla defesa (art. 5.º, LV, CF), com direito à prova (art. 5.º, LVI, a *contrario sensu*, CF, e 369, CPC), perante juiz natural (arts. 5.º, XXVII e LIII, CF), em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados (arts. 93, IX, CF, e 11 e 489, § 1.º, CPC), em procedimento público (arts. 5.º, LX, e 93, IX, CF, e 11 e 189, CPC), com duração razoável (arts. 5.º, LXXVIII, CF, e 4.º, CPC) e em, em sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral (art. 5.º, LXXIV, CF, e 98 a 102, CPC) e com formação de coisa julgada (art.5.º, XXXVI, CF, e 502, CPC). A observância dos elementos que compõem o perfil mínimo do direito ao processo justo são os critérios a partir dos quais se pode aferir a justa estruturação do processo. O processo justo depende da observância de seus elementos estruturantes”. (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, p. 154). Na doutrina de Theodoro Júnior (2018, p. 85), a “[...] noção de processo justo está intimamente ligada à efetividade da prestação jurisdicional, de modo a garantir a todos o acesso à justiça, em tempo que não extrapole os limites do razoável. Com isso, entende-se a necessidade de a justiça efetiva aparelhar-se para propiciar ao titular do direito um provimento que seja contemporâneo à lesão ou à ameaça de lesão, consistindo em solução justa para o litígio. No entanto, não basta que a lide seja solucionada em prazo razoável, a efetividade somente é alcançada se, aliada à brevidade, se outorga aos litigantes a plena tutela jurisdicional” [...] e conclui: “O processo justo e efetivo, portanto, deve viabilizar uma solução rápida para a disputa apresentada ao juiz, mas sem deixar de observar e respeitar os direitos e as garantias fundamentais das partes”.

elemento temporal –); publicidade dos julgamentos, ressalvados os casos de segredo de justiça legalmente previstos; o direito de – ou à – informação e à assistência jurídica.

Sem esses atributos ou ornamentos, o princípio do acesso à justiça jamais será pleno e não atingirá os fins que inspiraram a sua criação. Na sua vertente unicamente formal, representa esse princípio uma garantia vazia, oca; nessa perspectiva, seria ele meramente um “corpo sem alma”.

3.3.2. *Princípio dispositivo ou do pedido*

O princípio dispositivo (ou do dispositivo) ou do pedido é, doutrinariamente, associado ao primado da autonomia privada no exercício do direito de ação, ou seja, a disponibilidade outorgada às partes quanto a provocação ou não da atividade jurisdicional devida pelo Estado, tal qual apontado na seguinte lição de Pimenta (2016, p. 12, grifo nosso):

Regulando o processo civil a discussão judicial de relações jurídicas privadas e estando esta na disponibilidade das partes, diz-se que o processo civil é, essencialmente, dispositivo, ou seja, está dependente da livre disponibilidade das partes, podendo estas instaurá-lo ou não (**dominus litis**), fazê-lo continuar ou não e mesmo pôr-lhe cobro.

Na concepção liberal ou privatista do processo civil que predominou no século XIX, o juiz exercia o papel de mero árbitro de um jogo com regras determinadas pelas partes e o princípio do dispositivo expressava o domínio que elas exerciam sobre a relação processual, assistindo-lhe o direito de dispor da lide. No entanto, Freitas (2013, pp. 155-156) ressalta que “[...] esta concepção está hoje ultrapassada por uma outra que passa pela atribuição de mais poderes ao julgador e pela exigência de cooperação entre o tribunal e as partes, como meios preferenciais para alcançar a verdade e, com base nela, realizar o direito” e, discorrendo sobre o princípio do dispositivo na atualidade, acentua que “[...] se distinguem, rigorosamente, dois princípios processuais: o princípio do dispositivo propriamente dito (*Dispositionsmaxime*) e o princípio da controvérsia (*Verhandlungsmaxime*).”

Na lição de Freitas (2013, pp. 156-157), o princípio do dispositivo (*stritu sensu*) representa a liberdade de instauração do processo – liberdade de iniciativa ou de impulsionar a jurisdição –, com a atribuição dos contornos da lide, vale dizer, a definição das partes e do objeto da causa, assim como significa a possibilidade de provocar a extinção do processo

(disponibilidade da tutela jurisdicional)³³. O princípio da controvérsia, por sua vez, representa a causa de pedir, ou seja, a liberdade de alegar os fatos sobre os quais o juiz deve se pronunciar na decisão, além da iniciativa da prova dos fatos sobre os quais reside controvérsia (disponibilidade no domínio dos fatos e a respectiva prova).

Sobre o ônus de alegação dos fatos principais – ou essenciais –, Rodrigues (2013, pp. 77-78) pondera que:

Os factos principais constituem uma área de domínio exclusivo da vontade das partes, ficando na sua inteira disponibilidade e responsabilidade alegá-los e prová-los, ou não, em conformidade com a linha de interesses em defesa por banda de cada um dos litigantes. Isto de harmonia com o princípio da “autorresponsabilidade das partes”, segundo o qual as partes é que têm de deduzir e fazer valer os meios de ataque e de defesa que lhes correspondam (incluídas as provas) suportando uma decisão adversa, caso omitam algum. A negligência ou inépcia das partes redundam inevitavelmente em prejuízo delas porque não pode ser suprida pela iniciativa e atividade do juiz.

Nessa mesma linha e ainda no universo da doutrina portuguesa, Pimenta (2016, pp. 12-24) sugere a classificação do princípio dispositivo em três vertentes essenciais, a saber:

- (i) *impulso processual*, que se desdobra na *instauração da instância*, resultante da deliberação de provocar a atividade jurisdicional e invocar uma tutela judicial (art. 3.º, n.º 1, do CPC), e na *extinção da instância*, por variados motivos, a exemplo da desistência, confissão ou transação, em conformidade com o disposto no art. 277.º, al. d, do CPC (exceto quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis);
- (ii) *delimitação objetiva da lide* (exposição da causa de pedir e do pedido), decorrente do ônus imputado à parte quanto a alegação dos *fatos essenciais nucleares* (art. 552.º, al. d, relativo a petição inicial, e art. 572.º, al. c, concernente a contestação, conjugados com o art. 5.º, n.º 1, todos do CPC, assumindo esses fatos função individualizadora ou identificadora, dos quais dependem a procedência ou improcedência da pretensão). Por outro lado, não é necessário a alegação dos *fatos instrumentais* (art. 5.º, n.º 2, al. a, do CPC, que resultam da instrução da causa e a partir dos quais é possível reputar provados, de maneira indiciária, os fatos essenciais), bem como não é inepto o articulado que se omitir na exposição dos *fatos essenciais complementares* ou *concretizadores* (art. 5.º, n.º 2, al. b, do CPC, que resultam da instrução da causa e acrescem aos fatos nucleares, preenchendo-os – *fatos complementares* – ou pormenorizam os fatos nucleares alegados de maneira genérica ou imprecisa – *fatos concretizadores* –). Esses fatos, apesar de indispensáveis para o acolhimento da pretensão deduzida, não desempenham função individualizadora

³³No mesmo sentido, Capelo (2004, p. 745) ensina que “A autonomia da vontade, ou seja, a disponibilidade das partes na gestão dos seus interesses particulares, tem como reflexo processual não só a circunstância de a iniciativa de recorrer aos tribunais recair sobre as partes, como também o facto de a conformação e a disponibilidade do objecto do processo constituírem suas prerrogativas”.

do tipo legal, podendo ser considerados pelo juiz, desde que sobre eles tenham tido as partes a oportunidade de se pronunciar;

(iii) *limites da sentença*, que há de respeitar o pedido, não podendo conceder mais e nem coisa diversa da pretendida (art. 609.º, n.º 1, do CPC, que estabelece uma limitação *quantitativa e qualitativa*), traduzidas essas limitações nos princípios da correlação ou congruência, sem olvidar, porém, dos poderes de cognição do tribunal (art. 5.º, n.º 3, do CPC).

Mesquita (2013, pp. 137-138) realça que o princípio do dispositivo possui raiz liberal e é de carácter individualista, na medida em que “[...] delimita o campo de actuação do juiz no confronto das partes. O juiz tem de apreciar e julgar um objeto – pedido e causa de pedir – e este é definido principalmente pelo autor, na petição inicial.” Entretanto, defende “a mitigação do princípio do pedido em prol da efectividade do processo” – na sua vertente de *limitação quantitativa e qualitativa* –, numa conjugação da *efetividade* e da *proporcionalidade* “[...] a partir da ideia de que a justiça não pode, por um lado, desligar-se do princípio da efetividade e de que, por outro, jamais poderá impor ao demandado sacrifícios exagerados ou desproporcionais” (Mesquita, 2013, p. 143).

Na lição do ilustre processualista, nessa perspectiva de flexibilização do princípio do pedido, é possível estabelecer-se diálogo entre o juiz – no exercício da gestão processual – e as partes, do qual resulte *sugestão para modificação do pedido* como ocorre no direito alemão (§ 139 do ZPO) –, ou decorra de ato do próprio juiz que, diante dos fatos alegados e provados, entenda ser conveniente e justo não a decretação de uma medida drástica pretendida na inicial, mas uma *medida menos radical e qualitativamente diferente* (Mesquita, 2013, p. 142).

Esse desvio ao princípio do pedido, defendido no âmbito da doutrina portuguesa – ou pelo menos por parte dela³⁴ –, é admitido pela jurisprudência, inclusive do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) português no seguinte acórdão de uniformização (proferido em 23 de janeiro de 2001, ainda sob a vigência do anterior Código de Processo Civil):

Tendo o autor, em acção de impugnação pauliana, pedido a declaração de nulidade ou a anulação do acto jurídico impugnado, tratando-se de erro na qualificação jurídica do efeito pretendido, que é a ineficácia

³⁴Cordeiro, António Menezes. externou claramente a sua discordância quanto a essa flexibilização ao comentar o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em 19 de fevereiro de 1991, *in* Jurisprudência Crítica, ocasião em que a Corte adotou uma interpretação muito restritiva do pedido num caso semelhante ao que viria a ser julgado em 9 de fevereiro de 2001, quando a Corte revisou o seu entendimento. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7Beacda502-74f5-4798-813a-3ce738fc8444%7D.pdf>>. Acesso em: 04 de outubro de 2017.

do acto em relação ao autor (n.º 1 do artigo 616.º do Código Civil), o juiz deve corrigir officiosamente tal erro e declarar tal ineficácia, como permitido pelo artigo 664.º do Código de Processo Civil³⁵.

Na fundamentação de seu voto, o relator citou os célebres ensinamentos dos doutrinadores José Alberto dos Reis, que defende a liberdade do juiz ao aplicar a norma, com a proclamação dos efeitos e consequências jurídicas que entender legítimas e não as pedidas por qualquer das partes, desde que não altere a causa de pedir, e Antunes Varela, para quem a denegação do pedido, nesse caso, não seria razoável.

Noutra ocasião e já sob a vigência do atual Código de Processo Civil português (2013), o mesmo Tribunal reafirmou a liberdade do juiz para desviar-se do pedido, outorgando tutela jurisdicional aparentemente distinta da pretendida (qualitativamente diferente), desde que se inscreva no âmbito do pedido constante do articulado e que tenha a contraparte tido a oportunidade de contrariar a pretensão em toda a sua extensão, numa clara interpretação contextual da petição inicial – ou da reconvenção –, consoante evidencia o seguinte acórdão (Recurso nº 1206/11.2TBCHV.S1):

I - O princípio do dispositivo impede que o tribunal decida para além ou diversamente do que foi pedido, mas não obsta a que profira decisão que se inscreva no âmbito da pretensão formulada.

II - Pedindo os autores o reconhecimento do direito de propriedade de um muro que delimita os quintais dos dois prédios urbanos confinantes, não constitui excesso de pronúncia, nem fere o princípio do dispositivo a decisão judicial que, com fundamento na presunção legal do art. 1371.º, n.º 2, do CC, reconhece que o muro é compropriedade de ambas as partes.

III - Considerando que ao réu foi conferida a possibilidade de se defender, sem exclusão sequer da possibilidade de ilidir a presunção legal de comunhão prevista no art. 1371.º, n.º 2, do CC, a decisão que reconheceu a situação de compropriedade relativamente ao muro divisório não traduz a violação do princípio do contraditório.

Num precedente paradigmático de mitigação do princípio do pedido em seu aspecto qualitativo – para o bem da efetividade do processo –, que bem demonstra que o processo civil

³⁵Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) – Jurisprudência n.º 3/2001, Revista Ampliada n.º 994/98 — 2.a Secção N.º 34 — 9 de fevereiro de 2001 – Diário da República — I Série-A, pp. 733-738. O relator, José Alberto de Azevedo Moura Cruz, fundamentou o seu voto nesses termos: “José Alberto dos Reis, in Código de Processo Civil Anotado, V, pp. 92 e segs., ensinava, face ao disposto na redacção de então do artigo 664.o, ‘no que respeita ao direito, a acção do juiz é livre’. ‘Ao fazer a aplicação da norma, há-de proclamar os efeitos e as consequências jurídicas que entende legítimas, e não as que qualquer das partes se permita reclamar’, ‘contanto que não altere a causa de pedir’ É que, como ensina Antunes Varela, na Revista Decana, ano 122.o, p. 255, obrigar-se o autor num caso destes ‘a sofrer a improcedência da acção, para vir em seguida (dando o nome certo aos bois) requerer a declaração de ineficácia do acto, [...] seria uma violência e a clara denegação prática de tudo quanto se deve ao direito processual, na supremacia relativa do direito substantivo [...] sobre os puros ritos do direito adjectivo’.”

não pode visto apenas como “coisa das partes”, mas também como “coisa” da justiça cível (Mesquita, 2013, p. 134), o Tribunal da Relação do Porto assim decidiu (Recurso 939/08.5TBOVR.P1):

[...] I – Tendo sido pedida a retirada da vedação, que se constata ser um portão com cerca de 4,10 m de largura, a condenação na entrega da respectiva chave não ultrapassa os limites estabelecidos pelo art. 661.º, n.º 1, do CPC, porquanto se tem entendido que constitui um *minus* relativamente ao que foi pedido.
II – No conflito entre o direito de passagem do proprietário do prédio dominante e o direito de vedação do proprietário do prédio serviente, a colocação de um portão no início do local de exercício da servidão só constitui estorvo para o uso dela se não for acompanhada da entrega da respectiva chave, sendo o mesmo munido de fechadura, ou se impossibilitar ou dificultar o respectivo exercício, estando excluído o mero incómodo dele decorrente.

Na mesma linha de entendimento, Cappelletti (2001) destaca que a efetiva igualdade das partes no processo tem por finalidade evitar, na medida do possível, o risco de o demandante sucumbir por causa de irregularidades formais ou por dificuldades ou “ardis” técnicos do próprio processo. No propósito de arrostar esse risco, enaltece a previsão contida no art. 3.º, § 2.º, do Código de Processo Civil suíço que, ao lado de impedir ao juiz desviar-se do pedido (lhe é vedado fundamentar a decisão em fatos diversos dos que foram alegados pelas partes), permite – e até impõe, ou seja, constitui um dever – ao condutor do processo, em qualquer estágio da causa, alertar as partes sobre as lacunas de suas conclusões e convidá-las a especificar completamente os fatos e as provas necessárias para fazer com que se aflore a verdade, podendo o magistrado, para tanto, convocar e interrogar as partes pessoalmente³⁶.

O ilustre processualista italiano lembra, no entanto, que mesmo as legislações que admitem a possibilidade de o juiz intervir, de exercer ativismo no sentido de advertir as partes sobre irregularidades ou deficiências de suas alegações, não chegam ao extremo de renegar o princípio do dispositivo, vale dizer, do domínio das partes sobre o pedido e a causa de pedir, de

³⁶Para Cappelletti (2001, pp. 56-57): “Esta disposição do código suíço é de excepcional interesse porque expressa com grande clareza, por um lado – na premissa –, o princípio de que o juiz está vinculado a permanecer no âmbito das conclusões e dos fatos alegados pelas partes (princípio do dispositivo), e, por outro lado, o princípio de que, contudo, o juiz pode – inclusive deve – advertir as partes sobre as irregularidades ou deficiências de suas conclusões e alegações; em resumo, pode exercer aquela função subsidiária ou auxiliar, *richterliches Ergänzungsamts* [função complementadora do juiz]...” e, logo adiante, conclui: [...] “Em outras palavras, o juiz não é unicamente um árbitro que vigia a observância das ‘regras do jogo’, mas é sujeito que pode e deve intervir ativamente a fim de evitar que uma parte perca a lide por causa de sua escassa habilidade, e não em virtude de sua falta de razões válidas”.

modo que essa advertência – ou simples convite – jamais poderá ser entendida como uma determinação ou ordem, porque não pode o juiz substituir a livre vontade da parte³⁷.

No Brasil, o princípio dispositivo é enxergado pela doutrina de Theodoro Júnior (2018)³⁸ por dois ângulos: (i) o princípio da demanda; e (ii) o princípio da congruência. De acordo com o primeiro, a instauração da relação processual depende da vontade e da iniciativa da parte interessada, que delimita o objeto da lide – sobre qual matéria deverá o juiz se pronunciar – a partir da petição inicial, na qual tem o ônus de expor o pedido e a causa de pedir, não se cogitando, portanto, de tutela jurisdicional sem esse impulso que brota da autonomia privada (2015, art. 2º, CPC); o segundo princípio, também denominado “adstrição”, representa barreira ou limite para a prestação jurisdicional, não sendo lícito ao juiz conceder mais ou coisa diversa da pretendida – dispõe o art. 141 do CPC (2015) que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”, sob pena de, desrespeitando essa regra, incorrer a sentença em nulidade (2015, art. 1.013, § 3º, inciso II, CPC) – e, em complemento a essa disposição, preceitua que “é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (art. 492).

³⁷Cappelletti (2001, p. 58) ensina que: “É certo que, como se disse, o juiz pode advertir as partes de que em suas conclusões ou em suas alegações haja lacuna ou irregularidade e convidá-las a remediar aquelas lacunas ou irregularidades. Mas trata-se sempre e unicamente de um simples convite, dirigido simplesmente a ajudar a parte que, por inabilidade ou por alguma outra razão, caiu em erro, mas nunca é entendido como dirigida para obrigá-la a se comportar de determinado modo, nem a substituir a vontade do juiz pela livre disposição da parte em tudo o que se refere à determinação do objeto do juízo”.

³⁸“Duas são as derivações importantes do princípio dispositivo em nosso sistema processual civil: (i) o princípio da *demand*a; e (ii) o princípio da *congruência*. Pelo primeiro, só se reconhece à parte o poder de abrir o processo: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (NCPC, art. 2º), de sorte que não há instauração de processo pelo juiz *ex officio*. Pelo segundo princípio, que também se nomeia como princípio da *adstrição*, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide ‘nos termos em que foi proposta’, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes (art. 141). Prevalece, portanto, o princípio dispositivo na instituição da relação processual e na definição do objeto sobre o qual recairá a prestação jurisdicional. Justifica-se a prevalência do princípio dispositivo nesses momentos cruciais do processo também pela necessidade de preservar a neutralidade do juiz diante do conflito travado entre os litigantes. Cabe-lhe receber e solucionar o litígio, tal qual deduzido pelas partes, em juízo, sem ampliações ou derivações para temas por elas não cogitados. É claro, porém, que as normas legais de ordem pública, sendo impositivas e indisponíveis, haverão de ser aplicadas pelo juiz, de ofício, quer tenham as partes as invocado, quer não. Isso será feito, no entanto, apenas no limite necessário para solucionar o litígio descrito pelas partes. O pedido e a causa de pedir (*i.e.*, o *objeto* do processo) continuarão imutáveis, não cabendo ao juiz alterá-los a pretexto de aplicar lei de ordem pública. É apenas a resposta jurisdicional, dada sobre o objeto do processo, que levará em conta a norma de ordem pública. Dessa maneira, o princípio da demanda e o princípio da congruência continuarão respeitados, mesmo quando a sentença aplicar, de ofício, regra de ordem pública não invocada pela parte” (Theodoro Júnior, 2018, p. 73).

Já Marinoni, Arenhart & Mitidiero (2017)³⁹, respeitados processualistas brasileiros, vão além de enxergar uma projeção do princípio da liberdade na autodeterminação – *i.e.*, de exercer o juízo de conveniência e oportunidade – de buscar ou não a via judicial e de delimitar o objeto da lide. Reconhecem que, não obstante limitado pelo pedido e pela causa de pedir expostos pela parte – que define o mérito da causa com suas alegações fático-jurídicas – e impedido de trazer fatos essenciais novos ao processo, pode o juiz aplicar o Direito que entende pertinente à espécie (*iura novit curia*), ainda que não invocado pelas partes, desde que essa decisão diga respeito a fatos expostos contextualmente nos articulados – ou que se inscrevem no âmbito dos pedidos, como prefere a jurisprudência portuguesa – e, ainda, que esses fatos tenham sido submetidos ao contraditório, de modo a não representar uma decisão-surpresa, ou *terza via*. Na apurada visão desses processualistas, é lícito ao juiz, também, trazer ao processo os fatos não essenciais, por meio dos quais é possível – por via indireta ou de maneira indiciária – conhecer os fatos essenciais (denominados no direito português de fatos instrumentais e fatos essenciais complementares ou concretizadores), e prosseguem dizendo que em ambos os casos

³⁹“O direito de ação constitui também uma projeção do princípio da liberdade, na medida em que a decisão de propor ou não uma ação em juízo e delimitar o mérito da controvérsia constituem faculdades reservadas ao juízo de conveniência e oportunidade da parte interessada (art. 5.º, II, da CF). No processo civil, o princípio da liberdade no que tange à possibilidade de propositura da ação e da delimitação do mérito da causa ganha o nome de princípio da demanda (também conhecido como “*principio dispositivo in senso sostanziale*” e como “*Dispositionsgrundsatz*”). [...] O novo CPC positivou o princípio da demanda ao estabelecer que o processo civil começa por iniciativa da parte interessada mediante a propositura de ação (arts. 2.º e 312), reservando às partes ainda a faculdade de delimitar o mérito da causa no que tange à alegação dos fatos constitutivos do direito na petição inicial (arts. 141 e 319, III) e no que diz respeito à alegação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito na contestação (art. 336). Vale dizer: o mérito da causa é formado por alegações fático-jurídicas formuladas pelas partes, sendo vedado ao juiz conhecer de alegações a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes (art. 141). Isso não quer dizer, contudo, que o legislador não tenha reservado ao juiz iniciativas importantes no que tange à própria definição do mérito da causa. Embora o juiz só possa decidir a partir do material fático-jurídico previamente debatido entre as partes (arts. 5.º, LV, da CF, e 10 do CPC), sendo-lhe vedada a prolação de sentença-surpresa por força do direito ao contraditório (“*Verbot der Überraschungsentscheidung*”, como dizem os alemães, vedação ao juízo de “*terza via*”, como dizem os italianos), continua em vigor o velho brocardo que autoriza o juiz a aplicar o Direito que entende pertinente à espécie (*Iura Novit Curia*), ainda que não invocado pelas partes, desde que não haja descaracterização dos fatos narrados pelas partes em face de sua aplicação e desde que a nova visão jurídica dos fatos seja previamente submetida ao contraditório das partes (arts. 5.º, LV, da CF, e 10 do CPC). Na mesma linha, nada obstante o juiz não possa trazer ao processo fatos essenciais novos (isto é, fatos dos quais decorrem diretamente o direito ou a defesa formulada pela parte), pode trazer fatos não essenciais, vale dizer, fatos que apenas levem ao conhecimento dos fatos essenciais. Em ambos os casos, o princípio da demanda cede espaço ao princípio inquisitório em sentido material. A positivação do princípio da demanda, contudo, não implica positivação do princípio dispositivo (também conhecido como “*principio dispositivo in senso processuale*”, “*Beibringungsgrundsatz*”, “*Verhandlungsgrundsatz*” e na tradição do *Common Law* como “*adversary system*”). Enquanto o princípio da demanda e o princípio inquisitório em sentido material concernem ao problema da iniciativa para o processo e ao da formação do mérito da causa, o princípio dispositivo diz respeito à condução do processo. São problemas obviamente distintos. Pelo princípio dispositivo, próprio ao processo civil do Estado liberal clássico, a condução do processo deve se dar pelas partes. O novo CPC não positivou o princípio dispositivo e nem a sua antítese, o princípio inquisitório em sentido processual, no que tange ao problema da condução do processo. Em um esforço de síntese, o novo CPC adotou o princípio da colaboração do juiz para com as partes como sendo o mais apropriado para disciplina da direção do processo no processo civil do Estado Constitucional (art. 6.º)” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, pp. 207-208).

– vale dizer, (i) conhecimento dos fatos contextualmente articulados e debatidos entre as partes e (ii) a consideração, na decisão, de fatos não essenciais (ou fatos instrumentais) ou mesmo os fatos essenciais complementares ou concretizadores –, com a observância – convém lembrar – do contraditório, o princípio da demanda cede espaço ao princípio inquisitório em sentido material. Entendem os apontados doutrinadores que a positivação do princípio da demanda não induz a ilação quanto a positivação do princípio dispositivo, alertando que o princípio da demanda e o princípio do inquisitório em sentido material dizem respeito à iniciativa de demandar (com delimitação do objeto da ação), ao passo que o princípio dispositivo diz respeito à condução do processo, de modo que não se confundem (os primeiros – princípio da demanda e princípio do inquisitório em sentido material – são relacionados à instauração da lide e o último – princípio dispositivo – concerne à condução do processo) e arrematam dizendo que o CPC brasileiro não positivou – ou adotou – nem um (o princípio dispositivo na sua concepção clássica, em que o processo é entregue à condução pelas partes) nem outro (o princípio do inquisitório em sentido processual, no que tange a condução do processo), de modo que não há entre os partícipes da relação processual qualquer protagonista (partes ou juiz), existindo no plano normativo, por outro lado, uma coparticipação – “comunidade de trabalho” –, a partir da adoção do princípio da colaboração do juiz para com as partes e destas para com o juiz na direção do processo, própria do Estado Constitucional.

Essa liberdade de o juiz realizar uma interpretação contextual da petição inicial – numa leitura lógico-sistemática a partir da análise de todo o conteúdo da petição (pedido e causa de pedir), e não simplesmente do pedido propriamente dito – restou positivada no § 2º do art. 322 do CPC do Brasil (2015), que preceitua que “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé” –, admitindo a jurisprudência, inclusive, o pedido reflexo (vide, v.g., REsp 1662652/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 08/05/2017), como reconhecido, noutro caso (AgInt no REsp 1444911/SP, consoante excerto transcrito abaixo) recentemente examinado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ), instância máxima incumbida de interpretar o direito infraconstitucional:

[...] A sentença *extra petita* é aquela que examina causa diversa da que foi proposta na inicial, sendo desconexa com a situação litigiosa descrita pelo autor, bem como com a providência jurisdicional que dela logicamente se extrai. 2. Não há provimento *extra petita* quando a pretensão é analisada nos moldes em que requerida judicialmente, ainda que com base em argumentação jurídica diversa daquela suscitada na petição inicial. É sabido que o magistrado não está adstrito à fundamentação jurídica apresentada pelas partes, cumprindo-lhe aplicar o direito à espécie, consoante os brocardos latinos *mihi factum dabo tibi*

ius e iuria novit curia. 3. De acordo com a jurisprudência do STJ, não há ofensa ao princípio da congruência ou da adstrição quando o juiz promove uma interpretação lógico-sistemática dos pedidos deduzidos, mesmo que não expressamente formulados pela parte autora.

3.3.3. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório é, indiscutivelmente, uma norma central de qualquer procedimento que pretenda receber os adjetivos de legal, democrático e legítimo, e sua importância é tão grande que possui guarida no regime constitucional dos países que adotam o perfil político democrático.

A Constituição da República Portuguesa (Portugal, 2005) consagra o contraditório em diversos dispositivos (v.g., arts. 20.º, 28.º e 32.º), deixando claro, assim, tratar-se de uma garantia fundamental em qualquer procedimento, convicção essa alcançável por meio de uma interpretação sistemática.

O Código de Processo Civil português, por seu turno, é explícito ao determinar que

[...] o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o procedimento, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito [...] decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (Portugal, 2013, art. 3.º, n.º 3).

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LV) diz, de maneira expressa, 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”.

Nesse alinhamento, o Código de Processo Civil brasileiro (Brasil, 2015, art. 7º) preceitua que “[...] é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Resta claro, assim, que no processo civil moderno o contraditório não pode ser enxergado por um único ângulo, de maneira restritiva e numa visão estreita de seu conteúdo e significado.

Não se pode restringir o contraditório a uma fisionomia meramente formal, consubstanciado no direito de informação e, em seguida, na possibilidade de reação (positiva ou negativamente) (Neves, 2017), mas, ao contrário, exige para a sua concreção – para a sua

efetividade – uma igualdade real ou substancial entre as partes, garantindo-lhes oportunidades isonômicas (paridade de armas)⁴⁰ e, sobretudo, o poder de influência na construção da decisão⁴¹. Exige-se, em suma, a observância do sagrado direito de ser ouvido – “direito original” –, vale dizer, o tribunal é obrigado a conhecer e ponderar as alegações das partes, tal como ocorre no processo civil alemão⁴². Nota-se que, a partir do *direito de ser ouvido*, o juiz não é alheio ao contraditório, ou seja, o juiz participa da concreção dessa garantia processual fundamental ao adimplir o dever de motivação dos atos decisórios (art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC/BR e art. 608.º, n.º 2, do CPC/PT), porque somente com a fundamentação – ou, noutras palavras, com o enfrentamento das alegações de fato e de direito deduzidas no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador – restará claro que o litigante foi, de fato, ouvido e, para além disso, possibilitará a sindicância da decisão, por meio do exercício da via recursal adequada.

Na opinião da doutrina, o contraditório possui dupla garantia, as quais se completam: (i) a de participação com influência no resultado e (ii) a de evitar a surpresa. E essa dupla proteção nasce do amplo debate endoprocessual, da efetiva participação – e não a participação meramente formal ou protocolar – de todos os partícipes da relação processual, de maneira tal que cada um, a seu modo (não ignorando e aceitando a perspectiva parcial, de adversários, própria das partes), contribua para a completa exposição dos fatos subjacentes ao conflito de interesses – delimitação do conteúdo ou do objeto da lide – e, de igual modo, participe ativamente no apuramento da verdade desses mesmos fatos, empenhando-se na produção das respectivas provas (úteis e pertinentes) e pronunciando-se sobre elas, pautando a sua conduta pela lealdade e pela boa-fé objetiva no *iter* do processo, contribuindo todos, assim, com a construção de um processo aquinhoado com as virtudes da legalidade e da legitimidade da atividade jurisdicional.

O modelo constitucional de processo – participativo ou policêntrico – reclama a participação e a contribuição individual de cada numa “comunidade de trabalho” e essa atuação serve de baliza para a decisão judicial (daí se dizer, com razão, que a partir dessa postura as partes influenciam na formação da decisão, que é construída com a contribuição de todos

⁴⁰“A completa realização do princípio do contraditório, em especial quando analisado como forma de garantir a ‘paridade de armas’ no processo, exige uma igualdade real entre as partes para que as reações possam efetivamente igualar situações no processo” (Neves, 2017, p. 176).

⁴¹“O ‘poder de influência’ passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e da reação” (Neves, 2017, p. 177).

⁴²“[...] o tribunal é obrigado a tomar conhecimento das alegações dos interessados no processo e a ponderá-las; a decisão não tem, porém, que aquiescer especificamente a cada alegação, mas as alegações de factos essenciais devem ser elaboradas perceptivelmente” (Jauernig, 2002, p. 168).

aqueles que participam do processo), na medida em que o pronunciamento jurisdicional incidirá sobre a realidade do processo (em toda a sua extensão: fatos debatidos ou expostos ao debate e provas desses mesmos fatos, além do debate acerca do direito) e somente naquilo que nele existe, vedada que é a decisão-surpresa⁴³.

E esse amplo debate – grande na sua qualidade –, contribui não só para a legalidade, democratização e legitimação da jurisdição num ambiente de “comunidade de trabalho”; possui relevo para a redução da duração do processo e para a qualidade da decisão, com maior possibilidade de pronunciamento sobre o mérito e de conhecimento da lide em toda a sua extensão – e permite a pacificação completa do conflito de interesses – e, ainda, reduz potencialmente o interesse recursal.

Nesse cenário, o princípio do contraditório representa muito mais do que a simples bilateralidade, porquanto ele – o contraditório – há de garantir uma simetria de posições subjetivas ou igualdade substancial dos litigantes e, para além disso, deve representar a possibilidade concreta do diálogo entre os participantes do processo e o exercício de controle durante toda a marcha do procedimento.

O “contraditório dinâmico” num ambiente de “processo justo”⁴⁴, na leitura do contraditório moderno:

⁴³“O princípio do contraditório deve ser compreendido como uma dupla garantia (sendo que esses dois aspectos do contraditório se implicam mutuamente): a de participação com influência na formação do resultado e a de não surpresa. Em primeiro lugar, o contraditório deve ser compreendido como a garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo. Não é por outra razão que, nos termos do art. 10, ‘o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício’. A decisão judicial, portanto, precisa ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo. Qualquer fundamento de decisão precisa ser submetido ao crivo do contraditório, sendo assegurada oportunidade para que as partes se manifestem sobre todo e qualquer possível fundamento. Isso se aplica, inclusive, às matérias cognoscíveis de ofício (como, por exemplo, a falta de legitimidade ou de interesse). Ser de ordem pública alguma matéria significa que pode ela ser apreciada de ofício, isto é, independentemente de ter sido suscitada por alguma das partes. Quer isto dizer, porém, que essas são matérias que o juiz está autorizado a suscitar, trazer para o debate. Autorização para conhecer de ofício, porém, não é autorização para decidir sem prévio contraditório. As questões de ordem pública, quando não deduzidas pelas partes, devem ser suscitadas pelo juiz, que não poderá sobre elas pronunciar-se sem antes dar oportunidade às partes para que se manifestem sobre elas. O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual” (Câmara, 2018, p. 11).

⁴⁴“[...] o *processo justo* nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído e concluído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial, pois, mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidi-la sem antes ensejar a discussão com as partes, e assim permitir-lhes influir, lógica e juridicamente, com seus argumentos, na formação do julgado. O ‘processo justo’, como adverte Comoglio (2004b, p. 352), não convive com a possibilidade de julgamentos ‘de surpresa’, qualquer que seja o seu conteúdo” (Theodoro Júnior, 2010, p. 71).

[...] constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que, em “solitária onipotência”, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes [...] (Ferri *apud* Nunes, 2008, p. 229).

Essa é nova dimensão do princípio, “[...] como incentivador ao aspecto dialógico do procedimento”, que “[...] impõe uma efetiva participação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões” (Theodoro Júnior, 2010, pp. 70-71). No fundo, o processo justo pressupõe não só um procedimento justo, mas também uma decisão justa, alcançável a partir da efetiva participação e influência das partes na conformação da lide e na apuração dos fatos que compõem o objeto da demanda, de maneira que o comportamento dos litigantes tenha influência, também, na decisão (as contribuições das partes são os ingredientes que compõem a obra decisória)⁴⁵.

No Brasil, essa característica do contraditório – o poder de influência na decisão – encontra abrigo no direito positivo, que reconhece o direito às partes de “empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos [...]”, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, “[...] para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (Brasil, 2015, art. 369).

Não obstante julgando um caso penal, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro deu a exata dimensão do conteúdo do princípio do contraditório, qual seja, na participação das partes no desenvolvimento do processo e na contribuição para a formação das decisões judiciais, com possibilidade de influir na convicção do juiz por meio de seu empenho na atividade probatória e na argumentação a respeito dos fatos e do direito (REsp 1349935/SE):

[...] a intimação dos atos processuais tem por objetivo dar conhecimento ao interessado sobre o ato praticado, permitindo-lhe, eventualmente, a ele reagir, em autêntica expressão procedimental do princípio do contraditório, o qual se efetiva no plano concreto com a participação das partes no desenvolvimento do processo e na formação das decisões judiciais, de sorte a conferir tanto ao órgão de acusação quanto ao de defesa o direito de influir, quer com a atividade probatória, quer com a apresentação de petições e arrazoados, escritos e orais, na formação do convencimento do órgão jurisdicional competente.

⁴⁵ “[...] o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo ‘uma atividade verdadeiramente dialética’, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quanto possível” (Theodoro Júnior, 2018, p. 86).

3.3.4. Princípio da igualdade das partes

O princípio da igualdade integra a categoria dos direitos fundamentais e, nessa condição, possui “dignidade constitucional”.

Na dicção do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ao passo que o Código de Processo Civil brasileiro (2015, art. 7º) preceitua que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Por seu turno, o art. 13.º da Constituição da República Portuguesa (2005, n.º 1) consagra o princípio da igualdade ao dizer que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”, ocupando o Código de Processo Civil português (2013, art. 4.º) em disciplinar a igualdade das partes, determinando que “o tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício das faculdades, no uso dos meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”.

De logo, é possível dizer que na disciplina do princípio da igualdade perante a lei e o da paridade (ou igualdade) no âmbito do processo, as normas portuguesas e brasileiras – tanto constitucional quanto processual – são essencialmente idênticas.

Não obstante tratarem de um tema comum (igualdade), essas normas – constitucional e processual – apresentam dimensões marcadamente distintas. Com efeito, no plano constitucional o objeto é a igualdade perante a lei – diz, noutras palavras, que a lei é igual para todos –, enquanto que no domínio processual a tutela tem como alvo a igualdade no âmbito do processo, ainda que em momento anterior à propositura da demanda – igualdade no (ou para o) exercício do direito de ação, garantida, *v.g.*, com a concessão da gratuidade da justiça –, e durante a marcha procedimental – igualdade substancial, designadamente no exercício de faculdades processuais e meios de defesa, de meios de prova, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais –, de modo que cada uma dessas normas tem um significado e um escopo próprio.

Numa visão externa ao processo, o conceito de igualdade perante a lei – uniforme aplicação da lei, numa concepção estática – mostrou-se deficitário diante da inexorável distinção entre as pessoas (a desigualdade é ínsita ao ser humano) e da possibilidade de

distinções arbitrárias da própria lei e, ainda, da inevitável constatação de que os textos normativos comportam mais de uma interpretação (as normas são produto do intérprete e não objeto de interpretação). Diagnosticada essa insuficiência do conceito de igualdade perante a lei, evolui-se para as concepções dinâmicas da: (i) igualdade na lei – controle material da norma a partir de seu conteúdo, que veda a instituição de discriminações ilegítimas ou injustificadas (a diferenciação “positiva” há de resultar da finalidade da norma, justificada por uma medida de comparação); (ii) igualdade perante o direito, representativa não da “igualdade de direito”, mas da “igualdade de fato”, alcançável com a aplicação de normas tendentes a compensar as desigualdades concretamente existentes entre as pessoas (a igualdade resulta da lei que institui a discriminação positiva, daí falar-se em igualdade pela lei) (Abreu, 2015, p. 27-45).

Recolhida a compreensão do conceito de igualdade na perspectiva externa ao processo, releva abordar a igualdade na perspectiva interna ao processo, vale dizer, a igualdade processual – ou endoprocessual –, que possui especial interesse para este trabalho.

O princípio da igualdade das partes – também chamado de princípio da isonomia – relaciona-se, na sua vertente endoprocessual, com o contraditório e com a paridade de armas no *iter* procedimental e, ao lado disso, representa a exteriorização da imparcialidade do juiz ao dispensar aos participantes do processo tratamento igualitário, proporcionando-lhes as mesmas oportunidades de contribuir para com o debate fático e jurídico em torno da lide – exposição dos fatos subjacentes ao conflito de interesse e delimitação do objeto da causa, vale dizer, assegurando-lhes a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais – e, ainda, isonomia na argumentação tendente a influenciar na formação da convicção do julgador. Entretanto, esse é o aspecto puramente formal da garantia outorgada aos litigantes no processo civil – a partir da premissa da igualdade entre as pessoas – que orienta os sistemas concebidos à luz do Estado Democrático de Direito. É indispensável que a igualdade ou isonomia também seja assegurada no plano material ou substancial, o que não pode ser alcançado apenas com o tratamento igualitário dos litigantes, na medida em que, no plano da realidade, as partes não raramente são desiguais. Diante de uma desigualdade material concreta dos litigantes, a igualdade somente será atingida com o tratamento desigual dos desiguais, na medida da desigualdade, igualando, assim, as posições dos sujeitos do processo ou, noutras

palavras, assegurando-lhes as mesmas chances ou as mesmas armas com o propósito de equilibrar as forças na disputa judicial⁴⁶.

O tratamento desigual dos desiguais na relação jurídica processual – para igualar as posições processuais – justifica a concessão da assistência judiciária ao demandante que não disponha de recursos financeiros para sustentar a demanda, a distribuição dinâmica do ônus da prova quando a sua produção se mostrar impossível ou excessivamente difícil ou, ainda, que a contraparte tenha maior facilidade de produzir prova do fato contrário (v.g., Brasil, 2015, art. 373.º, §1º), bem como a concessão de prazos mais dilatados para o litigante hipossuficiente⁴⁷.

Nesse contexto, a igualdade representa muito mais do que a simples paridade de armas: essa garantia deve ser compreendida de modo substancial e dinâmico como igualdade ao processo (superação dos obstáculos para acesso à justiça, v.g., assistência jurídica integral), igualdade no processo (assegurar a equilibrada litigância, a exemplo da inversão do ônus da prova, e, ao mesmo tempo, garantir um resultado justo e aceitável) e igualdade pelo processo

⁴⁶“O princípio da isonomia, entretanto, não pode se esgotar num aspecto formal, pelo qual basta tratar todos igualmente que estará garantida a igualdade das partes, porque essa forma de ver o fenômeno está fundada na incorreta premissa de que todos sejam iguais. É natural que, havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade. O objetivo primordial na isonomia é permitir que concretamente as partes atuem no processo, dentro do limite do possível, no mesmo patamar. Por isso: alguns sujeitos, seja pela sua qualidade, seja pela natureza do direito que discutem em juízo, têm algumas prerrogativas que diferenciam seu tratamento processual dos demais sujeitos, como forma de equilibrar a disputa processual” (Neves, 2017, p. 194).

⁴⁷“Além do princípio do contraditório, incumbe também ao juiz assegurar a observância do princípio da isonomia (art. 5º, caput e inciso I, da CRFB). É que o art. 7º estabelece que ‘[é] assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório’. Isonomia, como provém de clássica lição, é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites da desigualdade. Pois do princípio da isonomia devem ser extraídas duas ideias: primeiro, que as partes devem atuar no processo com paridade de armas (*par conditio*); segundo, que casos iguais devem ser tratados igualmente (*to treat like cases alike*). A paridade de armas garantida pelo princípio da isonomia implica dizer que no processo deve haver equilíbrio de forças entre as partes, de modo a evitar que uma delas se sagra vencedora no processo por ser mais forte do que a outra. Assim, no caso de partes que tenham forças equilibradas, deve o tratamento a elas dispensado ser igual. De outro lado, porém, partes desequilibradas não podem ser tratadas igualmente, exigindo-se um tratamento diferenciado como forma de equilibrar as forças entre elas. É isso que justifica, por exemplo, a concessão do benefício da gratuidade de justiça aos que não podem arcar com o custo do processo (arts. 98 e seguintes); a distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos em que haja dificuldade excessiva, impossibilidade de sua produção ou maior facilidade na obtenção da prova do fato contrário (art. 373, § 1º); do benefício de prazo em dobro para os entes públicos (art. 183) etc. Já a exigência de que casos iguais recebam decisões iguais nada mais é do que aplicação da norma constitucional que afirma a igualdade de todos perante a lei (art. 5º, caput, da Constituição da República). Ora, se todos são iguais perante a lei, então casos iguais devem receber soluções iguais. E este é um dos fundamentos a estabelecer a exigência de construção de um sistema em que se reconhece a eficácia vinculante de precedentes judiciais. Afinal, definida pelo tribunal competente qual é a norma jurídica aplicável a determinado tipo de situação (e por determinação da norma deve-se entender, evidentemente, a determinação da interpretação atribuída ao[s] texto[s] normativo[s], já que não se confunde o texto com a norma, e esta é a interpretação atribuída ao texto), impende que casos iguais recebam a aplicação da *mesma norma* (ou seja, da mesma interpretação), sob pena de se ter soluções anti-isonômicas, com casos iguais sendo resolvidos diferentemente. Fosse isso legítimo e não se poderia dizer que são *todos iguais perante a lei*” (Câmara, 2018, pp. 14-15).

(estruturação do procedimento de modo a garantir a congruência – ou coerência – dos julgados e a uniformização de decisões em demandas repetitivas, alcançando, assim, segurança jurídica)⁴⁸.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1953) considerou que a República de Portugal não assegurou o processo equitativo a que todos têm direito (art. 6.º, n.º 1, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais) numa ação em que o réu, intimado para comparecer pessoalmente à audiência e cientificado que não era obrigatória a constituição de advogado, não pode produzir sua defesa oral durante o ato e nem inquirir as testemunhas que indicou, enquanto que a parte contrária, representada por advogado, pode fazê-lo. Diante disso, o tribunal (Queixa nº 18223/04, 2007) entendeu que a parte reclamante (réu na ação perante a justiça portuguesa) não se beneficiou das mesmas oportunidades que a parte contrária e condenou o Estado português a lhe pagar indenização por danos morais, porque:

A noção de “processo equitativo”, garantida pelo artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, integra o respeito da igualdade de armas. Em matéria civil, este princípio implica designadamente a obrigação de oferecer a cada parte a possibilidade razoável de apresentar a sua causa – incluindo as suas provas – em condições tais que não a coloquem em situação de nítida desvantagem face à parte contrária (*Dombo Beheer B.V. c. Países Baixos*, decisão de 27 de outubro de 1993, Série A nº 274, p. 19, § 33).

No Brasil, a Suprema Corte definiu os contornos do princípio da igualdade ou da isonomia, ligando-o ao contraditório (como parte integrante dele) e à justa composição do litígio, bem como convalidando as exceções ao princípio da paridade de armas quando houver fundamento razoável e na medida necessária para equilibrar a desigualdade entre os demandantes, consoante evidencia o seguinte aresto (ARE 648629/RJ):

[...] A isonomia é um elemento ínsito ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB), do qual se extrai a necessidade de assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas, a fim de garantir que o resultado final jurisdicional espelhe a justiça do processo em que prolatado. Doutrina (FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. – São Paulo: RT, 2005. p. 66; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos*

⁴⁸“Não basta que o processo trate de forma igual os litigantes durante a sua tramitação se a sua estrutura não proporcionar iguais condições de acesso ao processo e, mais importante, se o seu resultado permitir que se outorgue tratamento desigual para situações que requerem tratamento similar. [...] A igualdade, quando estudada pela lente de um processualista – para além da simples paridade de armas – passa a ser igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo” (Abreu, 2015, p. 21). Noutro passo, o autor detalha a forma pela qual esses três aspectos da igualdade se implementam (Abreu, 2015, pp. 155-245).

do Processo Civil Moderno. São Paulo: RT, 1986. p. 92; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 19; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. RePro 35/231).
2. As exceções ao princípio da paridade de armas apenas têm lugar quando houver fundamento razoável baseado na necessidade de remediar um desequilíbrio entre as partes, e devem ser interpretadas de modo restritivo, conforme a parêmia *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

3.3.5. Princípio do inquisitório ou da oficiosidade

O princípio do inquisitório ou da oficiosidade traz consigo uma antiga dicotomia: verdade do processo/verdade real. Afinal, qual dessas verdades deve prevalecer? E, para além disso, essa discussão alcança os poderes instrutórios do juiz e os problemas que envolvem a iniciativa do dirigente do processo na busca de provas dos fatos que compõem o objeto do litígio: essa iniciativa do juiz compromete a sua imparcialidade? Quais os limites da atuação oficiosa do juiz?

Fato é que o Código de Processo Civil português (2013, art. 411.º) adotou, expressamente, o princípio do inquisitório ao prescrever que “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

De uma simples interpretação literal do dispositivo legal transcrito, é possível dizer, de pronto, que no sistema processual civil português a iniciativa do juiz na busca de provas – realizar e ordenar diligências – é um dever que deriva da necessidade de se apurar a verdade, sem a qual não se alcança a justa composição do litígio, mas o objeto da prova tem que constituir-se de um fato que ao juiz é permitido conhecer, vale dizer, os fatos essenciais controvertidos e os fatos complementares e concretizadores (não é demasiado lembrar que o juiz deve conhecer apenas as “questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso de outras”, nos termos do art. 608.º, n.º 2, do CPC).

O Código de Processo Civil brasileiro (2015, art. 370) optou por uma normatização mais sintética e, certamente, menos didática. Limitou-se a prescrever que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

Numa leitura inicial dessa norma, salta aos olhos do intérprete que o processo civil, no Brasil, reconhece a licitude da iniciativa do juiz na produção de provas, mas não de qualquer prova: a lei delimita o âmbito da iniciativa – somente das provas necessárias – e a finalidade – propiciar o julgamento do mérito – da atuação do juiz.

Em relação ao âmbito da iniciativa probatória do juiz, a lei processual civil brasileira restringiu a sua atuação às provas necessárias ou, noutras palavras, o juiz somente pode determinar a produção das provas úteis e pertinentes (consoante interpretação lógica do parágrafo único do art. 370). E são úteis e pertinentes as provas que tenham como objeto os “fatos em que se funda o pedido ou a defesa” (art. 369), respectivamente a causa de pedir e a causa de defender.

Noutra perspectiva, deparamo-nos com a finalidade da iniciativa probatória do juiz, qual seja, a de viabilizar o julgamento do mérito. É cediço que a lei processual civil brasileira – assim como a portuguesa – prioriza o julgamento de mérito (princípio da primazia ou da prevalência da decisão de mérito), chegando a ser quase uma obstinação (2015, arts. 4º, 6º, 317, 321, 976, § 1º, e 1.013, § 4º, do CPC), mas esse julgamento de mérito há de observar os “[...] limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (art. 141), o que equivale dizer que a decisão deverá respeitar os limites objetivos da lide.

É preciso ter em mente, sobretudo, que “o que o processo há de garantir é a busca da verdade, ainda que não absoluta, já que o conhecimento de como os fatos se passaram é fator de legitimação da decisão judicial, e por isso deve ser perseguido” (Theodoro Júnior, 2018, p. 904).

Desse modo, mesmo que o direito à prova não integre o catálogo de direitos fundamentais de maneira expressa, a sua importância é crucial no modelo de processo constitucional, porquanto sem esse direito perdem sentido, nomeadamente, os princípios do acesso à justiça, do devido – ou justo – processo legal, do contraditório e da ampla defesa, convertendo essas garantias em normas estéreis, vazias de conteúdo substancial; “afinal impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto” (Theodoro Júnior, 2018, p. 897), e a justa solução dos litígios pressupõe a apuração da verdade real.

No domínio da atividade probatória, a grande evolução jurídica durante o século XX, no âmbito processual, foi indiscutivelmente eleger a verdade real como meta a ser perseguida durante o procedimento e essa busca compete, também, ao juiz, numa evidente relativização do princípio do dispositivo e sua necessária convivência com o princípio do inquisitório. Não que o juiz deva substituir as partes, a quem cumpre desincumbir-se do ônus de produzir provas de suas alegações, mas pode – e deve – ele (o juiz) atuar para, em complemento à atividade

probatória das partes, revelar a verdade real e a partir dela compor a lide de maneira justa. Enfim, a atuação do juiz não deve ser dirigida a suprir deficiências ou omissões das partes no cumprimento dos respectivos ônus processuais, mas pautada a suplantar as deficiências das provas dos fatos que compõem o objeto da lide; noutras palavras, a iniciativa probatória do juiz não tutela o interesse de qualquer das partes, mas sim a verdade real, instrumento para a realização da justiça e, como tal, integra o interesse público, o que equivale dizer que “o juiz não está, então, a fazer a prova da parte, porque não se substitui ao litigante no exercício do seu direito subjectivo à prova, antes exercendo um poder diferente, com fins e pressupostos distintos” (Jorge, 2007, pp. 67-68), permitindo a conclusão de que o dever funcional do juiz, de realizar e determinar diligências probatórias, em nada se assemelha ao direito à prova assegurado aos demandantes.

A iniciativa do juiz de realizar ou ordenar a produção de provas para o apuramento da verdade real constitui autêntico ato de gestão processual – de natureza material, porque pode influenciar na solução da lide, no “coração do processo” (Mesquita, 2013, p. 145) – e representa mais do que um poder discricionário, constituindo-se a sua natureza funcional, em verdade, em um poder-dever, tanto que “a doutrina tende a definir, mais ou menos expressamente, este poder como vinculado e não como uma simples faculdade” (Jorge, 2007, p. 64).

Não obstante tenha o poder-dever de buscar as provas necessárias à elucidação da verdade real sobre os fatos a respeito dos quais deve entregar a prestação jurisdicional, o juiz não dispõe de poderes absolutos – o que seria incompatível com o processo civil moderno –, como de resto ninguém no processo possui, de modo que a sua atuação há de respeitar as garantias das partes, em especial a da imparcialidade e a do contraditório. Aliás, “o dever de imparcialidade — a qualidade daquele que não assume ou protege os interesses de uma das partes — impedirá que o juiz utilize os seus poderes com o fim de beneficiar ou prejudicar qualquer uma das partes no processo” (Jorge, 2007, pp. 64-65).

O ativismo – ou a cooperação – judicial em busca da elucidação dos fatos que constituem o objeto da causa encontra sua justificativa na necessidade de o juiz formar sua convicção a respeito do *thema decidendum*, porquanto não lhe é lícito eximir de julgar a pretexto de que a questão não está suficientemente clara (*non liquet*). Calha colacionar, sobre o assunto, a decisão do Tribunal da Relação de Coimbra (Recurso nº 249/2000.C1):

[...] Não sendo suficiente a prova produzida pelas partes, para se proceder à liquidação do crédito em causa, deverá o julgador levar a efeito a prossecução de tal objectivo oficiosamente, ultrapassando a situação de *non liquet* com a produção de prova (suplementar) que julgue adequada para o efeito [...].

O juiz é, portanto, o destinatário da prova⁴⁹⁻⁵⁰ e a ele compete, na direção material do processo, deliberar se ativa ou não o seu poder de investigar os fatos submetidos a julgamento, o fazendo sempre – traduz-se num dever – que remanescerem questões fáticas relevantes pendentes de esclarecimentos, apesar do empenho e da contribuição das partes no cumprimento do ônus probatório a elas atribuído.

Em relação à dimensão desse dever funcional, a jurisprudência brasileira (REsp 1.012.306/PR) já reconheceu que “a iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça”.

O exercício desse poder-dever pelo juiz não pode ser obstado – e nem servir de intimidação – pela circunstância de o resultado da diligência probatória vir a mostrar-se favorável a um ou a outro litigante, porquanto é curial que toda e qualquer prova colacionada ao processo pode prejudicar uma das partes, inclusive a que requereu a produção, em razão da aplicação do fenômeno da aquisição processual (também chamado de princípio da comunhão das provas). Moreira (1984, p. 181) lembra que:

[...] a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. E, quando digo que pouco importa a sua proveniência, não

⁴⁹Superior Tribunal de Justiça (Brasil): “Sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta, podendo determinar a sua produção até mesmo de ofício, conforme prevê o art. 130 do Código de Processo Civil” (AgRg no Ag 1.114.441/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 16.12.2010, DJe de 4.2.2011). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017 (a referência à norma que ampara a iniciativa do juiz é do CPC anterior).

⁵⁰Não há consenso quanto ser o juiz o único destinatário da prova produzida, tanto que o FPPC aprovou o Enunciado nº 50, com a seguinte redação: “(art. 369; art. 370, caput) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz” (vide <<http://institutodc.com.br/artigos/carta-do-forum-permanente-de-processualistas-em-curitiba/>>, acesso em: 16 de maio de 2018). Por outro lado, Guasp & Aragonese (2005, p. 374) entendem que “a prova processual é [...] a que se dirige a produzir a *convicção psicológica do juiz* em um sentido determinado, a respeito de um dado ou conjunto de dados processuais. Neste caso já não há que se falar de justificações objetivas, senão de comprovações pessoalmente dirigidas a um sujeito particularizado” (tradução livre). Na mesma linha, Capelo (2017, p. 184) reconhece “[...] que a prova se destina à formação da convicção do julgador”, revelando, por outro lado, que as partes podem ser destinatárias da prova, como ocorre no processo especial de apresentação de coisas ou documentos (arts. 1.045.º a 1.047.º do CPC de Portugal), ou seja, no chamado direito probatório autônomo, em que as provas recolhidas se prestam, em regra, para a parte avaliar se avança ou não para uma demanda. Não é possível negar que, de fato, as partes podem – e devem – fazer uso das provas, porque do contrário as suas alegações ou articulados seriam vazios de conteúdo ou, no mínimo, extremante fragilizados, na medida em que essas mesmas alegações ou articulados têm nas provas a sua maior eloquência. No entanto, dentre os sujeitos do processo – e no processo –, somente ao juiz cabe a formação da convicção para, a partir dela – da convicção – proferir a sentença. Daí se dizer que o juiz é o destinatário da prova, por ser ele o artífice da obra decisória, que deverá resultar do juízo lógico-jurídico extraído das provas produzidas com a colaboração dos demais sujeitos do processo, próprio do sistema cooperativo.

me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria à outra, senão também que incluo aí a prova trazida aos autos por iniciativa do juiz.

Na perspectiva do equilíbrio entre os princípios dispositivo e inquisitório (ou inquisitivo), o juiz deve proceder com moderação no uso da iniciativa probatória, em conjunto com os litigantes⁵¹ e sem desmerecer os demais princípios que regem o processo civil, imbuído, sobretudo, da ideia de efetividade do processo e da justa composição do litígio⁵².

Não é demasiado lembrar que a lei processual civil disciplina de maneira assimétrica os momentos da atividade probatória das partes e a do juiz e, de modo especial, atribui consequências completamente distintas da inatividade de uns e de outro durante a fase processual adequada. É sabido que o procedimento se organiza por fases – *v.g.*, postulatória, probatória e decisória – e o caminhar procedimental deve ser de avanço, de seguir em frente – por regra, não é admissível o retrocesso –, pois do contrário haveria a eternização do litígio. Disso resulta o fenômeno da preclusão – perda da oportunidade de praticar determinado ato processual –, aplicável às partes – e somente a elas – também na atividade probatória que lhes incumbe.

O fenômeno da preclusão é alheio ao juiz⁵³, assistindo ao dirigente do processo determinar a “reabertura da instrução” ou ordenar a “conversão do julgamento em diligência” (Brasil, 2015, art. 12, § 4º) ou, “se não se julgar suficientemente esclarecido, o juiz pode ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias” (Portugal, 2013, art. 607.º, n.º 1). Essa assimetria entre as partes e o juiz tem a sua razão de ser exatamente nos limites de atuação do dirigente do processo, que o condicionam quanto ao momento do exercício da atividade probatória, ou noutras palavras, o juiz deve buscar

⁵¹Superior Tribunal de Justiça (Brasil): “O processo civil moderno tende a investir o juiz do poder-dever de tomar iniciativa probatória, consubstanciando-se, pois, em um equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo. Contudo, a atividade probatória exercida pelo magistrado deve se operar em conjunto com os litigantes e não em substituição a eles” (REsp 894443/SC – rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura – DJe de 16/08/2010). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

⁵²Superior Tribunal de Justiça (Brasil): “Admite-se no processo moderno a iniciativa probatória do juiz, pois a efetividade do processo e a absorção do conflito no plano social depende de uma decisão cunhada a partir do princípio da verdade real dos fatos. Tal poder, entretanto, deve ser exercido, sem que o julgador desmereça dos demais princípios que norteiam o processo civil” (REsp 151924/PR – rel. Ministra Nancy Andriighi – DJ de 08/10/2001). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

⁵³Superior Tribunal de Justiça (Brasil): “A iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça” (AgRg no REsp 1157796/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 28/05/2010). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

provas da verdade dos fatos se as partes não lograram êxito na sua demonstração, de modo que a atuação judicial é supletiva, residual ou complementar (não se pode confundir com substitutiva) à atuação das partes e somente após o esgotamento das diligências empreendidas pelos litigantes será possível identificar o déficit do acervo probatório⁵⁴.

Não se pode perder de vista, também, que a iniciativa probatória do dirigente procedimental é orientada para a formação da sua convicção⁵⁵ sobre o *thema decidendum* – e a convicção há de ser extraída racionalmente das provas colacionadas ao processo –, vedado que é ao juiz a *non liquet*.

Retomando as indagações iniciais deste capítulo, cumpre dizer que não remanescem dúvidas de que, no processo civil moderno, deve prevalecer a verdade real – e não a verdade processual, aquela que aparenta ser a realidade, de acordo com os elementos do processo –; e a verdade real é passível de ser alcançada inclusive com a atuação do juiz ao ativar o poder-dever de buscar provas, respeitando, sempre, plenamente os princípios que governam o processo (nomeadamente o contraditório na sua perspectiva dinâmica), os quais servem de limite ao ativismo judicial probatório, sem, com isso, resvalar na garantia da imparcialidade do juiz.

Exercendo escrupulosamente o juiz o seu poder-dever em relação à iniciativa de realizar ou ordenar a produção de provas, preferencialmente com a prévia audiência das partes e assegurando aos litigantes, concretamente, o pleno conhecimento da diligência e a sua potencial utilidade para o processo – tudo isso exposto em decisão fundamentada –, vale dizer, “calibrando” adequadamente o tema da prova, tornando-a previsível, não há lugar para assombros, para se enxergar o fantasma da parcialidade.

O juiz que exerce estritamente a sua autoridade jamais poderá ser confundido com o juiz autoritário, porque:

Uma coisa é o juiz potencialmente “activo” ao completar a iniciativa probatória das partes, mas inserido num contexto processual no qual são asseguradas as garantias das partes no âmbito de um sistema político democrático, enquanto que coisa completamente diferente é o juiz inquisidor inserido num sistema político e processual com uma marca autoritária (Taruffo, 2007, p. 83).

⁵⁴“Note-se que, em simetria com as regras que fixam o ônus probatório, os poderes instrutórios do juiz somente incidem em casos de incompletude da prova e permanência de dúvida” (Godinho, 2013, p. 76).

⁵⁵Superior Tribunal de Justiça (Brasil): “Está assentado nesta Corte Superior o entendimento de ser possível ao magistrado determinar, de ofício, a realização das provas que julgar necessárias, a fim de firmar devidamente o seu juízo de convicção, sem que isso implique violação do princípio da demanda, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. A iniciativa probatória do juiz, no Direito Pátrio, é ampla, podendo agir *ex officio*, para assim chegar à verdade real, no interesse da efetividade da Justiça” (AgRg no Ag 1154432/MG – rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze – DJe de 14/11/2012). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017 (a referência à norma que ampara a iniciativa do juiz é do CPC anterior).

Nesse quadro, o princípio do inquisitório – ou inquisitivo – representa um contributo para o processo civil democrático – porque tem como finalidade a efetiva e justa composição do litígio, amparando-se na verdade dos fatos –, não um motivo de inquietação para as partes.

3.3.6. Princípio da cooperação

Cooperação, substantivo feminino que tem sua origem no latim cooperativo, significa o ato de cooperar, ou seja, operar simultânea ou coletivamente; colaborar⁵⁶.

No âmbito jurídico, o significado de cooperação não se distancia muito de sua acepção no léxico. No processo civil, em particular, a cooperação é compreendida como a atuação conjunta e articulada de todos aqueles que devem “trabalhar juntos na construção do resultado do processo” (Câmara, 2018, pág. 11).

Nesse sentido, o direito positivo prescreve que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Brasil, 2015, art. 6.º). Aliás, não só os sujeitos do processo têm o dever de colaboração, porquanto “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (Brasil, 2015, art. 378).

Da letra da lei, sobressai as finalidades da cooperação: decisão de mérito, justa – possível com o descobrimento da verdade – e efetiva, obtida num prazo razoável.

De igual modo – e de maneira mais detalhada –, o CPC de Portugal (2013, art. 7.º) instituiu o princípio da cooperação, assim disciplinado:

- 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.
- 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.
- 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. [hipóteses legítimas de recusa em cooperar]

⁵⁶Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. (2008-2013). Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

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

O direito processual civil português, na mesma esteira da disciplina da matéria no Brasil, adotou os critérios da efetividade e da justa composição do litígio com brevidade para instituir o dever de cooperação entre os sujeitos do processo. O art. 417.º do CPC português (2013) esmiúça os deveres de cooperação e a sua implementação para a descoberta da verdade.

Numa visão inicial, esse modelo de atuação cooperativa das partes, em especial, não parece factível, porquanto ocupam posições processuais antagônicas e defendem interesses não raramente inconciliáveis, sendo impensável, nesse cenário, qualquer colaboração de um para com o outro no sentido de garantir o êxito da sua pretensão. Entretanto, a cooperação processual desejada pelo moderno processo civil não está ligada ao êxito da pretensão de qualquer das partes – ao conteúdo da decisão –, mas está virada ao resultado do processo – na sua concepção de instrumento constitucional e democrático de composição justa dos litígios –, sem relevar, para esse fim, o juízo positivo (convicção sobre o mérito) ou comando que emana do ato judicial. A construção de um procedimento justo tendente a alcançar uma decisão igualmente justa não prescinde, porém, da participação das partes ao longo de toda a caminhada procedimental, ainda que, naturalmente, cada uma delas defenda seus exclusivos interesses. O que realmente importa é a atuação efetiva e comparticipativa dos sujeitos da lide, contribuindo, cada um a seu modo, com a formação do substrato fático-probatório que servirá de matéria-prima para a decisão, legitimando, assim, a função jurisdicional do Estado, na medida em que “só decisões judiciais construídas de forma comparticipativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, por conseguinte, compatíveis com o Estado Democrático de Direito” (Câmara, 2018, p. 12).

Esse esforço na construção comparticipativa do procedimento e do processo justos reclama, essencialmente, o engajamento do juiz, de sua atuação comprometida com a finalidade do processo no sentido de solucionar o conflito de interesses – os “casos da vida” ou “dramas humanos” –, possível apenas com a decisão de mérito (juízo positivo). Nessa perspectiva, o juiz pode – e deve – colaborar durante todo o procedimento, seja na sua fase postulatória – na formação ou conformação da lide, “prevenindo” ou “sanando” a ilegitimidade ou simplesmente oportunizando correções de irregularidades (Brasil, 2015, arts. 139, inciso IX, e 321; & Portugal, 2013, arts. 29.º, n.º 1, 37.º, n.º 4, 38.º, n.º 1º, 41.º, 146.º e art. 590.º, n.º 2, al. b, e n.º 4 do mesmo dispositivo legal, todos do CPC de Portugal) –, seja a fase de instrução – realizando

ou ordenando diligências úteis e necessárias para o apuramento da verdade real (Brasil, 2015, art. 370; & Portugal, 2013, art. 411.º), seja ainda na fase decisória – oportunizando a correção de vícios antes de julgamento sem resolução do mérito (Brasil, 2015, arts. 317 e 485, § 1º) ou absolvição de instância (Portugal, 2013, art. 278.º, n.º 3).

O processo cooperativo pressupõe, pois, a contribuição do juiz em atos de prevenção, de consulta, de esclarecimento e de auxílio (v.g., Brasil, art. 256, § 3º; & Portugal, 2013, art. 7.º, n.º 4).

A ideia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes (Sousa, 2015, pp. 2-3).

No entanto, não só do juiz espera-se uma postura ilibada, pois:

[...] o modelo de processo cooperativo, participativo, exige de todos os seus sujeitos que atuem de forma ética e leal, agindo de modo a evitar vícios capazes de levar à extinção do processo sem resolução do mérito, além de caber-lhes cumprir todos os deveres mútuos de esclarecimento e transparência. (Câmara, 2018, p. 12)⁵⁷.

É certo, porém, que a noção de cooperação processual não pode se apartar do dever de boa-fé, o qual, ao fim e ao cabo, constitui o elemento anímico do comportamento dos participantes da lide (Brasil, 2015, art. 5º), existindo entre esses princípios – boa-fé e cooperação – uma relação de conteúdo e continente, como resulta, claramente, do disposto no art. 8.º do Código de Processo Civil de Portugal (2013). Noutras palavras, a cooperação sem a boa-fé – assim como a lealdade e a probidade – é um princípio acéfalo ou grandemente mutilado.

A preocupação com a boa-fé e com a lealdade processual se justifica a partir da inarredável certeza de que o desrespeito a esses princípios tem repercussão direta na justa e efetiva composição do litígio, comprometendo essa solução ou, na melhor das hipóteses,

⁵⁷O Enunciado nº 373 do FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis do Brasil reproduz esse argumento.

retardando-a (o que, por consequência, compromete a garantia da duração razoável do processo).

Ela – a boa-fé – representa o *fair play* processual, assim denominado pela doutrina:

[é] antiga a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegítimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e aos julgadores e seus auxiliares (Milman, 2007, pp. 32-33).

Na jurisprudência (REsp 1119361/RS), a ética e a lealdade são apontadas como referenciais para o cumprimento dos princípios da boa-fé e da cooperação:

[...] Os princípios da boa-fé e da cooperação exigem que a atuação das partes integrantes da relação processual sejam balizadas pela ética e pela lealdade. O formalismo, nesse contexto, deve ceder diante de prática de condutas maliciosas ou ímprobas.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (Recurso 2841/03.8TCSNT.L1.S1) já se pronunciou no sentido de que a boa-fé objetiva, que interessa especialmente ao comportamento processual, compõe-se do dever de exatidão e verdade:

1. O conceito normativo de boa-fé é utilizado pelo legislador em dois sentidos distintos: no sentido de boa-fé objectiva, enquanto norma de conduta, ou seja, no plano dos princípios normativos, como base orientadora e fundamento de efectivas soluções reguladoras dos conflitos de interesses, alcançadas através da densificação, concretização e preenchimento pelos Tribunais desta cláusula geral; e no sentido de boa-fé subjectiva ou psicológica, isto é, como consciência ou convicção justificada de se adoptar um comportamento conforme ao direito e respectivas exigências éticas.
2. Em litígio visando a efectivação da responsabilidade civil do tomador de seguro, originada pela prestação culposa, aquando da participação de sinistro, de declarações inexactas – decisivas para apurar da cobertura efectiva do risco – o que essencialmente releva é o plano da boa-fé objectiva, sendo necessário determinar, por preenchimento e densificação da referida cláusula geral, se o comportamento

do recorrente consubstanciado nos factos provados, viola ou não os ditames da boa-fé objectiva, tal como devem ser concretizados no âmbito da específica relação contratual – contrato de seguro de acidentes de trabalho na modalidade de prémio variável, mediante inclusão dos trabalhadores nas folhas de férias remetidas à seguradora – independentemente da existência de dolo ou intenção de prejudicar por parte do tomador de seguro.

3. Ao incluir nas folhas de salários remetidas à seguradora alguém que nunca fora seu trabalhador e a quem nunca havia pago qualquer salário – como resulta cabalmente do reconhecimento confessorio constante da carta, remetida à seguradora no âmbito do procedimento de averiguações posterior ao momento em que esta havia assumido inicialmente as suas responsabilidades, com base na declaração inverídica apresentada logo após o acidente laboral – violou o tomador de seguro um fundamental dever de exactidão e verdade, decorrente do princípio da boa-fé objectiva no cumprimento do contrato de seguro, devendo, conseqüentemente, responder civilmente pelos danos causados culposamente à contraparte.

Num caso emblemático, julgado pelo Tribunal da Relação do Porto (Recurso 0716047), é possível dimensionar a extensão da má-fé com que alguns litigantes lamentavelmente se comportam: “Deve ser condenado como litigante de má fé em multa e indemnização a favor da ré, o autor (engenheiro civil) que invocou ter sofrido um acidente de trabalho e se provou que se lesionou a jogar futebol”.

Em suma, os deveres de boa-fé, de lealdade e de probidade balizam a conduta dos sujeitos do processo – e os vinculam numa “comunidade de trabalho” –, são o “espírito” ou a “alma” do princípio da cooperação, o qual: “[...] se traduz em deveres recíprocos quer entre os magistrados e as partes, quer entre as partes entre si. Quando devidamente entendido, o dever de cooperação não contende nem com a imparcialidade do tribunal, nem com o princípio dispositivo” (Sousa, 2015, pp. 2-3), mas, ao contrário:

[...] complementam a garantia do contraditório, formando com esta uma simbiose, com o objetivo comum de ensejar a obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva. A cooperação, assim entendida, compreende o esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (Theodoro Júnior, 2018, p. 85).

3.3.7. Princípio da livre apreciação (ou valoração) das provas

De partida, convém deixar claro que as provas produzidas numa determinada relação processual possuem a finalidade de evidenciar, de revelar – ou reconstruir –, com a maior

fidelidade possível, os fatos objeto do conflito de interesses, a partir dos quais o juiz extrairá a sua convicção.

No processo mental de formação da convicção, o juiz deve analisar e valorar todas as provas produzidas – provas essas destituídas de hierarquia –, confrontando os elementos de prova entre si e sopesando a credibilidade que emana de cada um deles a partir de regras ditadas pela lógica (v.g., harmonia entre elementos de convicção) e pela experiência, de modo que o veredicto retrate uma conclusão racionalmente construída. Nesse contexto, a convicção do juiz, no processo civil moderno, é o resultado objetivo da livre apreciação ou valoração das provas (que é figura jurídica completamente distinta do livre convencimento ou convicção íntima, de natureza subjetiva) num sistema da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado.

Na doutrina, o princípio da livre apreciação da prova é associado aos princípios da imediação, da oralidade e da concentração, na medida em que:

É porque há imediação, oralidade e concentração que ao julgador cabe, depois da prova produzida, tirar as suas conclusões, em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que através deles se foi gerando no espírito, de acordo com as máximas da experiência que forem aplicáveis (Freitas, 2013, p. 196).

No direito positivo, o art. 371 do Código de Processo Civil brasileiro (2015) dispõe que: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, aplicando “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial” (Brasil, 2015, art. 375).

Não há – como se disse – hierarquia entre as provas, mas há um condicionamento legal ou o reconhecimento de potencialidade probatória limitada ou restrita em relação a determinado meio de prova. É o que ocorre, por exemplo, com a prova testemunhal, a mais marginalizada das provas ao longo da história do direito processual, a ponto de ser denominada por muitos de a “prostituta das provas”. No processo civil brasileiro, o art. 442 do CPC (Brasil, 2015) dispõe que “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso” e, no caminho da restrição (Brasil, 2015, art. 443), preceitua que não é admissível a prova testemunhal sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte” (inciso I) ou “que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados” (inciso II), e, ainda, “nos casos

em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova” (Brasil, 2015, art. 444).

É normal e compreensível a restrição ao valor probante da prova testemunhal em determinadas situações. Com efeito, a testemunha é um terceiro em relação ao conflito de interesses e, nessa condição, é natural que o seu conhecimento sobre os fatos litigiosos seja limitado – não é comum que as pessoas saibam, de maneira aprofundada, sobre os fatos que dizem respeito à vida de outrem – ou pelo menos que o conhecimento da testemunha seja menor do que o das próprias partes, que vivenciam o litígio e protagonizaram a relação material subjacente à demanda. Nesse contexto, a lei processual realizou uma ponderação da força probante entre o depoimento da testemunha e a prova que brota de documento ou de confissão da parte, prestigiando os últimos meios de prova apontados.

De igual modo, em alguns casos a lei vincula o modo pelo qual um ato jurídico deve ser praticado, de tal maneira que a forma integra a substância do próprio ato, como ocorre, *v.g.*, como na compra e venda imobiliária ou na outorga de emancipação, em que o instrumento – necessariamente escrito – é da essência dos atos⁵⁸. Em outros casos, os fatos em discussão pressupõem o conhecimento técnico a seu respeito, como naquelas situações que envolvem, por exemplo, a determinação da velocidade de um veículo num acidente com atropelamento ou mesmo a causa da morte do pedestre, de modo que, mesmo que tenha conhecimento técnico a respeito dessas questões (por ser, eventualmente, um engenheiro ou médico), a testemunha – como tal – não pode depor sobre esses fatos, porque não lhe é lícito emitir juízo de valor (no processo, apenas dois sujeitos podem emitir juízo de valor: o perito e o juiz, nessa ordem).

Existem, também, situações em que a lei exige prova escrita da obrigação, como ocorre no contrato de depósito voluntário (Brasil, 2002, art. 646). Nessa hipótese, a admissibilidade da prova testemunhal condiciona-se à existência de começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova.

Em relação à prova técnica, a lei processual civil brasileira (Brasil, 2015, art. 479) dispõe que o “juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando

⁵⁸“Sempre vale recordar que em alguns casos a lei substancial exige que o ato jurídico seja realizado por instrumento público. São os casos em que essa forma é exigida *ad substantiam*. É o que se dá, por exemplo, no caso da emancipação (art. 5º parágrafo único, I, do CC), do mandato que confere poderes especiais para casar o mandante (art. 1.542 do CC), além dos atos que tenham por objetivo a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no Brasil (art. 108 do CC). Pois nestes casos, a ausência do instrumento público não pode ser suprida por qualquer outro meio de prova (art. 406)” (Câmara, 2018, p. 252).

na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Nesse quadro, a legislação processual civil brasileira adotou o princípio da livre convicção – ou convencimento – motivado ou da persuasão racional, extraída do conjunto probatório, em relação ao qual prevalece o princípio da comunhão das provas ou da aquisição processual. O atual CPC, ao contrário do anterior, não utilizou o advérbio “livremente”, mas essa omissão não retira do juiz a liberdade na apreciação e valoração da prova, porque a lei processual não instituiu o sistema de prova legal ou da tarifação das provas, nem mesmo em relação à prova técnica, passível de ser relegada a sua aplicação, desde que, claro, devidamente fundamentada a preterição das conclusões do laudo pericial. Na essência, a disciplina atual é idêntica à anterior.

O Código de Processo Civil de Portugal (2013, art. 607.º, n.º 5), por sua vez, preceitua que:

[...] o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.

Não há dúvida, portanto, que a lei processual civil portuguesa – tal qual a brasileira – adotou o princípio da livre apreciação das provas – com as mesmas condicionantes⁵⁹ em relação à prova testemunhal –, impondo-se ao juiz, entretanto, a obrigação de “analisar criticamente” cada elemento a partir do qual extraiu a sua convicção (Portugal, 2013, art. 607.º, n.º 4), circunstância que conduz à ilação de que o modelo adotado é o da persuasão racional ou do livre convencimento motivado.

É necessário ter em conta que a liberdade do juiz na valoração das provas não é absoluta, na medida em que “a ‘livre apreciação da prova’ está sujeita ao escrutínio da razão, das regras da lógica e da experiência que a vida vai proporcionando” (Recurso 63/13.9TBOLR.C1).

⁵⁹“Têm, pelo contrário, valor probatório fixado na lei os documentos escritos, autênticos (art. 371-1 CC) ou particulares (art. 376-1 CC), e a confissão escrita, seja em juízo (art. 358-1 CC), seja em documento autêntico ou particular, mas neste caso só quando dirigida à parte contrária ou a quem a represente (art. 358-2 CC); mas, quer o documento (art. 366 CC), quer a confissão (art. 361 CC), que não reúnam os requisitos exigidos para ter força probatória legal ficam sujeitos à regra da livre apreciação” (Freitas, 2013, p. 197).

Noutro fronte, contrapondo-se ao sistema da liberdade na apreciação e valoração da prova pelo juiz, situava-se o sistema da prova legal, em que:

a valorização de cada um dos meios de prova encontrava-se previamente regulada pela lei e o juiz tinha de aplicá-la rigorosamente, prescindindo do seu critério pessoal, sistema que, além de não ser muito lúcido, não fomentava no juiz o sentido da responsabilidade nem a confiança no esforço próprio⁶⁰.

É importante lembrar, porém, que “só é legítima a valorização da prova quando feita pelo juiz de forma racional e analítica, ‘respeitando critérios de completude, coerência, congruência e correção lógica’” (Theodoro Júnior, 2018, p. 908).

Convém reprimir: a ponderação entre os meios de prova – realizada pela lei processual civil –, condicionando o uso de alguma modalidade probatória, não representa a adoção do sistema de prova legal ou tarifação das provas e nem institui hierarquia entre as diversas fontes das quais emanam. No entanto, há quem identifica a adoção excepcionalíssima do anacrônico sistema da prova legal⁶¹.

De qualquer modo, ainda que se admita algum resquício do sistema da prova legal, o que predomina no atual modelo de processo civil é, indubitavelmente, o da livre apreciação ou valoração da prova pelo juiz, por meio da persuasão racional.

Nessa esteira é o entendimento da jurisprudência, no Brasil e em Portugal:

[...] considerando o princípio do livre convencimento motivado, cabe ao magistrado valorar a necessidade de complementação do material probatório (Brasil, 2017, REsp 1.653.654/SP).

O princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz consigna que cabe ao magistrado apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, conferindo, fundamentadamente, a cada um desses elementos sua devida valoração. (Brasil, 2017, REsp 1660411/RJ).

⁶⁰Thomaz (1982). **Recolha e valoração da prova em processo civil – alguns aspectos relevantes**. Conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, no dia 8 de julho de 1982.

⁶¹“O primeiro critério que o direito processual civil conheceu para a valoração da prova foi o da prova legal. Por este critério, o juiz não tinha qualquer liberdade na apreciação da prova, incumbindo à lei estabelecer o valor de cada uma a partir de um tabelamento. Assim, havia provas que valiam mais do que outras (falava-se, por exemplo, em provas plenas e provas semiplenas), assim como se encontravam situações em que, por força de lei, estabelecia-se qual tipo de prova poderia ser aceito (ou, ao contrário, qual espécie probatória não poderia ser admitida). Este critério, embora antigo e ultrapassado, ainda pode ser encontrado, em caráter absolutamente excepcional, no Direito brasileiro. É o que se dá, por exemplo, com o contrato de depósito voluntário, que só se prova por escrito (art. 646 do CC), caso em que só se admite prova testemunhal se houver começo de prova escrita, emanada da parte contra quem se pretende produzir a prova (art. 444)” (Câmara, 2018, pp. 232-233).

[...] III. - O julgador é livre, ao apreciar as provas, embora tal apreciação seja vinculada aos princípios em que se consubstancia o direito probatório e às normas da experiência comum, da lógica, regras de natureza científica que se devem incluir no âmbito do direito probatório.

IV. - A livre convicção não pode confundir-se com a íntima convicção do julgador, impondo-lhe a lei que extraia das provas um convencimento lógico e motivado, avaliadas as provas com sentido da responsabilidade e bom senso, e valoradas segundo parâmetros da lógica do homem médio e as regras da experiência. (Portugal, 2008, Recurso nº 3/07.4GAVGS.C2).

Na perspectiva da doutrina contemporânea, o direito de ação pressupõe muito mais do que a provocação da atividade jurisdicional do Estado, pois o exercício desse direito – de ação – reclama a concorrência de múltiplas faculdades processuais, dentre elas o direito à prova, como já exposto anteriormente. O saudoso e eterno mestre Moreira (1996, p. 11) pondera que, no processo moderno, há uma forte tendência ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, mas “inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial”. O direito à prova, a princípio, é amplo ou irrestrito, ou seja, são admissíveis quaisquer meios de prova disponíveis e idôneos à reconstrução dos fatos sobre os quais o juiz deve se pronunciar – inclusive as denominadas provas “atípicas” – e não somente aqueles meios expressamente regulados pela lei processual civil (provas típicas).

Nesse cenário, ocupa posição de destaque no debate jurídico as provas adquiridas de maneira ilícita.

O inciso LVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) é enfático ao proscrever essa espécie de prova: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A Constituição da República Portuguesa (2005, art. 32.º, n.º 8), ao regular as garantias no processo criminal (aplicáveis analogicamente ao processo civil), preceitua que: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Essas normas, aparentemente inflexíveis, apontam para a ineficácia das provas obtidas ilicitamente e, por consequência, para a nulidade da sentença nelas amparada, se e quando a decisão utilizar como fundamento único, ou principal, a prova ilicitamente adquirida no processo. E mais, a ineficácia das provas obtidas ilicitamente pode contaminar, num efeito cascata, outras provas que derivam daquela, numa consagração da doutrina norte-americana,

“[...] segundo a qual o vício de origem se transmite a todos os elementos probatórios obtidos graças à prova ilícita: na conhecida expressão, não se podem aproveitar os ‘frutos da árvore venenosa’ (*fruits of the poisonous tree*)” (Moreira, 1996, p. 17).

Freitas (2013, p. 140) é categórico ao pronunciar que, no tema da prova, “o direito ao processo equitativo a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, quer o sejam por violarem direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos.”

Recorrendo mais uma vez às lições de Moreira (1996), percebe-se claramente o dilema do direito quando se depara com a denominada prova ilícita, que provoca a contraposição de dois princípios que regem o processo, quais seja, o da descoberta da verdade e o da legalidade: de um lado, o interesse público no descobrimento da verdade, que justificaria a aceitação da prova obtida de maneira ilícita, sem prejuízo da sanção aplicável ao infrator; por outro lado, a impossibilidade de o direito prestigiar comportamentos ilícitos ou permitir que deles tire proveito o infrator e, por conseguinte, cause prejuízo a outrem⁶². Nas palavras do mestre, o:

[...] problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais áduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas (Moreira, 1996, p. 21).

No propósito de conciliar essas duas teses extremadas – a que prega a preservação da prova, com punição ao transgressor, e a que defende a inapelável nulidade da prova –, a doutrina ocupou-se em propor a solução do dilema a partir da noção de que:

⁶²“Facilmente se entende que o afã de tomar convincente para o órgão judicial esta ou aquela versão dos fatos possa induzir a parte a exceder as fronteiras do razoável, em detrimento de interesses também juridicamente relevantes. Por exemplo: o ordenamento protege – e hoje não se conceberia que deixasse de fazê-lo – o interesse que tem toda pessoa na preservação de sua intimidade. Daí certas limitações à liberdade de investigar e à exigibilidade da cooperação de terceiros: v.g., a autorização dada à testemunha para negar-se a responder a perguntas relativas a fatos cuja divulgação poderia causar-lhe grave dano, inclusive de natureza moral. Em semelhante contexto vem-se suscitando a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica. Conforme bem se sabe, manifestam-se a tal respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira, deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não retira à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida” (Moreira, 1996, pp. 12-13).

[...] a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais prudente conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida. Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade. Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se escolheu realmente o menor (Moreira, 1996, p. 13).

Essa solução importa, sem dúvida, na concessão de alargada margem de flexibilidade ao aplicador da norma, mas é a única capaz de satisfazer o direito: “só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade”, na medida em que “[...] o essencial é pôr em realce o caráter relativo que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas”, considerando que a proibição “[...] não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias, fica aberta a possibilidade de uma construção jurisprudencial que leve em conta as variáveis necessidades sociais” (Moreira, 1996, p. 15).

É inegável que nos sistemas constitucionais brasileiro e português prevalecem a regra da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, circunstância que impede ao juiz de valorá-la. Entretanto, em determinadas – e absolutamente restritas – situações é necessário admitir a ponderação de valores constitucionalmente tutelados que eventualmente colidam entre si para, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, emprestar prevalência de um em detrimento de outro, de modo tal que a eficácia de um direito possa sobrepor-se a outro no ideal de justiça.

Essa ponderação do princípio da proibição da prova obtida por meio ilícito é possível a partir da noção de que nenhum direito ou garantia se reveste de caráter absoluto, como já reconhecido pela Suprema Corte brasileira (2000, MS 23452/RJ):

[...] Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos

estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

No sistema constitucional português, é possível invocar o princípio da proporcionalidade – consagrado nos arts. 19.º, n.º 4, e 266.º, n.º 2, ambos da CRP (Portugal, 2005) – como valor fundamental a justificar a flexibilização da regra proibitiva da prova obtida ilicitamente naqueles casos em que, por exemplo, essa prova representar a única possibilidade de reconhecer a inocência de um acusado de determinado crime – estado de necessidade processual –, hipótese em que se contrapõem dois direitos fundamentais: o da proibição da prova adquirida de maneira ilegal e o da liberdade. Nesse caso, deve prevalecer o último, o que importa dizer que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita é mitigado diante do superior valor constitucional que justifica o seu sacrifício, podendo, portanto, ser valorada pelo juiz. No domínio do direito civil, é possível cogitar a flexibilização da regra proibitiva da prova ilicitamente adquirida – em situações excepcionais e por absoluta necessidade – para assegurar direitos de superior valor, como os da personalidade, ainda quando estiverem em confronto direitos da mesma categoria.

3.3.8. Princípio da não-surpresa

O princípio da proibição das decisões surpresa – ou princípio da não-surpresa – é uma derivação do princípio do contraditório. E o contraditório, imane do processo, é um princípio milenar que apresenta, nos termos do direito processual civil positivo de Portugal e do Brasil, dois sentidos ou dimensões: (i) horizontal, que deriva do princípio da igualdade substancial (Portugal, 2013, art. 4.º & Brasil, 2015, art. 7º) e atua ao nível dos fatos – autor e réu expõem as suas razões de fato –, da prova – às partes assiste o direito de participar da produção das provas (Portugal, 2013, art. 415.º & Brasil, 2015, art. 7º, relativamente à faculdade de produzir provas), e do direito, consistente na faculdade de contraditar as razões legais invocadas pela parte contrária (Portugal, 2013, art. 3.º, n.º 1 & Brasil, 2015, art. 7º, na concepção do

contraditório dinâmico); (ii) vertical, representado pela proibição das decisões surpresa (Portugal, 2013, art. 3.º & Brasil, 2015, art. 10º)⁶³.

O princípio da proibição das decisões surpresa tem sua origem na França, introduzido pela reforma de 1971 (art. 16.º, segundo o qual o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório e, ainda, não pode fundamentar a sua decisão sem convidar as partes a se pronunciarem), migrando para a Alemanha (§ 139.º da ZPO) e depois para a Itália (inciso 2º do art. 101.º, introduzido pela reforma de 2009), onde o juiz deve, sob pena de nulidade da decisão, dar um prazo para que as partes apresentem suas observações sobre as questões sujeitas à decisão. Esse princípio passou a integrar o direito processual civil português a partir da reforma de 1995 (art. 3.º).

Na sua aplicação, o princípio da proibição da decisão surpresa pressupõe o dever de oportunizar as manifestações das partes sobre questões de direito substancial ou instrumental; nas questões de fato, o direito das partes é mais amplo, porque além do direito ao diálogo no processo (dizer e contradizer), envolve a faculdade de efetiva participação durante toda a marcha procedimental, de contribuir para a construção de um procedimento e processo justos, de influenciar na convicção do juiz, numa visão de contraditório dinâmico tendente a prevenir o erro judiciário e a legitimar a própria atividade jurisdicional, de maneira tal que o processo se ajuste a realizar o melhor resultado concreto diante dos desígnios do direito material.

No direito processual civil português (Portugal, 2013), o art. 3.º, n.º 3, instituiu a denominada “necessidade de contradição”, nesses termos:

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

O Código de Processo Civil brasileiro (Brasil, 2015, art. 10), por seu turno, preceitua:

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

Essas normas consagram a imperiosa observância do contraditório efetivo nas suas dimensões horizontal e vertical, potencialmente capaz de impedir as decisões surpresa, não

⁶³Mesquita (2016-2017). Exposição em uma de suas Sessões de Mestrado na Universidade de Coimbra.

submetidas ao debate endoprocessual, “tanto em relação a questões novas, como a fundamentos diversos daqueles com que as questões velhas foram previamente discutidas no processo” (Theodoro Júnior, 2018, p. 87). Não é lícito ao juiz, assim, decidir sobre fato novo ou discussão nova e nem sobre fato velho discutido sob uma perspectiva distinta daquela adotada na decisão (mesmo que a questão, ou fato, tenha sido debatida de maneira aprofundada, não pode o juiz utilizar fundamento ainda não submetido ao debate), ainda que a matéria seja de conhecimento oficioso, a partir da premissa de que “o processo justo não tolera nenhuma forma de decisão surpresa” (Theodoro Júnior, 2018, p. 264).

O fenômeno da proibição da decisão surpresa passa pela releitura do contraditório, enxergado muito além da garantia da bilateralidade, ao direito de conhecer e reagir; alcança o direito de participação, de colaboração para a construção de um processo substancialmente justo e de influenciar positivamente para atingir o fim maior da lei processual: a decisão justa, de modo que o contraditório não se circunscreve ao domínio das partes, mas também pertence ao domínio do juiz. Ele – o juiz – deve velar pela observância do contraditório, mas não só isso; o juiz – já se disse – não é alheio ao contraditório: ele próprio encontra-se submetido ao contraditório, o que o impede de formar um juízo definitivo de – ou que constitua – “*terza via*”, vale dizer, a respeito de questão não debatida, questão ou matéria nova que constitua um desvio do diálogo ocorrido no processo, que representa uma terceira e surpreendente via⁶⁴.

Essa vedação – que proíbe decisões-surpresa, durante muito tempo tolerada quanto a aplicação do direito⁶⁵ – relaciona-se, além do mais, com a previsibilidade do conteúdo das

⁶⁴“Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito mais do que simples bilateralidade da instância. Ao binômio conhecimento-reação tem-se acrescentado a ideia de cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isso é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório. Consequência dessa nova dimensão da matéria é que a dinâmica do processo é alterada significativamente. Por força dessa nova conformação da ideia de contraditório, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes (art. 10). Em outras palavras, veda-se o juízo de ‘*terza via*’. Há proibição de decisões-surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, pp. 394-395).

⁶⁵“Sempre foi da cultura do processo civil brasileiro admitir-se a prolação de decisões fundadas em argumentos de direito que não tivessem sido submetidos a debate prévio. Era o que se extraía da clássica parêmia da *mih factum, dabo tibi ius* (‘dá-me os fatos que te darei o direito’). É que tradicionalmente se acreditou que a incumbência das partes era apresentar ao juízo os fatos da causa, cabendo ao órgão jurisdicional estabelecer o direito aplicável. Ocorre que esta é uma forma de atuar incompatível com o Estado Constitucional, já que presa à ultrapassada ideia de que o processo serve apenas para que o Estado dê solução às causas que lhe são submetidas, construindo os resultados de forma solipsista. Este juiz solipsista, egoísta, que constrói a decisão judicial sozinho, é incompatível

decisões judiciais, fruto que são do silogismo jurídico compreensível por todo e qualquer intérprete da norma em causa (premissa maior) cotejada com os fatos subjacentes ao conflito de interesses (premissa menor), de modo que a decisão deve representar a conclusão lógica, traduzindo-se o resultado do processo em valores muito caros ao Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica, a democratização do processo e a credibilidade da função judicante do Estado⁶⁶.

Nessa perspectiva, a máxima *iura novit curia* recebe alguns temperamentos, não no sentido de impedir o juiz de aplicar o direito ao drama humano *sub iudice* valendo-se, inclusive, de normas jurídicas não invocadas pelas partes, mas no sentido de que o pronunciamento judicial – que envolve a adequação das normas jurídicas ao caso concreto – deve, sempre, ser precedido de amplo debate processual, de modo que nenhum dos sujeitos da lide possa ser surpreendido pela solução adotada pelo juiz⁶⁷.

O próprio papel das partes e do juiz, nessa nova concepção – de “comunidade de trabalho” –, recebeu significativos influxos a partir do desenho de um processo colaborativo e dialogado, que não pertence às partes mas também não pertence ao juiz: “as partes não estão mais confinadas na matéria de fato, assim como o juiz não está mais circunscrito à matéria de direito” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, pp. 172-173), não se aplicando, pois, o

com o Estado Democrático de Direito, o qual exige que o exercício do poder estatal se dê de forma participativa, já que a participação da sociedade é um dos elementos integrantes dessa forma de Estado expressamente estabelecida pela Constituição da República. Assim, só é constitucionalmente legítima (ou, dito de outro modo, só é democrática) a decisão judicial construída em contraditório por todos os participantes do processo, aos quais incumbe debater todo e qualquer possível fundamento da decisão judicial. Não se admitem, portanto, as decisões chamadas “de terceira via”, ou seja, as decisões baseadas em fundamento que o juiz tenha ‘tirado da cartola’, invocando-o de forma surpreendente, sem submetê-lo a prévio debate” (Câmara, 2018, pp. 13-14).

⁶⁶“Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (art.10.º, CPC). Fora daí, há evidente violação à colaboração e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta e ao contraditório. Essa exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no interesse público de chegar-se a uma solução bem amadurecida para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Isso porque o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de democratização do processo. De outro, reforça a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera legitimamente que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, pp. 172-173).

⁶⁷“O direito ao contraditório – lido na perspectiva do direito ao diálogo, inerente à colaboração – condiciona a aplicação da máxima *iura novit curia* ao prévio diálogo judicial. É certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive invocando normas jurídicas não invocadas pelas partes. No entanto, a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto ou desacerto da solução que pretende outorgar ao caso concreto (art. 10.º, CPC). Isso quer dizer que a máxima do *iura novit curia* continua plenamente vigente no novo Código: apenas a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, p. 173).

brocardo *da mihi factum, dado tibi ius*. No processo civil moderno, nesse modelo de divisão do trabalho de construir procedimento e decisão justos, fato e direito pertencem igualmente às partes e ao juiz, na medida em que aquelas podem se pronunciar sobre as normas que serão aplicadas e a este é permitido conhecer officiosamente fatos secundários – ou não essenciais – e determinar a produção de provas por sua iniciativa⁶⁸.

Esse novo modelo parece já ter sido assimilado pelos processualistas brasileiros, tanto que o Enunciado nº. 282 do FPPC consagra: “para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10” (Bueno, 2017, p. 69)⁶⁹.

Na jurisprudência, essa noção também já está sedimentada:

I – O juiz tem o dever de participar na decisão do litígio, participando na indagação do direito – *iura novit curia* –, sem que esteja peado ou confinado à alegação de direito feita pelas partes. Porém, a indagação do direito sofre constrangimentos endoprocessuais que atinam com a configuração factológica que as partes pretendam conferir ao processo. II – Há decisão surpresa se o juiz de forma absolutamente inopinada e apartado de qualquer aportamento factual ou jurídico envereda por uma solução que os sujeitos processuais não quiseram submeter ao seu juízo, ainda que possa ser a solução que mais se adegue a uma correcta e atinada decisão do litígio. III – Não tendo as partes configurado a questão na via adoptada pelo juiz, cabe-lhe dar a conhecer a solução jurídica que pretende vir a assumir para que as partes possam contrapor os seus argumentos (Portugal, 2011, Recurso 2005/03.0TVLSB.L1.S1).

A garantia do exercício do direito do contraditório, que se encontra plasmado no art. 3º, nº 3, do CPC, visa, como princípio estruturante de todo o nosso processo civil, evitar ‘decisões surpresa’, ou seja, baseadas em fundamentos que não tenham sido previamente considerados pelas partes e, conseqüentemente, reforçar, assim, o direito de defesa (Portugal, 2009, Apelação nº 2546/06.08TJCBR-B.C1).

⁶⁸“O reconhecimento do carácter problemático do direito e o papel reconstrutivo da sua interpretação judicial fez com que a divisão do trabalho entre o juiz e as partes fosse impactada sensivelmente: as partes não estão mais confinadas na matéria de fato, assim como o juiz não está mais circunscrito à matéria de direito. Isso porque, a uma, as partes têm o direito de se pronunciar previamente sobre as normas jurídicas que serão aplicadas ao caso concreto pelo juiz e, a duas, o juiz tem o poder de conhecer de officio fatos secundários e de determinar prova de officio. Daí que a colaboração judicial e o contraditório como direito de influência alteraram a tradicional solução outorgada à divisão do trabalho processual pelo brocardo *da mihi factum, dado tibi ius* – e destinava às partes tão somente o papel de narrar os fatos e ao juiz o de aplicar o direito. O novo Código reconhece que as partes têm direito de se pronunciar sobre o material jurídico de forma prévio à sua aplicação judicial” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, p. 173).

⁶⁹O mencionando processualista expressa, de maneira inequívoca, a sua concordância com as posições acima expostas.

Não obstante julgando um caso penal, o STJ brasileiro deu a exata dimensão do princípio que veda a decisão surpresa, associando-o ao contraditório prévio, em contraposição ao contraditório diferido (ou ulterior), aplicável nas tutelas de urgência e evidência, consoante se extrai da fundamentação do voto do relator:

[...] norma do art. 10 do CPC/2015, ela aparentemente se propõe a mitigar os aforismos *'Da mihi factum, dabo tibi jus'* e *'Jura novit curia'* – segundo os quais se presume que o juiz conhece a lei adequada para aplicação no caso concreto, devendo reger-se pelo princípio do livre convencimento motivado –, com o intuito de enfatizar uma concepção do processo como colaboração entre as partes e o juiz, em prol da solução da controvérsia (arts. 5º e 6º do CPC/2015). Tal cooperação privilegiaria o contraditório prévio, em detrimento do diferido (que continua sendo admissível no Processo Civil tanto na tutela de urgência quanto na de evidência, segundo o art. 9º do CPC/2015), sob o argumento de que as partes poderiam enriquecer o entendimento do magistrado sobre a matéria, fornecendo-lhe elementos de convicção sobre a interpretação da lei de seus pontos de vista próprios, contribuindo, assim, para a formação de uma razão de decidir que teria levado em conta um cenário mais complexo a respeito do tema em discussão (Brasil, 2017, EDcl no AgRg nos EREsp 1510816/PR).

3.3.9. Princípio da gestão processual

É chegado o momento de abordar – *last but not least* (por último, mas não menos importante) – o princípio da gestão processual. O posicionamento do tema como o último dos princípios a ser tratado tem uma explicação lógica: a gestão processual é exercida se e na exata medida da sua articulação com os demais princípios processuais acima apontados, pressupondo, como *conditio sine qua non*, o prévio conhecimento da dimensão de cada um deles.

Não é possível discorrer sobre a gestão processual sem relembrar o sentido o princípio do acesso à justiça: compreendido como garantia fundamental de natureza substancial – não simplesmente uma garantia formal –, como direito material à justa e efetiva prestação jurisdicional (integrando-o a duração razoável do processo, o devido – e justo – processo legal, a imparcialidade do juiz e a efetividade da tutela jurisdicional); a compreensão da gestão processual pressupõe o devido enquadramento do princípio dispositivo ou do pedido, que comporta mitigação em prol da efetividade do processo – numa conjugação da efetividade e da proporcionalidade –, especialmente a partir da previsão expressa na lei processual civil brasileira que determina a interpretação do “conjunto da postulação” e de acordo com o princípio da boa-fé (Brasil, 2015, art. 322.º, § 2º); falar de gestão processual requer, antes, conhecer o princípio do contraditório na leitura de contraditório dinâmico e inserido num

processo justo, enxergado além do direito da perspectiva formal ou da simples bilateralidade (dizer e contradizer) e do binômio informação-reação, mas sim como a possibilidade de participar efetivamente na construção do procedimento, durante toda a marcha procedimental e de influenciar positivamente a decisão; tratar da gestão processual exige o prévio conhecimento do princípio da igualdade – na sua vertente substancial e dinâmica –, designadamente quanto ao exercício de faculdades processuais e meios de defesa, de meios de prova, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais (igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo); é impensável a gestão processual sem a exata percepção do princípio do inquisitório ou da oficiosidade, que legitima a atuação – supletiva, residual ou complementar – do juiz no sentido de suprir deficiências ou omissões das partes no cumprimento dos respectivos ônus quanto a produção das provas necessárias ao apuramento da verdade dos fatos que provocaram a eclosão do conflito de interesses e, a partir daí, compor de maneira efetiva e justa o litígio; não há como explicar a gestão processual sem antes estudar o princípio da cooperação, entendido como uma “comunidade de trabalho”, numa relação balizada pelos deveres de boa-fé, de lealdade e de probidade da conduta os sujeitos do processo; não se cogita de gestão processual alheia à exata noção do princípio da livre apreciação (ou valoração) das provas a partir do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, extraído da valoração da prova de forma racional e analítica, respeitando os critérios de completude, coerência, congruência e correção lógica; finalmente, não se pode adentrar ao tema da gestão processual sem que se admita, previamente, que o juiz não é alheio ao contraditório – deve, tal qual as partes, submeter-se a ele –, prevenindo, assim, decisões de *terza via*, abolindo-se a equivocada ideia de que as partes estão confinadas na matéria de fato e o juiz circunscrito à matéria de direito.

Bem compreendia a interrelação do princípio da gestão processual com todos esses princípios do processo civil – denominados os “grandes princípios” ou os “princípios estruturantes”, sem desprezar, no entanto, outros princípios ou subprincípios –, é momento de avançar.

Falar em gestão processual requer, desde logo, o abandono da ideia de que essa atividade relaciona-se com organização dos órgãos judiciários – a *court management* do direito anglo-saxão (Mesquita, 2015) –, vale dizer, a gestão processual não tem relação alguma com a estruturação do Poder Judiciário, sua organização e distribuição de competências ou mesmo com o gerenciamento dos recursos materiais e humanos disponíveis, desempenho ou métodos de trabalho (no Brasil, além das leis de organização judiciária, o Conselho Nacional de Justiça

– CNJ se ocupa em exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, zelar pela observância dos princípios que regem a administração pública e elaboração de relatórios estatísticos, dentre outras funções, consoante preceitua o § 4º do art. 103-B da CRFB). Essa faceta da gestão talvez seja mais relevante para a ciência da administração do que para o direito.

O que realmente interessa é a gestão processual propriamente dita, ligada ao processo como instrumento para realização da justiça (Mesquita, 2015). Essa espécie de gestão tem suas raízes históricas em 1895 no império austro-húngaro, com a Ordenança Processual Civil – öZPO –, proposta por Klein, que reformulou o papel do juiz e o libertou da passividade ou da neutralidade na qual permaneceu confinado pelo modelo liberal e privatista de processo. De lá, conquistou o mundo, com passagem marcante pela Alemanha – onde a gestão processual permanece viva e altamente prestigiada – e, timidamente, chegou em Portugal. No direito lusitano, a gestão processual se apresentou inicialmente como poder de impulso (art. 28.º, n.º 9, do Decreto n.º 12.353, de 22 de setembro de 1926), depois como poder de direção e fiscalização da instrução e, ainda, de tomar todas as medidas necessárias para assegurar a eficiência do processo com a finalidade de viabilizar uma decisão que corresponda à verdade e à justiça (art. 14.º do Decreto n.º 21.287, de 26 de maio de 1932), passando pela busca de efetividade da tutela jurisdicional (art. 266.º do CPC de 1939) e, finalmente, chegou até a reforma processual de 1995/1996 (art. 265.º) – (certamente inspirado no art. 29.º do Código de Processo do Trabalho –, que agrupava o poder de direção do processo com o princípio do inquisitório; essa disciplina conjunta da gestão processual, aplicável a considerável repertório de princípios e deveres processuais, e do princípio do inquisitório, voltado à instrução da causa, era fonte de algumas incompreensões⁷⁰), quando ganhou contornos muito semelhantes aos atuais, porém o CPC vigente acrescentou um importante componente do dever de gestão processual: a finalidade de justa composição do litígio e não simplesmente a sua composição em prazo razoável (art. 6.º) (Mesquita, 2015, pp. 79-81).

É evidente, portanto, que a gestão processual não surgiu abruptamente no sistema processual civil português; ao contrário, ela é fruto de sucessiva e gradual construção normativa

⁷⁰Parecer do Conselho Superior da Magistratura (Portugal) sobre a Proposta de Lei n.º 113/XII, elaborado pelos Juízes de Direito Ana Luísa Gomes Loureiro, Nuno de Lemos Jorge e Paulo Ramos de Faria, pág. 17. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/parecer13_novocpc.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2017: “Existe uma excessiva confusão entre o princípio do inquisitório e o poder de direcção do processo, sendo que este serve a muitos outros princípios e deveres processuais. O princípio do inquisitório deverá pontuar, como norma geral, no início do novo Título dedicado à instrução, em geral – isto é, à instrução da causa (de qualquer causa) e de todos os seus incidentes”.

ao longo dos anos, de duradoura experimentação prática ou, noutras palavras, de considerável período gestacional.

Na sua fisionomia atual, a gestão – ou dever de gestão – processual possui as seguintes balizas normativas:

1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

2 - O juiz providencia officiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo (Portugal, 2013, art. 6.º).

Essa aparentemente complexa e significativa redação (n.º 1) possui a grande virtude de reunir, em boa medida, aquilo que o juiz cooperativo ou participativo deve utilizar como orientação na sua atuação processual. Com efeito, a norma em comento principia por deixar claro que o ónus de impulso é “especialmente imposto pela lei às partes” – elas, as partes, são os maiores interessados, ou interessados imediatos, na solução do litígio e, como tal, devem providenciar pelo regular andamento do processo –; em seguida, o dispositivo legal alude à “direção ativa” do processo, no sentido de que não é admissível a postura neutra, apática ou indiferente do juiz diante do conflito de interesses intersubjetivo, exigindo-se-lhe atitudes de efetivo policiamento da marcha procedimental para que ela seja célere, impulsionando-a officiosamente, quando necessário, e rechaçando tudo que não for pertinente e se revelar meramente protelatório na solução da lide, e, ainda, a adoção de mecanismos de simplificação e agilização do procedimento – adequação formal (Portugal, 2013, art. 547.º) –, com a prévia audiência das partes, para atingir a finalidade maior do processo: a justa composição do litígio em prazo razoável.

Na sequência, o texto legal (n.º 2) reporta-se à prevenção e à sanção da instância, determinando que o juiz – ele próprio – providencie, officiosamente, pelo suprimento de pressupostos processuais sanáveis, com a realização dos atos necessários, ou, quando depender de ato da parte, deverá o dirigente do processo convidar o sujeito processual que deva praticar o ato. Essa – cabe adiantar – é uma modalidade de gestão formal, na medida em que preserva o processo para assegurar a concreção do princípio da primazia do julgamento de mérito e, nessa

perspectiva, não alcança o “coração do processo” (a satisfação do fim do processo), mas apenas o mantém vivo para que, ao final, cumpra essa finalidade.

Na Exposição de Motivos à Proposta de Lei n.º 113/XII, da qual originou o atual Código de Processo Civil português, consta expressamente o reforço do poder de direção do processo pelo juiz, a manutenção do princípio da adequação formal e adoção do princípio da gestão processual:

Mantém-se e reforça-se o poder de direcção do processo pelo juiz e o princípio do inquisitório (de particular relevo na eliminação das faculdades dilatórias, no ativo suprimento da generalidade da falta de pressupostos processuais, na instrução da causa e na efetiva e ativa direcção da audiência). Mantém-se e amplia-se o princípio da adequação formal, por forma a permitir a prática dos actos que melhor se ajustem aos fins do processo, bem como as necessárias adaptações, quando a tramitação processual prevista na lei não se adéque às especificidades da causa ou não seja a mais eficiente. Importa-se para o processo comum o princípio da gestão processual, consagrado e testado no âmbito do regime processual experimental, conferindo ao juiz um poder autónomo de direcção ativa do processo, podendo determinar a adopção dos mecanismos de simplificação e de agilização processual que, respeitando os princípios fundamentais da igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável. No entanto, não descurando uma visão participada do processo, impõe-se que tais decisões sejam antecedidas da audição das partes⁷¹.

Evidente, pois, que a gestão processual, ao lado de ser um dever, é também um princípio processual – ou seja, representa uma regra estruturante do processo civil ou uma “norma quase intangível” –, sendo tratada como tal no plano normativo.

Curiosamente, nos apontamentos sobre a “ideia de gestão processual” – considerada um dever ou conduta vinculada do juiz, mais do que um princípio – a comissão de magistrados designados pelo Conselho Superior da Magistratura para emissão de parecer sobre o Código de Processo civil de Portugal quando ele era apenas um projeto, nega à gestão os atributos próprios de um princípio:

Gestão processual é a direcção activa e dinâmica do processo, tendo em vista, quer a rápida e justa resolução do litígio, quer a melhor organização do trabalho do tribunal. A satisfação do dever de gestão processual destina-se a garantir uma mais eficiente tramitação da causa, a satisfação do fim do processo ou a satisfação do fim do acto processual. Mais do que um princípio, a gestão processual é um dever. O juiz está vinculado a bem dirigir o processo, estando a gestão processual, acima de tudo, integrada num

⁷¹Proposta de Lei n.º 113/XII (Portugal), p. 7. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

seu dever constitucional – o dever de jurisdição. A gestão processual é um instituto puramente instrumental, sempre subordinado à satisfação dos princípios estruturantes do processo civil, não se devendo com estes confundir. Afigura-se-nos, pois, ser mais correcto qualificá-la de dever, e não de princípio. Esta qualificação enfatiza quem é o destinatário da norma, deixando bem claro que não estamos perante um princípio superior e genérico do processo, mas sim perante um dever “prosaico”, uma ferramenta da qual o juiz deve permanentemente lançar mão, sempre com respeito pelos princípios estruturantes do processo civil⁷².

Essa visão restritiva do princípio da gestão processual – reduzido à condição de instituto puramente instrumental e de dever banal ou corriqueiro do juiz – chama mais a atenção em razão de sua fonte, representativa da magistratura (Conselho Superior da Magistratura). A posição adotada no parecer deixa entrever que a magistratura não quer exercer o poder-dever da gestão processual (pelo menos não em sua plenitude, nomeadamente o seu aspecto material), ou, no mínimo, não pretende emprestar-lhe a dignidade de princípio, de um valor significativo para realizar o fim maior do processo: a justa composição da lide.

Na doutrina de Sousa (2013, pp. 10-14), a gestão processual – não obstante a sua qualificação como princípio – possui perfil meramente formal, virada para o “poder de direcção do processo”, na vertente da promoção das diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, e para o “poder de correção”, quando a lei autoriza o juiz a recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório. Na perspectiva desse doutrinador, o juiz exerce, fundamentalmente, poderes funcionais de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio (Sousa, 1997, pp. 65-67).

Na Lei n.º 1/2000 da Espanha (*Enjuiciamiento Civil*), “são praticamente inexistentes os poderes de direcção material do juiz e amplas as garantias conferidas às partes” (Mendonça, 2007, p. 96), porque “não se entende razoável que incumba ao órgão jurisdicional investigar e comprovar a veracidade dos fatos alegados”⁷³. Na lógica da restrição dos poderes de direcção do juiz, há, sempre presente, uma preocupação com o autoritarismo judicial, na medida em que “[...] o espaço da moral subjectiva do juiz é o espaço do arbítrio, o qual será tanto maior quanto menor for o sistema de garantias processuais” (Mendonça, 2007, p. 96).

A gestão processual – nos seus aspectos formal e material – não é propriamente um tema novo no estudo do processo civil e, menos ainda, algo pacífico, porquanto o seu real alcance desperta – e certamente continuará a despertar – grande controvérsia.

⁷²Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre a Proposta de Lei n.º 113/XII, p. 14.

⁷³Exposição de Motivos, nº VI, da nova Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha.

Cappelletti (2001, p. 101), de longa data, reconhece que o juiz dispõe de poderes de “direção material do processo”, nomeadamente pelo desempenho dos deveres de consulta e auxílio e de iniciativa oficiosa da prova:

Em alguns sistemas nacionais, começando pelo austríaco de 1895 para chegar ao federal suíço de 1947, confia-se ao juiz também o poder o qual se denomina direção material do processo (*materielle Prozessleitung*); isto significa que o juiz, mesmo estando vinculado a julgar sobre demanda e dentro dos limites da demanda das partes (*ne iudex judicet ex officio; ne eat iudex ultra petita partium*), pode, contudo, tomar certas iniciativas que têm geralmente caráter auxiliar; pode assumir, por exemplo, de ofício certas provas com o objetivo de indagar sobre os fatos alegados por uma parte, ou pode tomar presente uma parte que sua demanda não está motivada regularmente, ou que poderia se formular uma exceção, e assim sucessivamente. Tal movimento revolucionário de reforma não podia deixar de refletir-se, obviamente, também no campo das provas. Aqui houve o fenômeno da fusão, mais ou menos completa, do sistema escolástico da prova legal, com o conseqüente surgimento dos princípios da livre valoração judicial das provas, e da relação direta e imediata entre o juiz e as fontes de prova (partes, testemunhas, coisas).

Na visão de Mesquita (2015, pp. 82-83), a “[...] gestão reparte-se tanto por poderes de direção formal, como por poderes de direção material ou substancial.” Expõe que “[...] a gestão, por um lado, reveste uma finalidade puramente processual: a celeridade (a resolução do caso dentro de um ‘prazo razoável’), mas, por outro lado, tem um objectivo bem mais ambicioso e profundo: a justa composição do litígio”, o que “[...] significa que a gestão tem uma dimensão material”, ou seja, “[...] o juiz – num processo assente numa ideia de cooperação – deve interferir no processo, a fim de alcançar não apenas a celeridade, mas uma composição materialmente justa dos interesses conflitantes”. No entendimento de Matos (2010, p. 125), a eficiência do processo resulta não apenas de mudanças das regras processuais, mas também da atuação judicial, o que pressupõe uma “mutação do tradicional papel do juiz de terceiro imparcial e distante a interveniente activo na gestão do litígio”.

No Brasil, a gestão processual não recebe da doutrina, em geral, um tratamento digno de princípio, sendo normalmente entendidos os atos de direção do processo a cargo do juiz como reflexo do cumprimento de seu dever funcional. No direito positivo, o poder-dever de direção restou expresso timidamente – ou de maneira contida – no art. 139, que se limitou a dizer que “o juiz dirigirá o processo” nos termos previstos no Código de Processo Civil. Essa excessiva timidez normativa resulta, obviamente, do receio – da desconfiança – quanto ao autoritarismo judicial, que pode surgir do ativismo do juiz. É tão evidente a preocupação com

o autoritarismo judicial que a omissão em se reconhecer mais poderes-deveres ao juiz é inquestionavelmente deliberada, na medida em restou rechaçada a proposta legislativa que previa, por exemplo, a adequação formal ou procedimental (inciso V do art. 107 do PLS nº 166/2010)⁷⁴, inspirada, certamente, na experiência portuguesa. Nesse sentido, talvez não seja inteiramente injustificado o apelido que boa parte dos juízes brasileiros deram ao novo Código de Processo Civil: “o CPC dos advogados”.

No fundo, essa situação representa o renascimento da velha discussão ideológica entre o garantismo-privatista (liberal) e o ativismo-publicista (social), apenas com uma roupagem diferente. Esses modelos, aplicados de maneira plena ou exclusiva, revelaram-se insuficientes ou inadequados na linha histórica da ciência processual civil, de modo que nenhum deles pode ser considerado “padrão ou medida do processo civil contemporâneo”, na expressão do intangível mestre Theodoro Júnior (2018, p. 444). O citado processualista, ao lado de reconhecer a gestão do processo pelo juiz, desenvolve um lindo e envolvente discurso que indica a adoção do contraditório pleno (dinâmico) e acrescido da cooperação, da exigência rigorosa de fundamentação adequada das decisões e, se necessário, da via recursal como formas para se combater o autoritarismo judicial⁷⁵.

Não se pode dizer, no entanto, que com a supressão da previsão expressa do poder-dever de adequação formal – que constava do projeto de lei – tenha o diploma processual civil brasileiro repudiado a gestão processual – tanto formal quanto material – e, menos ainda, que segue o modelo liberal ou privatista – ou garantista-privatista – de processo (é verdade que ele “flerta” com esse modelo em alguns pontos, numa aparente recaída, como, por exemplo, nos

⁷⁴Senado Federal (Brasil). Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&disposition=inline>>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

⁷⁵“É preciso não confundir ativismo judicial com gestão do processo pelo juiz. Não se pode, realmente, tolerar o juiz que se torna advogado de uma das partes, diligenciando ostensivamente pela defesa de seus interesses, de maneira desleal e desigual em relação ao tratamento dispensado ao outro litigante. Imparcialidade, em processo, quer dizer igualdade no modo de velar pelo exercício dos direitos e garantias de ambas as partes. A busca da verdade das alegações dos litigantes não é tarefa apenas deles; é missão também do juiz, a quem cabe fazer justiça aos contendores, e não se consegue fazer justiça ao arrepio da verdade. Logo, tanto ou mais que as partes, o juiz tem de buscar, pelas provas, a apuração da verdade que interesse à justa composição do litígio, missão suprema do Poder Judiciário. Afirmar que ao Judiciário compete apenas compor os conflitos e não fazer justiça é desconhecer os fundamentos e os fins do atual Estado Democrático de Direito e, dentro dele, as garantias constitucionais do acesso à justiça e do processo que o instrumentaliza. O autoritarismo judicial não se combate suprimindo as iniciativas do juiz na busca da composição justa dos litígios, mas por meio de mecanismos democráticos como o do contraditório pleno enriquecido pelo princípio da cooperação, pela exigência rigorosa de adequada fundamentação dos decisórios, e pelo seu controle e censura das partes, por meio da garantia do duplo grau de jurisdição. A nosso ver e salvo melhor juízo, o garantismo por que anseia a sociedade democrática de nosso tempo não é o que afasta o juiz da preocupação pelo destino do processo, mas aquele que assegura seu comando firme à frente do processo, imparcial mas não indiferente à justiça do provimento a ser produzido, sempre dentro do clima de efetiva cooperação entre todos os sujeitos da relação processual” (Theodoro Júnior, 2018, p. 447).

chamados dos “negócios processuais” – art. 190). Com efeito, não obstante a ausência da clareza utilizada no sistema português, o CPC/BR (2015) adotou, sim, a gestão processual e a sua disciplina implícita, extraída da interpretação do “conjunto ou do contexto da própria lei”, denota o seu valor de princípio – de elemento estruturante do processo, que lhe dá sustentação –, com a missão de atingir a finalidade legalmente eleita: a justa composição da lide.

Essa certeza advém de inúmeras previsões contidas no CPC/BR, donde se recolhe: (i) o direito das partes de obter em prazo razoável a solução integral do mérito (se há um direito, naturalmente existe alguém que deve adimplir esse direito; esse alguém é necessariamente o juiz, que deve assegurar a tutela do direito no prazo razoável, vale dizer, proporcional à complexidade e às particularidades da causa, talvez não necessariamente célere), representando esse dispositivo um dever de gestão procedimental ou formal (art. 4.º); (ii) a obrigação de cooperação atribuída a todos os sujeitos do processo – e o juiz é inegavelmente um sujeito do processo – para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6.º), reprisando, assim, o dever de gestão procedimental ou formal no sentido de assegurar decisão em tempo razoável e, ainda de maior valor, a justa e efetiva solução do litígio, que pressupõe o exercício da gestão material (a justiça e efetividade da decisão de mérito exige o prévio descobrimento da verdade dos fatos subjacentes ao litígio, apurados por iniciativa das partes ou do juiz); (iii) o dever de convite ao aperfeiçoamento da petição inicial (art. 321), com indicação precisa do que deve ser corrigido ou complementado (autêntico ato de gestão formal); (iv) a flexibilização na interpretação do pedido, em relação ao qual prevalecerá o “conjunto da postulação” e a boa-fé (§ 2º do 322), o que tem impacto direto no *thema probandum* ou, noutras palavras, sobre os fatos em que se funda o pedido ou a defesa e, por isso, são necessários – úteis e pertinentes – ao julgamento do mérito (arts. 369 e 370), assim como repercute nos limites da sentença (arts. 141 e 492); e, por último, na iniciativa oficiosa da prova para o apuramento da verdade dos fatos (art. 370) e, também no domínio da prova, “poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso” (inversão do ônus da prova - § 1º do art. 373), atos que constituem gestão material.

Enfim, do agrado ou contra a vontade de muitos, o princípio da gestão processual – nas suas duas vertentes – é uma realidade no sistema processual civil brasileiro.

3.3.9.1. Os poderes do juiz e a aproximação das “famílias” do *common law* e do *civil law*

Daquilo que se estudou até agora, é seguro dizer, à partida, que a atuação do juiz no processo civil moderno – no modelo constitucional e democrático – em nada se assemelha ao arquétipo idealizado e apreciado pelos garantistas-privatistas e nem àquele que apregoam os ativistas-publicistas. Nem mesmo a utilização da tradicional classificação dos sistemas jurídicos representados pelas famílias jurídicas do *common law*, associado ao *adversary system* nos ordenamentos anglo-saxônicos, e do *civil law*, relacionado ao inquisitório (ou inquisitivo) nos sistemas romano-germânicos, auxiliam no enquadramento em um ou outro modelo extremado de processo (privatista ou liberal e publicista ou social).

No *adversary system* – ou sistema adversarial –, tradicionalmente a condução do procedimento e a atividade probatória situam-se no domínio das partes, subordinam-se à vontade dos litigantes, em contraposição à inércia judicial.

No sistema inquisitorial, por outro lado, o juiz, em regra, possui poderes vinculados – deveres – de condução do procedimento e de participação na atividade probatória.

Esses modelos, no entanto, não são estáticos e nem se mantêm genuínos; ao contrário, são muito comuns as experiências de aproximação de uma “família jurídica” em relação a outra e, por vezes, distanciam-se da sua própria “família”, na incessante evolução do direito, num movimento que acompanha *pari passu* as transformações sociais ao longo do tempo.

Moreira (2000, p. 153), ao discorrer sobre o Código de Processo Civil inglês de 1999 (*Rules of Civil Procedure – RCP*), definiu resumidamente o sistema adversarial clássico nos seguintes termos:

[...] a quinta-essência de tal modelo consiste, em última análise, no maior relevo atribuído ao papel das partes, em comparação com o do órgão judicial, relativamente ao controle exercido sobre o processo. No presente contexto, merece realce o ponto, sobretudo, no que concerne à atividade probatória e ao andamento do feito antes da sessão de julgamento (*trial*) – uma e outro deixados até há pouco, em medida larguíssima, à discricção dos litigantes (*rectius*: seus advogados).

Sim, a Inglaterra distanciou-se do modelo *common law* tradicional – há quem enxergue a sua desfiliação desse sistema –, ou pelo menos abrandou os seus excessos, o que explica a ponderação relativa à linha do tempo – “deixados até há pouco” – utilizada por Moreira (2000). No sistema inglês atual, a condução do procedimento ou da marcha procedimental e, ainda, a atividade probatória não estão mais entregues à exclusiva vontade dos litigantes; deles – do procedimento e da atividade probatória – também participa o juiz. Essa mudança, no entanto, não aconteceu abruptamente; ela é resultado de longa e gradativa evolução, como de resto

acontece com praticamente qualquer transformação. O direito inglês já havia abandonado quase que inteiramente a tradição de submeter ao júri – juízes de fato – o julgamento de matéria civil e o seu sistema de justiça padecia de males muito comuns em outros países: a “excessiva lentidão, custo exorbitante, desnecessárias complexidades e consequentes incertezas” (Moreira, 2000, p. 149). O tempo médio para se obter uma decisão de primeira instância era, no ano de 1990, de praticamente 3 anos e o custo para demandar era proibitivo, a ponto de inviabilizar o direito de acesso à justiça, considerado “financeiramente fora de questão” para a maioria da população, especialmente daqueles não beneficiados com a assistência judiciária.

No sistema atual – após a ruptura com o modelo adversarial genuíno –, o juiz inglês possui inúmeros poderes de gestão formal do processo, consubstanciado no programa denominado *active case management*, que o legitima a, v.g., prorrogar ou abreviar prazos, salvo disposição em contrário (*rule* 3.1, nº 2, a); adiar ou antecipar audiência; suspender, no todo ou em parte, qualquer processo ou julgamento (*rule* 3.1, nº 2, b) e julgar duas ou mais causas na mesma ocasião (*rule* 3.1, nº 2, h), dentre outras, e, ainda, participa efetivamente da instrução probatória – (as *RCP* não lhe concede a iniciativa da prova, “mas decerto se lhe outorgaram amplas faculdades de controle da atividade probatória” (Moreira, 2003, p. 60), como especificar as questões para as quais deseja provas e a maneira como a prova deve ser apresentada (*rule* 3.1, nº 1), a mudança do papel do perito, que passou a ser auxiliar imparcial do tribunal (*rule* 35.3), traduzindo-se, portanto, essas faculdades – relativamente à instrução – em poderes de gestão material (de maneira contida, se comparadas com a maioria dos ordenamentos que adotam o modelo *civil law*).

De igual modo, na França:

onde por largo tempo prevaleceu sistema fortemente marcado pelo domínio das partes sobre mais de um aspecto do processo, inclusive o de que estamos tratando [o da instrução], adotou em 1975 novo *code de procédure civile*, cujo caráter inovador, no particular, se evidencia à vista do art. 10, que autoriza o juiz a ordenar *ex officio* todas as medidas de instrução legalmente admissíveis (Moreira, 2003a, p. 62).

Por outro lado, a Espanha – pertencente à “família” *civil law* –, numa completa mudança de rumo, passou a restringir a iniciativa probatória do juiz às hipóteses expressamente previstas na lei (art. 282.º da *Ley de Enjuizamiento Ley de Enjuiciamiento Civil*, nº 1 de 2000⁷⁶).

⁷⁶“Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. (art. 282 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, nº 1 de 2000). Disponível

O sistema espanhol associa o direito de ação ao princípio dispositivo no seu sentido material e considera que “não se entende razoável que incumba ao órgão jurisdicional investigar e comprovar a veracidade dos fatos alegados”⁷⁷.

Na Itália, desde o Código de Processo Penal (de 1988) já há sinais claros da opção normativa pela redução da participação do juiz na instrução do processo, preceituando que a lei estabelece os casos em que a prova é admitida *ex officio* (art. 190.º, alínea 2)⁷⁸.

O direito luso-brasileiro, contrariando a sua “família” jurídica romano-germânica, deixou-se seduzir por institutos tipicamente do *common law*: a proibição da prova obtida por meios ilícitos (Portugal, 2005, art. 32.º, n.º 8; & Brasil, 1988, art. 5º, inciso LVI) e a inquirição da testemunha diretamente pelas partes (seus advogados), sem a prévia intervenção do juiz (Portugal, 2013, art. 516.º, n.º 2; & Brasil, 2015, art. 459). Poder-se-ia argumentar que a proibição da prova adquirida ilicitamente prestigia um primado ético, que repudia todos os elementos de convicção produzidos a partir da má-fé ou de conduta desleal, e, quanto a inquirição direta da testemunha, não seria desmotivada a ponderação de que o sistema de reperguntas ou perguntas por intermédio do juiz era fonte de inúmeros protestos dos advogados, que não raramente diziam que o dirigente da audiência havia interpretado equivocadamente a indagação e transmitido ao depoente pergunta distinta da que apresentou. Olhando dessa maneira, essas mudanças são compreensíveis e racionalmente defensáveis.

O Brasil, entretanto, deixou-se influenciar muito mais: adotou, de maneira definitiva – e de direito – o sistema de precedentes⁷⁹ (a utilização da jurisprudência como fonte principal

em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017 (tradução livre).

⁷⁷Exposição de Motivos da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, nº 1 de 2000. No original: “*De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdicional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho*”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017 (tradução livre).

⁷⁸“*La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio*”. (art. 190.º, 2, do *Codice di Procedura Penale*, Decreto nº 447, de 22 de settembre de 1988). Disponível em: <<http://www.anpsvicenza.it/NORMATIVE/PPP.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

⁷⁹O modelo brasileiro, no entanto, não guarda muita semelhança com o genuíno sistema de precedentes do *common law*. Exatamente por isso, Medina (2017, p. 1.323) alerta que “Não é adequado dizer [...] que vigora entre nós modelo precedentista correspondente àquele observado no *common law*. Parece inadequado superestimar a influência do *common law*, entre nós. O entusiasmo com institutos jurídicos de outros países pode levar à sua aplicação equivocada.” O jurista apontado diz que, nas hipóteses previstas na lei, o “precedente à brasileira” surgirá formalmente a partir de um julgamento que deverá ser seguido (efeito vinculante) nos casos posteriores idênticos ao que originou o precedente, ou seja, a lei cria um modelo de “[...] ‘precedente a priori’, esse considerado pelo legislador brasileiro, que, bem se vê, nada tem a ver com o precedente de *common law*, que só é reconhecido como tal no futuro, face a interpretação e aplicação que lhe derem outros juízes.” Nesse sentido, Taruffo (2014, p. 4) ensina que “É [...] o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – ‘cria’ o precedente.” Streck (2016) foi mais contundente e crítico: “O que o CPC-2015 faz é criar provimentos

do direito), instituto com origem nas “famílias” jurídicas do *common law* (nos países anglo-saxônicos, em especial na Inglaterra, há um movimento contrário, no sentido de normatização legal do direito). No seu atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, art. 927) –, o Brasil rendeu-se à tradição anglo-saxônica ao admitir a jurisprudência como fonte principal do direito, produtora de efeitos vinculantes e gerais⁸⁰.

Barroso & Melo (2016, p. 17) esclarecem que:

A despeito da raiz romano-germânica [que possui na lei a sua principal fonte normativa] do direito brasileiro, este parece ter efetivamente assumido, com o Novo Código de Processo Civil, o compromisso de implementar e de dar efetividade a um sistema amplo de precedentes normativos, que inclui a produção de julgados vinculantes inclusive pela segunda instância.

E apontam como razões para adoção desse sistema “a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência”⁸¹ e, ainda, dizem que o sistema “contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade” (Barroso & Mello, 2016, p. 18).

Essa guinada na direção do *common law*, relativamente a incorporação do sistema de precedentes – ainda que tenha adotado um modelo peculiar e não o modelo genuíno de precedentes –, pode ser explicada a partir da leitura dos números astronômicos da litigiosidade no Brasil, que resultam, certamente, do incremento do postulado constitucional de amplo acesso à justiça, circunstância que, dentre outros problemas, provoca a redução da atenção individual que o juiz pode dar a cada processo. No encerramento do ano de 2016, as estatísticas apontam que na justiça brasileira tramitavam 79,7 milhões de processos, dos quais 29,4 milhões de ações ajuizadas somente naquele ano; em contraposição, revelam a redução da quantidade de recursos

judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva.” [...] “O antigo juiz -boca-fria-da-lei parece substituído por um juiz-boca-da-súmula ou ainda juiz-boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores.” [...] “no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente à brasileira não possui, uma vez que os provimentos vinculantes do CPC já nascem — e isso é uma jaboticaba — dotados de efeito vinculante, independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões.”

⁸⁰“No *common law*, típico dos países de colonização anglo-saxã, [...] as decisões judiciais são a principal fonte do direito e produzem efeitos vinculantes e gerais. A norma de direito corresponde ao comando extraído de uma decisão concreta, que será aplicado, por indução, para solucionar conflitos idênticos no futuro” (Barroso & Mello, 2016, p. 5).

⁸¹“O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia [e]...o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional”. (Barroso & Mello, 2016, pp. 17-18).

por quatro anos seguidos⁸² (certamente envolvendo questões pacificadas pelos tribunais), num ambiente em que a força normativa da jurisprudência era bem mais contida – em regra, tinha efeito meramente persuasivo – do que após o advento do novo CPC. Enfim, razões de ordem prática e de política judiciária, e não o encantamento ideológico, prevaleceram para a adoção do instituto dos precedentes.

Nesse quadro, a par dos pontos racionalmente positivos dessa mudança, existem pontos negativos, porquanto a verticalização da interpretação do direito iniludivelmente inibe a evolução interpretativa e a renovação do próprio direito; sequestra ou castra a criatividade do juiz de instância ordinária⁸³, com significativa redução do seu poder de decisão; tolhe o seu espírito transformador, muito comum especialmente no juiz de primeiro grau, normalmente mais jovem e idealista. Esse é o preço a se pagar.

Assim, é possível perceber que – pelos mais variados motivos – praticamente todas as nações se valem de experiências e de institutos do *common law* e do *civil law*, associando-os, assim como a maioria dos sistemas ou modelos processuais não é inteiramente liberal (privatista) ou social (publicista). Evoluem na busca constante de dar respostas satisfatórias aos constantes desafios que reclamam a intervenção jurisdicional, oriundos dos mais diferentes e renovados conflitos sociais, que experimentam mutações antes mesmo da evolução normativa. “Flertam” com um ou com outro; enamoram-se com eles, mas o importante é que no final os regimes casem-se com a justa composição do litígio.

Finalmente, cumpre esclarecer que uma vertente doutrinária cultua uma aversão ao ativismo judicial em matéria de prova e chega ao ponto de identificar sintomas de “autoritarismo” na assunção de poderes instrutórios pelo juiz, próprio da concepção publicista do processo, mas é preciso deixar claro que “inexiste relação entre privatismo e democracia e publicismo e ditadura ou qualquer outra combinação entre esses esquemas políticos” (Godinho, 2013, p. 47)⁸⁴ ou, nas palavras do maior processualista brasileiro de todos os tempos:

⁸²Relatório Justiça em Números 2017, do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

⁸³A aplicação da técnica do *distinguishing* constitui elemento de libertação da atividade criativa e interpretativa do juiz de instância ordinária, possibilitando-o a não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente (art. 489, inciso VI, do CPC/BR) quando demonstrados “[...] **padrões de distinção** entre razões de fato e/ou de direito nele consubstanciadas e o caso em exame” (Nunes & Horta, 2016, p. 307, grifo nosso)

⁸⁴Didier Júnior (2017, p. 140) não diverge dessa conclusão ao ponderar que: “[...] não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário”.

[...] o incremento dos poderes oficiais na instrução do processo está longe de constituir peculiaridade de ordenamentos processuais modelados sob diretrizes políticas autoritárias. A história e o direito comparado não permitem, na matéria, enunciar regra constante: têm-se visto, e vêem-se hoje, as mais diversas combinações. A ampla iniciativa judicial pode conviver com o autoritarismo e com o liberalismo político, do mesmo modo que com um e outro pode conviver a tendência a restringi-la ou a nulificá-la (Moreira, 2007, p. 131-138).

3.3.9.2. O negócio jurídico processual como limitador dos poderes do juiz

No Brasil, o CPC de 2015 claramente assimilou uma tendência de contratualização do processo⁸⁵, originária do direito francês (em especial, de sua jurisprudência⁸⁶), e introduziu uma inovação normativa celebrada por processualistas – não muitos, é verdade – de grande prestígio, que já defendiam de maneira entusiasmada essa possibilidade antes mesmo de sua incorporação ao direito processual civil nacional⁸⁷. Trata-se do instituto denominado “negócio jurídico processual atípico” (também chamado de “princípio do autorregramento da vontade no processo”⁸⁸) – figura jurídica não contemplada no CPC/PT –, que passou a compor o direito positivo ao lado das já existentes hipóteses de negócios processuais típicos⁸⁹.

⁸⁵“O Código de Processo Civil, alinhando-se a uma tendência desenvolvida sobretudo no direito francês, a partir da década de oitenta do século passado, abraçou francamente a contratualização do processo. Deve-se entender por essa expressão todos os acordos realizados na pendência de um processo judicial que disciplinam o modo como o magistrado deverá conduzir a tramitação da causa visando à prestação da tutela jurisdicional. Na base dessa ideia está a conclusão de que o fato de o processo ter natureza muito distante da contratual e de a atividade jurisdicional assentar raízes em pressupostos muito diversos da convenção das partes não implica supor que sejam inadmissíveis acordos em relação a certos atos processuais ou a toda tramitação do processo” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, p. 408).

⁸⁶“A grande margem de contratualização que pôde ser verificada no processo francês em alguma medida pode ser justificada pela elasticidade normativa do procedimento naquele país. Por um lado, o processo francês não se desenvolve em um procedimento com tantas preclusões rígidas, podendo adaptar-se mais facilmente à complexidade do litígio. Embora essa adaptação não ficasse sob a exclusiva batuta das partes, devendo passar pelo crivo do magistrado, foi-se paulatinamente admitindo um progressivo papel da vontade dos litigantes na fixação das regras do procedimento”. E indica o berço jurisprudencial: “[...] foi o fracasso da rigidez do procedimento e dos instrumentos de adaptação existentes que levou os juízes e tribunais a buscarem novas técnicas para assegurar maior flexibilidade” (Cabral, 2016, pp. 117-118).

⁸⁷“Se a publicização do processo ensejou indiscutíveis conquistas, o rechaço à ideia de efetiva participação das partes e da formulação de negócios jurídicos processuais, como se integrassem uma espécie de trauma epistemológico, não encontra mais lugar nesta quadra histórica” (Godinho, 2013, p. 40).

⁸⁸“O caput do art. 190 do CPC é uma cláusula geral, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio porque serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo” (Didier Júnior, 2017, p. 429).

⁸⁹A admissão dos negócios processuais, como influência direta no procedimento decorre da adoção de política de Estado de um sistema de justiça “multiportas” determinada mais por razões práticas do que ideológicas, diante do reconhecimento da insuficiência do aparato estatal para atender à crescente demanda: “[...] a crise do sistema de justiça acabou por erigir a solução consensual dos conflitos em política de Estado (art. 3º, § 2º, do NCPC), devendo ser a conciliação, a mediação e os outros métodos de solução consensual estimulados por todos os atores processuais, inclusive no curso do processo (art. 3º, § 3º, do NCPC). Adota-se um modelo de ‘justiça coexistencial’ ou ‘multiportas’, que tem por fim buscar soluções adequadas para as lides, e não apenas o seu encerramento por meio de decisão judicial.” (Cueva, 2017, p. 197).

Na doutrina brasileira, havia quem enxergava no modelo processual um publicismo exagerado e a redução da importância ou amesquinçamento do papel das partes no processo. Cabral (2016, p. 104) diz que o processo civil saiu do privatismo para o hiperpublicismo⁹⁰, na medida em que entregou a direção formal do processo “exclusivamente ao magistrado” (Cabral, 2016, p. 112) e reduziu o papel da parte a mero “provocador” da jurisdição inerte e, depois da “postulação inicial, todos (ou quase todos) os demais comportamentos das partes durante o processo seriam suplantados por interesses públicos prevalentes sobre os interesses privados” (Cabral, 2016, p. 105), ponderando que “[...] o tema das convenções processuais coloca-se no centro do debate entre os publicismo e o privatismo porque reflete a tensão entre o processo e a vontade privada dos indivíduos envolvidos” (Cabral, 2016, p. 104).

Não se olvidando de sua origem e da tensão ideológica que envolve a questão, o fato é que o art. 190.º do CPC/BR (2015) adotou a cláusula geral de admissão dos negócios processuais, que reconhece às partes, se plenamente capazes, o direito de 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, quando os direitos em questão admitirem autocomposição⁹¹.

Salta aos olhos do intérprete, de início, que o legislador outorgou às partes a adequação procedimental ou a adequação formal, representada pela possibilidade de estipular mudanças no procedimento, ajustando-o às especificidades da causa, contemplando a denominada flexibilização legal voluntária, na qual prevalecem os interesses pessoais das partes que protagonizam o processo. O curioso é que esse mesmo legislador negou ao juiz a faculdade de adequar o procedimento – flexibilização legal genérica (Gajardoni, 2018, p. 513) – (inciso V

⁹⁰Na opinião do processualista “o publicismo posicionou o juiz como figura central do processo. [...] Como o magistrado deveria perseguir os interesses do Estado, poderia fazê-lo independentemente da vontade individual e, uma vez provocada a jurisdição, a interferência das partes no processo seria mínima. Elas manteriam suas prerrogativas de definir e até renunciar ao *direito material* subjacente, mas não teriam possibilidade alguma de conformar o procedimento. Nessa toada, o hiperpublicismo, com a inflação dos poderes judiciais, levou a uma descompensada distribuição de poderes no processo. O inchaço dos poderes do magistrado, nota mais sensível do publicismo exacerbado, sufocou as prerrogativas das partes, alimentando a premissa não justificada de que a solução para o conflito judicializado só pode ser tomada pelo Estado-juiz ao aplicar normas legisladas. A função do magistrado seria uma função de soberania, de aplicação do direito objetivo, que não poderia jamais ser resultado, nem mesmo parcial, da atuação privada.” (Cabral, 2016, pp. 135-136).

⁹¹“Trata-se de novo paradigma voltado a um modelo de gerenciamento de processos que rompe o monopólio do juiz na condução do processo e enseja a gestão compartilhada do procedimento. O gerenciamento de processos, que não é disciplinado em lei, pode ser entendido como o conjunto de técnicas que buscam emprestar racionalidade à organização e ao funcionamento do sistema de justiça. O juiz, obviamente, desempenha papel central na gestão dos processos, mas as partes têm agora ampliada, por meio das convenções processuais, a possibilidade de interferir no modo e no tempo de condução do procedimento a fim de amoldá-lo às necessidades do caso concreto” (Cueva, 2017, pp. 195-196).

do art. 107 e § 1º do art. 151, ambos do PLS nº 166/2010⁹²) como se às partes – e somente a elas – coubesse escolher qual o melhor procedimento para a causa que protagonizam, como se a elas assistisse o direito de escolher a “justiça” que pretendem. É verdade que o inciso VI do art. 139.º do CPC/BR (2015) concede ao juiz o poder-dever de “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”, mas o âmbito de atuação judicial – restrito a prazos e ordem de produção das provas – é infinitamente menor do que a aparentemente ampla liberdade reconhecida às partes na adequação do procedimento. Essa discriminação – ou assimetria no tratamento – entre as partes e o juiz parece ser uma resposta ao maior ativismo judicial, ao dinamismo do papel do juiz no direito processual então vigente, em comparação à posição das partes que, na visão de alguns, eram marginalizadas ou relegadas a um plano secundário – já se disse que “não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser **coisa das partes** e praticamente passa a ser uma **coisa sem partes**” (Godinho, 2013, p. 40, grifo nosso) –, de modo que, no movimento cíclico do direito, a lei criou o ativismo das partes, talvez até desmedido, ao entregar-lhes, inclusive, a adequação procedimental⁹³. É quase inevitável, diante dessa realidade normativa, não aderir à denominação do fenômeno como neoprivatismo processual, na expressão de Moreira (2007)⁹⁴, para designar essa ressurreição do privatismo (do processo liberal)⁹⁵.

No cenário atual, há quem entenda que “o princípio dispositivo e o princípio do debate significam um limite à atividade do juiz” (Cabral, 2016, p. 145), o qual não é detentor ou titular de “todas as situações processuais ativas” (Cabral, 2016, p. 144), na medida em que “o processo

⁹²Senado Federal (Brasil). O inciso V do art. 107 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010 outorgava ao juiz o poder-dever de “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”, ao passo que o § 1º do art. 151 dispunha que “quando o procedimento ou os atos processuais a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&disposition=inline>>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

⁹³“Ao se buscar uma engenharia normativa para justificar o poder do juiz para distribuir o ônus probatório de acordo com o caso concreto, desprezando-se a norma positivada que autoriza o regramento pelas partes e, *a fortiori*, conjuntamente pelo juiz, revela-se a persistência cultural de um processo sem partes, mesmo em um momento histórico em que a cultura adquirida autoriza, recomenda e até exige o retorno das partes ao processo estatal sem que isso signifique a recusa a toda evolução conquistada com o publicismo” (Godinho, 2013, p. 54).

⁹⁴“Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de privatismo. Sejamos, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em que parecia jazer –, numa época em que o processo civil era tido e havido como ‘coisa das partes’, tomamos a liberdade de chamar-lhe neoprivatismo, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas” (Moreira, 2007, p. 101).

⁹⁵É digno de nota a “doutrina denominada de **garantismo processual**, que tem por objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado, caracterizados, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz” (Didier Júnior, 2017, p. 140, grifo nosso).

civil é pautado pela atividade das partes em equilíbrio com os poderes judiciais” (Cabral, 2016, p. 144) e as partes:

[...] como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública (Grego, 2008, pp. 290-291).

Se é certo, por um lado, que não se cogita o processo como “coisa sem partes”⁹⁶, não se concebe, por outro lado, o processo como “coisa sem juiz”, o que equivale dizer que a adequação procedimental, entregue pelo CPC/BR (2015) exclusivamente às partes, deve submeter-se ao crivo judicial. E a atuação do juiz, nesse caso, não poderá ser meramente formal ou restritiva, de simples convalidação e homologação do ajuste entre os litigantes, como se autoridade judicial fosse indiferente ou neutra à finalidade do processo (a justa composição do litígio).

Nesse contexto, não parece expressar toda a importância que o juiz deve ter no processo a previsão contida no parágrafo único do art. 190.º do CPC/BR (2015), que lhe reserva a faculdade de, a requerimento ou de ofício, controlar a validade das convenções processuais celebradas entre as partes, 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.

É indispensável que o juiz controle não só a validade e a igualdade subjacente à convenção; é preciso que o controle se estenda ao conteúdo do próprio ajuste entre os litigantes⁹⁷, recusando-lhe aplicação quando conflitar com princípios processuais fundamentais, vale dizer, quando a convenção sobre ônus, poderes (direitos), faculdades e deveres processuais violar princípios como acesso à justiça, devido e justo processo legal, amplo contraditório (na perspectiva dinâmica), igualdade substancial, paridade de armas, boa-fé, iniciativa oficiosa do

⁹⁶“O balizamento à autonomia privada deve ser fornecido pela mesma fonte que a fundamenta, isto é, a perspectiva constitucional, de modo que soa como um desvio de perspectiva pensar o processo hoje em dia sem a inclusão das partes” (Godinho, 2013, p. 51).

⁹⁷“No que tange aos poderes e faculdades das partes – leia-se, direitos das partes – é preciso examinar o acordo na perspectiva do regime da renúncia aos direitos fundamentais. Acordos que importem violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais são nulos. Acordos irrevogáveis são nulos. Acordos que envolvem a integralidade do direito são nulos. E fundamentalmente: acordos que importem renúncias sem benefício correlato proporcional são nulos” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, p. 321).

juiz em relação a prova, livre apreciação ou valoração da prova, dentre outros⁹⁸. Enfim, a autonomia das partes condiciona-se “à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito” (Grego, 2008, p. 292), dentre outros requisitos, sujeitos a controle judicial⁹⁹.

Desse controle não escapam a revelia – um ato-fato caducificante e, como tal, um negócio processual (Didier Júnior, 2017) – ou mesmo a transação – negócio processual típico –, porque o juiz pode, na primeira hipótese, negar aplicação aos efeitos da ficção legal e ordenar a instrução do processo – exercitar o poder de iniciativa probatória – para extrair, com segurança, a sua convicção, e, na segunda hipótese, pode recusar a homologação do acordo – e extinguir o processo –, se ele contrariar, por exemplo, o princípio da boa-fé, como ocorre no litígio simulado, tema brilhantemente abordado por Freitas (2013)¹⁰⁰. Essa situação, com a qual já se deparam os tribunais, é reveladora da real dimensão do controle que o juiz deve exercer sobre os negócios processuais.

⁹⁸Confira-se, v.g., os Enunciados 36 e 37, respectivamente, da ENFAM, aprovados por ocasião do seminário **O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil**: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei”. “São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação”. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

⁹⁹“O juiz tem o dever de controlar a validade dos acordos processuais, seja quando indevidamente incidem sobre os seus poderes (porque os acordos não podem incidir sobre os seus poderes), seja quando incidem sobre os poderes das partes indevidamente (porque sua incidência não pode violar a boa-fé e a simetria das partes). Em sendo o caso, tem o dever de decretar a respectiva nulidade. A validade dos acordos processuais está condicionada à inexistência de violação às normas estruturantes do direito ao processo justo no que tange à necessidade de simetria das partes. Quando o art.190, parágrafo único, CPC, fala em ‘nulidade’, ‘inserção abusiva em contrato de adesão’ ou ‘manifesta situação de vulnerabilidade’, ele está manifestamente preocupado em tutelar a boa-fé (art. 5.º, CPC) e a necessidade de paridade de tratamento no processo civil (art. 7.º, CPC)” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, p. 321)

¹⁰⁰“A função do processo civil seria frustrada se às partes fosse consentido ficcionar a existência dum litígio inexistente para obter uma sentença que, aparentemente tutelando direitos ou interesses legalmente protegidos, na realidade proporcionasse a obtenção dum resultado proibido por lei ou o engano de terceiros sobre as situações jurídicas das partes. A lei contém, por isso, dispositivos que visam evitar o desvio da função processual por via da simulação ou fraude. Tem lugar a simulação processual quando as partes, de comum acordo, criam a aparência dum litígio inexistente para obter uma sentença cujo efeito apenas querem relativamente a terceiros, não entre si. Tem lugar a fraude processual quando as partes, de comum acordo, criam a aparência dum litígio para obter uma sentença cujo efeito pretendem, mas lesa um direito de terceiro ou viola uma lei imperativa. A simulação do litígio, comum a ambas as figuras, passa quase sempre, mediante prévio acordo entre as partes, entre si concluídas, pela alegação não contraditada ou apenas ficticiamente contraditada, dum versão fictícia não correspondente à realidade [...] Quando o juiz se aperceba da simulação ou da fraude processual, deve obstar ao objetivo anormal prosseguido pelas partes (art. 612.º), anulando oficiosamente o processo” (Freitas, 2013, pp. 50-53).

Na jurisprudência, o fenômeno da simulação processual não é desconhecido, em especial para fraudar a lei em prejuízo de credor com garantia real, como também são reconhecidos os poderes judiciais de controle da vontade privada nesses casos:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA - CONLUIO - FRAUDE - SIMULAÇÃO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. Ação rescisória movida pelo Ministério Público do Trabalho, na qual resta evidenciado terem as partes engendrado ação trabalhista, utilizando-se do processo judiciário com o intuito manifesto de, em fraude à lei, constituir título executivo privilegiado, em detrimento de direitos de terceiros. A relação de parentesco próximo entre o reclamante e a reclamada na ação trabalhista originária – respectivamente, pai e filho – indica, concomitantemente com outros elementos de convicção, entre eles o desinteresse da executada na sua defesa, a colusão, que reclama desconstituição mediante rescisória. Pleito rescisório nos termos do art. 485, inciso III, do CPC, acolhido pelo juízo a quo, com a desconstituição da sentença de conhecimento proferida nos autos da reclamatória trabalhista e novo julgamento com extinção do processo, a teor do disposto no art. 129 do CPC. Recurso ordinário conhecido e desprovido (Brasil, 2011, ROAR 23005320085100000 2300-53.2008.5.10.0000).

AÇÃO RESCISÓRIA. COLUSÃO. FRAUDE À LEI. RECLAMATÓRIA SIMULADA EXTINTA. “AÇÃO RESCISÓRIA. COLUSÃO. FRAUDE À LEI. RECLAMATÓRIA SIMULADA EXTINTA. A decisão ou acordo judicial subjacente à reclamação trabalhista, cuja tramitação deixa nítida a simulação do litígio para fraudar a lei e prejudicar terceiros, enseja ação rescisória, com lastro em colusão. No juízo rescisório, o processo simulado deve ser extinto” (OJ 94, da SBDI-2, do TST) (Brasil, 2010, 54200900018003 GO 00054-2009-000-18-00-3).

Não é, portanto, absoluta a autonomia da vontade privada manifestada antes ou durante o processo. É preciso deixar claro, também, que a autonomia da vontade das partes não pode atingir faculdades que a lei não lhes assegura, porque:

Em um processo cuja validade é submetida à cláusula do direito ao processo justo (Brasil, 1988, art. 5.º, LIV), os acordos processuais não podem incidir sobre os poderes do juiz, notadamente aqueles vocacionados à verificação da veracidade das alegações de fato, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa. Daí que os acordos processuais não podem ter por objeto os poderes do juiz (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, pp. 320-321).

Esse equilíbrio entre os poderes do juiz e os direitos que decorrem da autonomia da vontade das partes é essencial, mesmo num processo com características de contratualização. É que o processo justo e democrático não convive bem com o amesquinamento do papel das partes e nem o do juiz, de modo que os negócios processuais devem ser interpretados como ato

de cooperação das partes no processo –“ao lado dos princípios do contraditório e da boa-fé, um dos fundamentos legitimadores da gestão compartilhada do procedimento, na medida em que romperia a dicotomia entre os modelos dispositivo e inquisitivo e ensejaria um modelo de processo cooperativo” (Cueva, 2017, p. 197) –; e, se é assim, os negócios processuais podem ser admitidos mesmo em sistemas que não possuam no seu ordenamento previsão expressa dessa cláusula geral, como é o caso de Portugal. Não se pode esquecer, jamais, que “o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade” (Moreira, 2003b, p. 40).

Daquilo que se expôs, é possível dizer que os negócios processuais não limitam os poderes do juiz¹⁰¹; a colaboração das partes, por meio de convenções processuais, representa um contributo para a prestação jurisdicional num ambiente democrático e legitimado da própria atuação do Judiciário¹⁰², preocupado em assegurar os interesses privados das partes (objeto da lide) e, ao mesmo tempo, preservar o interesse público na justa composição do litígio, de modo que, ao invés de limitar os poderes judiciais, o negócios processuais potencializam esses poderes, no cumprimento da missão constitucionalmente reservada à atividade jurisdicional¹⁰³.

É necessário alertar, no entanto, que não parece ser muito plausível esperar que, no ambiente conflitual que antecede a demanda ou mesmo no curso da ação, tenham as partes disposição para celebrar negócios processuais, os quais pressupõem algum tipo de concessão, ainda que de ordem puramente processual. Nesse cenário, as expectativas de efetiva contribuição são bastante reduzidas, cedendo lugar a justificável ceticismo quanto a sua aplicação prática.

3.3.9.3. A gestão processual e suas espécies

No início deste trabalho, já se disse que a gestão processual não é um consenso, tanto em relação ao seu alcance – puramente formal ou também material – quanto a titularidade do seu exercício – o juiz ou as partes, estas últimas por meio de convenção (contratualização) –, e,

¹⁰¹Godinho (2013, p. 85), ao estudar os negócios processuais no Brasil, diz que: “[...] a evolução cultural da teoria processual brasileira permite a convivência democrática da autonomia das partes com os poderes do juiz, não havendo espaço para sectarismos e maniqueísmos no fundamental debate envolvendo a divisão do trabalho entre os sujeitos do processo”.

¹⁰²Na opinião de Cadiet (2012, pp. 6/35), negócio processual ou a contratualização do processo “contribuiria simplesmente a facilitar a aceitação social da atividade jurisdicional outorgando-lhe maior legitimidade; seria contribuir a reforçar os vínculos sociais” (tradução livre). No original: “*contribuiria simplemente a facilitar la aceptación social la actividad jurisdiccional otorgándole mayor legitimidad; sería contribuir a reforzar los vínculos sociales*”.

¹⁰³“A aceitação de que a jurisdição não deva se satisfazer tão somente com o escopo jurídico, mas também social, econômico e político, passou a demandar do juiz uma atuação bem diferente daquela afastada e despreocupada com a qualidade da prestação jurisdicional” (Neves, 2010, p. 2).

menos ainda, não é pacífico o tratamento da gestão como uma máxima processual, entendida como princípio, como valor do próprio processo e para o processo.

Sousa (2013, p. 1) pondera que “a atribuição ao juiz de poderes de gestão processual insere-se na tendência para substituir um processo rígido por um processo flexível resultante de uma decisão discricionária do juiz” e conclui que “nas ordens jurídicas anglo-saxónicas, a gestão processual inclui-se no chamado *case management*” (grifo nosso), enxergando, no sistema processual civil português, a concessão ao juiz de poderes de “direção do processo”, de “correção do processo” e de “sanação da inadmissibilidade do processo” (Sousa, 2013, p. 2).

É inevitável admitir que “o dever de gestão processual constitui um tema de abordagem difícil” (Alexandre, 2013, p. 1), porque representa uma experiência relativamente recente em muitos sistemas processuais, marcados historicamente, no mais das vezes, por procedimentos normatizados de forma rígida e repletos de preclusões, de modo que, nesse cenário, é natural a perplexidade, a incompreensão e a negação de sua existência. Bem por isso, Alexandre (2013, p. 4) disse que a gestão processual “parece não passar de uma espécie de tema da moda, que não se sabe exactamente o que é, para que serve e por que motivo entrou na discussão” [da reforma processual portuguesa]. Gouveia (2013, p. 598), comentando a proposta de lei que resultou no Código de Processo Civil de Portugal, assentou que “a gestão processual, que poderia ser encarada como um elemento motor da mudança, encontra sinais contraditórios no diploma”.

Embora não seja tarefa fácil, é possível – e necessário – desbravar o processo civil em busca do princípio da gestão processual, “garimpar” a sua existência e investigar o seu alcance e os seus limites.

Del Claro (2009, p. 175), num estudo comparado entre o processo civil tedesco e o brasileiro (ainda sob a vigência do CPC/1973), classifica a direção do processo em formal e material. Na opinião desse processualista, “a direção formal do processo é necessária e não controversa”, relacionando-a à atividade burocrática de impulso do procedimento, de sua condução “desde a propositura da demanda até a entrega da tutela do direito da parte” (Gajardoni, 2018, p. 502). Nos dias atuais – sob a vigência do CPC/BR (2015) –, a gestão formal, no Brasil, apresenta uma característica cooperativa ou participativa entre o juiz e as partes, a partir da positivação dos negócios processuais, que legitimam os litigantes a convencionarem sobre a adequação do procedimento, submetendo-se essa convenção – sempre – ao controle judicial; a “condução formal por vezes se mistura com a condução material” e as

duas “têm uma importância vital na proteção dos direitos processuais das partes” (Del Claro, 2009, p. 175).

Por outro lado, a gestão – ou direção – material, de origem atribuída à reforma processual civil germânica de 1924 e, atualmente, prevista no § 139 do ZPO¹⁰⁴, em vigor desde 2002, é marcada pelo ativismo do juiz, que “participa do processo e busca, da melhor maneira possível, fazer com que as partes obtenham aquilo que elas próprias se dispuseram a obter mediante o processo” (Del Claro, 2009, p. 176), de modo que ao magistrado incumbe auxiliar as partes a tornar o processo efetivo, alertando-as sobre questões: (i) fáticas, por meio de solicitação de esclarecimento de fatos alegados, porém não explorados, e pela adoção da iniciativa probatória relativamente às alegações; e (ii) jurídicas, chamando a atenção para aspectos jurídicos não abordados pelas partes, sem comprometer a sua imparcialidade, com

¹⁰⁴“§ 139 - Condução material do processo. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito”.

respeito aos direitos processuais das partes e sem excluir os ônus legalmente atribuídos aos litigantes¹⁰⁵, não violando, assim, o princípio do dispositivo¹⁰⁶.

3.3.9.4. Da gestão formal

A gestão formal (ou direção formal) insere-se no domínio do procedimento – instrumento que é da tutela do direito material que está na base do litígio – e o juiz, na condição de titular de “um dos poderes constitucionais inerentes à soberania estatal” (Theodoro Júnior, 2018, p. 883), tem o poder-dever de conduzir a bom termo o procedimento e, com isso, cumprir a função jurisdicional constitucionalmente a ele atribuída. E a condução do procedimento, na qual se situa a gestão formal, deve ser orientada, sobretudo, pelos princípios do contraditório, da cooperação, da não-surpresa e da primazia da decisão de mérito.

Didier Júnior (2017, p. 146), na perspectiva de um processo cooperativo, enxerga um dever de prevenção [variante do dever de proteção] atribuído ao juiz – “o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas” –, com um significado amplo e genérico, potencialmente aplicável a “todas as situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (Didier Júnior, 2017, p. 146),

¹⁰⁵“O juiz que dirige materialmente o processo atua claramente em favor da justiça processual. Não há aí um interesse em se obter um determinado resultado, mas sim um interesse claro de que o processo não ignore a vontade e a autonomia das partes. O juiz dirige materialmente o processo quando respeita e faz respeitar os direitos processuais das partes, inclusive alertando-as sobre a existência desses mesmos direitos, caso isso não seja prontamente percebido. É importante perceber que a direção material do processo não fomenta uma competição ou uma desavença entre o juiz e as partes. A atividade das partes não compete e não exclui a atividade judicial [...]”. “[...] É falsa a idéia – sustentada por Wassermann – de que com a direção material fica diminuído o princípio dispositivo”. “[...] A partir do texto do § 139 se percebe claramente que se trata de um dever judicial e, logo, de uma conduta não opcional por parte do juiz. Ou ele cumpre os deveres impostos pela lei, ou ele causará nulidades no processo, impossibilitando a obtenção da justiça processual – e conseqüentemente da justiça material. Um segundo ponto importante é que o juiz deve chamar a atenção das partes tanto para questões fáticas quanto para pontos de vista jurídicos. No que se refere aos fatos, ele conduz materialmente o processo de duas formas: ou pedindo esclarecimentos de fatos alegados mas não explorados, ou propondo de ofício a produção de provas de tais alegações. Quanto aos pontos de vista jurídicos, ele deve, obrigatoriamente, chamar a atenção das partes com relação aos pontos de vista jurídicos não explorados pelas partes. Ambas as medidas estão englobadas num dever geral negativo de proibição de decisões surpresa. A proibição contra decisões surpresa é parte importante do direito processual constitucional, compondo o direito a um processo justo previsto no art. 103 I da GG”. “[...] O § 139 não transforma o juiz em inquisidor. Ele é apenas o conselheiro das partes e um incentivador de suas atividades. É por isso que se fala em um dever judicial de aviso e não em dever judicial de instrução.” “[...] O juiz atua como conselheiro, mas a parte não é obrigada a aceitar o conselho”. “[...] Em defesa da liberdade das partes, é correto afirmar que o dever judicial de esclarecimento das questões de fato e de direito se encerra com a consulta às partes. Se estas não quiserem ou nada tiverem a dizer, tem-se por cumprido o dever de direção material do processo” (Del Claro, 2009, pp. 177-180).

¹⁰⁶“O juiz atua para que a vontade das partes se realize, e não para que a sua própria vontade se realize”. “[...] O juiz trata as partes como indivíduos capazes e que usam o processo como meio de solução de conflitos. Ele não tenta se substituir às partes e não tenta chegar a um resultado por elas não querido. Por outro lado, ele conduz o processo e guia às partes para que elas consigam atingir todos os objetivos por ela pretendidos” (Del Claro, 2009, p. 192).

nomeadamente a “explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação pela parte” (Didier Júnior, 2017, p. 146). No fundo, a gestão formal exercida – de maneira cooperativa – pelo juiz representa a atuação dos poderes-deveres de inquisitorialidade (Portugal, 2013, art. 411.º e 986.º, n.º 2), de esclarecimento (Portugal, 2013, art. 7.º, n.º 2), de consulta (Portugal, 2013, art. 3.º, n.º 3), de prevenção (Portugal, 2013, art. 590.º, n.º 2, al. *b*) e art. 591.º, n.º 1, al. *c*) e de auxílio (Portugal, 2013, art. 7.º, n.º 4, art. 418.º, n.º 1 e art. 754.º, n.º 1, al. *a*) a que se reporta Sousa (2015)¹⁰⁷.

Jauernig (2002, p. 141) ensina que, no processo civil alemão, há o dever judicial de esclarecimento (§ 139.º do ZPO), ou seja, “não sendo o **pedido** suficientemente claro ou achando-se juridicamente formulado de modo não impecável, o tribunal tem de determinar o que o autor quer propriamente alcançar” e “em casos **excepcionais** o tribunal é obrigado a sugerir uma possível e objetivamente aconselhável **alteração das alegações ou do direito**, por ex., a modificação do pedido” (Jauernig, 2002, p. 142, grifo nosso).

No direito brasileiro, a prevenção – que decorre da gestão formal – é especialmente contemplada nos arts. 76, *caput*, 321, 932, parágrafo único, 1.017, § 3º, e 1.029, § 3º, todos do CPC/BR (2015). O art. 321 é o mais explícito deles, ocupando-se em dizer, de maneira peremptória, que o juiz deve determinar ao autor a emenda à petição inicial se verificar que esse articulado não preenche os requisitos legais (previstos nos arts. 319 e 320) ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito.

No sistema luso-brasileiro, a gestão formal também é exercida por meio da direção de audiências (Brasil, 2015, arts. 358 e segts.; & Portugal, 2013, arts. 591.º, 599.º, 602.º e 604.º), com a tentativa de conciliação das partes e, se necessário, a colheita direta e pessoal de provas (Brasil, 2015, art. 459, § 1º; & Portugal, 2013, art. 516.º, n.º 2) ou a supervisão e controle das

¹⁰⁷O eminente processualista português destaca que os “deveres de inquisitorialidade, de prevenção, de esclarecimento, de consulta e de auxílio não contrariam o princípio da imparcialidade do juiz (cf. art. 115.º e 119.º) se essa colaboração tiver um carácter complementar ou corrector da actividade da parte. O juiz não perde a sua imparcialidade pela circunstância de colaborar com qualquer das partes na remoção de incoerências, obscuridades, ambiguidades ou lacunas nas suas peças, na aclaração das questões por elas suscitadas ou na concretização de um pedido genérico (cf. art. 556.º, n.º 1), mesmo que essa colaboração se traduza, na prática, na diminuição das hipóteses de ganho de causa pela contraparte. O que é indispensável é que a colaboração do juiz seja realizada sem quebra da sua imparcialidade, isto é, seja fornecida a ambas as partes, em caso de necessidade, de forma igual. Aliás, o exercício da função assistencial do tribunal é indispensável para que o juiz tome uma decisão imparcial, ou seja, para que o juiz tome uma decisão com conhecimento de todos os dados relevantes. Passando, nesta matéria, para uma outra perspectiva, não é difícil demonstrar que o dever de cooperação do tribunal se situa num plano diferente daquele em que se pode discutir a parcialidade do tribunal. Efectivamente, se [se] afirma que o tribunal se torna parcial a favor de uma das partes quando cumpre em relação a esta parte o seu dever de cooperação, então também se deve concluir que o tribunal se torna parcial a favor da contraparte quando omite o dever de cooperação perante uma das partes” (Sousa, 2015, pp. 3-4).

indagações formuladas pelas partes diretamente à testemunha (Brasil, 2015, art. 459; & Portugal, 2013, art. 516.º, n.º 3), bem como a preservação da ordem e da urbanidade durante o procedimento, além das providências de prevenção e sanção da ilegitimidade (não obstante seja inegável que, a rigor, a ilegitimidade não é suscetível de prevenção; a parte é ou não é legítima e não há nada que qualquer dos sujeitos do processo – partes ou juiz – possa fazer para mudar essa realidade, de modo que, tecnicamente, só se cogita de prevenção do processo/procedimento ou a instância)¹⁰⁸, que exercem especial relevância na formação (ou conformação) e regular desenvolvimento da relação processual.

Esses dois ordenamentos jurídicos, a exemplo de outros sistemas, adotam “filtros” para “prevenir a ilegitimidade”, mas se esse mecanismo não se revelar eficiente ainda há a possibilidade de sanção da ilegitimidade, evitando-se, com isso, a indesejável extinção do processo sem resolução do mérito, assim chamada no Brasil, ou a absolvição de instância, como denominado em Portugal.

O CPC/BR (2015) possui previsão expressa no sentido de conceder oportunidade para correção de vício antes de proferir sentença terminativa (art. 317) ou determinar que o juiz convoque o autor – gestão processual formal – para emendar ou completar a petição inicial que apresenta defeitos ou irregularidades, com indicação precisa do que deve ser corrigido ou completado (art. 321). O FPPC editou o Enunciado nº 278, que possui o seguinte teor: “O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos”.

Nesse desiderato, o CPC/PT (2013) contempla diversas hipóteses de prevenção e de sanção de irregularidades que podem conduzir à absolvição de instância e frustrar, portanto, a aplicação do direito substantivo indispensável para a justa composição do litígio.

Na dicção do art. 6.º do CPC/PT (2013), cumpre ao juiz, no desempenho do dever de gestão processual, providenciar oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo (n.º 2); de igual modo, o art. 28.º, preceitua que o juiz, por iniciativa própria (ou de maneira oficiosa) e a todo tempo, determinará que qualquer dos sujeitos processuais promova o suprimento da incapacidade judiciária e da irregularidade de representação, logo que se aperceba de algum vício (n.º 1).

¹⁰⁸A terminologia ou denominação de “prevenção da ilegitimidade” é empregada em respeito à doutrina e para fins meramente acadêmicos, isolando-se mentalmente o inexorável fato de que, na prática, a ilegitimidade não se previne.

Da mesma forma, o CPC/PT (2013) contempla outras tantas providências de sanção da ilegitimidade, nomeadamente quanto a falta de autorização ou de deliberação exigida em lei para, ao lado da representação, intentar a demanda (art. 29.º, n.º 2); superação ou suprimento de obstáculo à coligação (art. 37.º, n.º 4); suprimento da coligação ilegal (artigo 38.º, n.º 1); suprimento da falta de constituição de advogado (art. 41.º).

Essas providências de prevenção da ilegitimidade, assim como a sanção de ilegitimidade, constituem, na realidade – e como já destacado –, técnicas de prevenção da instância (absolvição de instância) ou do processo (sentença extintiva), na medida em que a ineficiência de um filtro – prevenção – ou de outro – sanção – resultará na extinção da lide sem a justa composição do litígio, por meio da sentença de mérito.

Enfim, inúmeros são os poderes judiciais de gestão ou direção formal do processo, os quais se estendem por toda a marcha procedimental, mas esses poderes são mais visíveis ou predominantes na fase postulatória, própria para o “acertamento” da relação processual, tornando-a útil e viável para um pronunciamento de mérito. Nas palavras de Sampaio (2008, p. 132): “[...] assume o juiz o importante papel de conferir, dentro do possível e diante da relevância dos valores em jogo, a viabilidade necessária ao enfrentamento do mérito, ora direcionando a emenda da petição inicial, ora relevando determinadas irregularidades”, em relação as quais pondera que:

[...] é perfeitamente possível que falhas não sejam desde logo detectadas, notadamente diante da complexidade das relações de direito material em que se fundam os litígios. Não seria razoável, nesse caso, o simples decreto de extinção do processo, desperdiçando-se os atos até então realizados, sem ao menos a tentativa de superação das irregularidades (Sampaio, 2008, p. 132).

3.3.9.5. Da adequação formal (ou procedimental)

O procedimento, na perspectiva de instrumento da tutela do direito material, se apresenta de duas formas: (i) rígido ou inflexível – ou formulário –, alheio às especificidades da causa e à sua finalidade e à própria efetividade do processo; (ii) flexível ou adaptável, susceptível de calibração do rito às especificidades da causa e à sua finalidade, preocupado em garantir uma decisão justa e efetiva do litígio. No primeiro caso – procedimento rígido – não há, obviamente, qualquer espaço para adaptação, de tal modo que a “fórmula” procedimental é invariável, marcada pela preclusão. Por outro lado, o procedimento flexível sujeita-se a adaptação às especificidades da causa, visando o fim maior do processo, qual seja, a justa e

efetiva composição do litígio. Essa flexibilidade pode ser típica (quanto decorre de expressa previsão legal) ou atípica (quando deriva de uma cláusula geral).

O procedimento rígido revelou-se deficitário e, por isso, o processo civil moderno, por regra, adota o procedimento adaptável¹⁰⁹, considerando-se, especialmente, as complexidades e peculiaridades de cada caso, como adverte Jauernig (2002)¹¹⁰, dando lugar ao instituto da flexibilização procedimental, como denominado na doutrina brasileira, ou a adequação formal, assim designada em Portugal, ou, ainda, a elasticidade processual, como preferem os italianos. Nessa direção, lembra Trícia Cabral (2010), se alinham o direito estadunidense, por meio do “*case management* das cortes federais norte-americanas, elaborado à luz das *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP)”; o direito inglês, que confere “[...] poderes de gestão, alguns nomeados de *case management*, autoriza o juiz a regular a direção do litígio e a conduzir o processo de forma a se alcançar a justiça substancial, conforme os objetivos estabelecidos”, ao passo que no direito francês “concede-se grande poder às partes de condução do processo, através de contratos de procedimentos” (contratualização do processo).

A adequação do procedimento normalmente é episódica ou, noutras palavras, ocorre na medida do avançar da marcha procedimental e de acordo com a conveniência e as necessidades concretas do caso em análise, de modo que num mesmo processo pode haver mais de uma adequação, em fases processuais distintas e até na mesma fase; dificilmente a adequação – especialmente a atípica – será aplicada numa única ocasião, porque é improvável que o juiz – ou as partes, nos sistemas que admitem a flexibilização legal voluntária – possa divisar, em apenas um momento da marcha procedimental, todas as situações que indicam a conveniência e as necessidades de adaptação do procedimento, a partir da inexorável realidade de que “as formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência”, mas sem esquecer que “[...] é necessário evitar, tanto quanto possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo, impedindo que a cega observância da forma sufoque a substância do direito” (Gajardoni, 2018, p. 511).

¹⁰⁹É assim no direito inglês, por meio dos *judicial case management powers*, de fonte normativa legal; no direito norte-americano, por meio dos *case management*, editados pela Suprema Corte; no direito alemão, prólogo na admissão da adequação *típica* do procedimento e no direito peruano, marcado por hipóteses de adequação *atípica* do procedimento (itens 1 e 2 do art. 51 do CPC daquele país).

¹¹⁰“O processo civil nem sempre é simples e compreensível. Por isso, a sua marcha externa não pode deixar as partes sozinhas, ao abandono. Elas não dominam suficientemente as prescrições técnicas e também não se pode esperar sempre delas uma adequada condução do processo. Aqui, o tribunal tem de intervir de modo a apoiar as partes e ao mesmo tempo poder vigiá-las. Os poderes que lhe competem a respeito da **marcha externa do processo**, podem abranger-se sob a designação de **direção externa do processo**” (Jauernig, 2002, p. 400, grifo nosso).

O direito processual civil lusitano optou por um procedimento flexível ou adaptável. O art. 547.º do CPC/PT (2013), na linha da previsão então contida no art. 2.º, al. *a*), do RPCE, contempla a adequação formal (adequação atípica¹¹¹, materializada numa cláusula geral, para além dos casos expressamente previstos em lei ou de adequação típica), nos seguintes termos: “o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”. Sousa (2013, p. 4) – que enxerga a gestão processual apenas na sua vertente formal – defende que:

o critério que deve orientar a adequação formal é um critério de proporcionalidade: o processo deve ter uma tramitação com uma estrutura proporcional à complexidade da causa, pelo que causas de menor complexidade devem ter uma tramitação mais simples do que a legalmente definida e causas de maior complexidade podem ter uma tramitação mais pesada do que aquela que se encontra estabelecida na lei.

No Brasil, o procedimento é, igualmente, flexível, o que permite a adequação formal ou procedimental, tanto típica quanto atípica. Essa última – adequação procedimental atípica – parece que restou confiada exclusivamente às partes, por meio do negócio processual (Brasil, 2015, art. 191), quando admissível, sob o amplo controle do juiz.

Cumprir recorrer, uma vez mais, às lições de Sousa (2013) que, ao confrontar as duas realidades, denominou a primeira – a cargo do juiz – de adequação formal pública e a segunda – atribuída às partes – como adequação formal privada. Mais até do que a classificação da adequação procedimental atípica – se pública ou privada –, possui relevo a discussão a respeito da possibilidade de o juiz realizar a adequação formal no sistema brasileiro e às partes de assim procederem no sistema português.

Não é demasiado relembrar que o inciso V do art. 107 e o § 1º do art. 151 do PLS nº 166/2010 (projeto do CPC/BR, 2015) contemplavam a adequação judicial atípica – chamada por Gajardoni (2018) de flexibilização legal genérica –, mas o texto aprovado transformou a “[...] cláusula geral de atipicidade de adequação judicial em apenas mais duas novas hipóteses de adequação judicial **típica**” (Redondo, 2017, p. 152, grifo nosso) (inciso VI do art. 139, que concede ao juiz o poder-dever de “dilatir os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior

¹¹¹Na doutrina, há quem classifique essa espécie de adequação como “flexibilização legal genérica e incondicionada”, porque “a norma deixa, a critério do julgador, a variação procedimental adaptadora, sem identificá-la expressamente” (Gajardoni, 2018, p. 512).

efetividade à tutela do direito”), denominada também de flexibilização legal genérica mitigada (Gajardoni, 2018, p. 515). O legislador, influenciado pela “[...] forte crítica (e resistência) da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento; com risco de que, operacionalizada a flexibilização, perdesse-se o controle do curso processual (da previsibilidade)” (Gajardoni, 2018, p. 513), optou, entretanto, por manter o silêncio a respeito da adequação judicial atípica, mas não afastou expressamente essa possibilidade, circunstâncias que, na eloquente interpretação sistemática de significativa parte da doutrina nacional, “são mais do que suficientes para justificar a mais ampla adaptação do rito processual pelo magistrado” (Redondo, 2017, p. 153). Essa corrente doutrinária, de um modo geral, aponta como pressupostos e requisitos para adequação judicial atípica: (i) a finalidade de conferir maior efetividade ao processo; (ii) motivação da decisão flexibilizadora; (iii) respeito às garantias processuais, em especial ao contraditório prévio e à ampla defesa.

O Enunciado 35 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), de igual modo, contempla a adequação procedimental atípica: “Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo”¹¹².

Exemplo emblemático de adequação judicial atípica é a determinação do magistrado no sentido de que as intimações sejam realizadas por aplicativo de mensagens – *WhatsApp* –, admitido no Brasil por decisão do CNJ (Conselho Nacional de Justiça)¹¹³, não obstante a ausência de previsão legal.

Enfim, a adequação judicial atípica do procedimento – adequação formal pública – é uma realidade no direito processual civil brasileiro, em maior ou menor extensão, a depender das circunstâncias do caso concreto.

No direito português, por outro lado, a dúvida é se as partes podem promover a adequação formal privada. Em outro tópico – ao tratar do negócio processual como limitador dos poderes do juiz –, já se externou que é perfeitamente admissível convenção das partes a respeito do procedimento, mesmo à mingua de previsão legal, como ocorre em Portugal. Essa convenção, no entanto, deve ser enxergada como uma *sugestão* ao juiz, como exercício da

¹¹²Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

¹¹³CNJ – Conselho Nacional de Justiça, ao decidir o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0003251-94.2016.2.00.0000, julgado em 26 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85009-whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais>>. e também em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/whatsapp-usado-intimacoes-juizados-especiais>>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

cooperação pelas partes, sujeitando-se, obviamente, ao crivo do magistrado, dirigente que é do processo.

3.3.9.6. Da gestão material

A gestão material inclui-se no domínio do mérito, da “alma” ou do “coração” do processo, ao nível “[...] do pedido, da causa de pedir e das provas” (Mesquita, 2013, p. 145), na incansável busca do fim do processo: a justa composição do litígio. Nessa perspectiva, consideram-se de gestão material os atos do juiz que tornam esse resultado possível – excluindo-se, logicamente, os atos tendentes à preservação do procedimento (que ingressam na seara da gestão formal) –, vale dizer, integram a gestão material a interpretação contextual do pedido do pedido – que interfere no objeto da prova (tornando-a útil e pertinente¹¹⁴ quando cotejada à luz da interpretação alargada do pedido) – e na própria decisão final, com a concessão da tutela jurisdicional a partir dessa interpretação flexível – passando, nesse percurso, pela iniciativa probatória judicial para o descobrimento da verdade. Esses ingredientes – interpretação flexível do pedido, iniciativa probatória oficiosa e julgamento a partir da interpretação contextual do pedido e com a valoração das provas produzidas oficiosamente – compõem a receita da gestão material, que tem por finalidade alcançar a justa composição do litígio.

É o ativismo judicial, partindo-se da premissa de que “a direção material do processo só é alcançável a partir de uma concepção de liberalismo político processual capaz de legitimamente conjugar o necessário ativismo processual do juiz com a necessidade de tratar as partes com dignidade” (Del Claro, 2009, p. 271), “[...] exigindo do órgão jurisdicional uma participação mais ativa na busca pela melhor maneira de garantir que as partes consigam do processo aquilo que se propuseram obter”¹¹⁵. Esse ativismo, entretanto, deverá ser exercido de maneira absolutamente escrupulosa, com estrita obediência aos princípios fundamentais do processo¹¹⁶.

¹¹⁴Existe uma clara diferença entre a prova útil e a prova pertinente: a **utilidade** relaciona-se à formação da convicção do julgador que defere ou determina a produção da prova, enquanto que a **pertinência** diz respeito à apuração da verdade, vale dizer, a prova pertinente é a **potencialmente útil**, na medida em que, mesmo não se prestando à formação da convicção do juiz que dirige a atividade probatória – não sendo útil para ele –, essa prova pode ser útil para as instâncias recursais.

¹¹⁵Galindo (2015, p. 65). Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34860/1/Principio%20da%20Cooperacao%20Dever%20de%20Consulta%20e%20a%20Proibicao%20das%20Decisoes-Surpresa.pdf>. Acesso em 21 de maio de 2018.

¹¹⁶“A direção do processo que se defende que o juiz faça é material no sentido de que vai além das meras formalidades; não se restringe à correta observância da legislação processual. O juiz deve atuar processualmente

Mesquita (2013, pp. 145-147) adverte que:

[...] o juiz gestor tem de agir com o máximo cuidado, limitando-se a sugerir e a explicar que a sugerida – sempre sugerida e jamais imposta! – modificação do pedido tem por detrás razões de economia processual, evitando-se a proposição de ulteriores processos e, por consequência, um desgaste adicional para as partes e para o julgador [...].

E conclui que: “[...] o princípio da gestão processual pode conduzir-nos a uma mitigação do princípio do pedido, precisamente em prol da efectividade ou da maior eficiência da justiça”, de modo que a gestão material representa “[...] uma interferência judicial ao nível do fundo, conteúdo ou mérito da acção, sendo susceptível de influenciar o conteúdo da sentença” (Mesquita, 2013, pp. 145-157).

3.3.9.7. Do momento para o exercício da gestão processual

a) Na Fase Postulatória

Essa fase é marcada pela gestão formal, na qual o juiz exercita – ou deve exercitar – os poderes-deveres de esclarecimento¹¹⁷ – “o julgador deve esclarecer-se junto às partes acerca das dúvidas que tenha em relação às alegações, pedidos e fatos” (Gajardoni, 2018, p. 515) –, de consulta¹¹⁸ – deve o juiz assegurar o cumprimento da garantia concedida aos litigantes no sentido de influenciar na solução da lide, mesmo que naquelas questões em que é lícito o

de modo que o processo respeite [...] os direitos processuais das partes, que é o único modo de se obter uma decisão processualmente justa” (Del Claro, 2009, p. 26).

¹¹⁷“O tribunal tem o dever de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cf. art. 7.º, n.º 2; cf. também art. 452.º, n.º 1), nomeadamente, porque os mesmos padecem de uma ambiguidade sintáctica ou semântica; trata-se de um correspondente da antiga *interrogatio ad clarificandum* e do mais recente *Fragerecht*, que, como já WACH (1843-1926) afirmava, se situa no plano da informação, e não da inquisitorialidade, do tribunal; o exercício do dever de esclarecimento é indispensável para que o tribunal possa interpretar devidamente as alegações, os pedidos e as posições das partes” (Sousa, 2015, p. 2).

¹¹⁸“O tribunal tem o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer (oficiosamente) de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (cf. art. 3.º, n.º 3), o que pode suceder quer quando o tribunal pretenda conhecer de matéria não alegada pelas partes ou considerada irrelevante por estas, quer quando o tribunal discorde de uma posição comum de ambas as partes; com o cumprimento deste dever procura-se obviar às chamadas “decisões-surpresa”, isto é, às decisões com fundamentos de facto ou de direito inesperados para as partes (cf. art. 591.º, n.º 1, al. b), 654.º, n.º 1, 655.º, n.º 1, 665.º, n.º 3, e 687.º, n.º 2); por exemplo: (i) o autor baseia o seu pedido num contrato celebrado com o réu; esta parte não invoca a nulidade do contrato; o tribunal entende que o contrato é nulo e pretende conhecer oficiosamente dessa nulidade (cf. art. 286.º CC); não o deve fazer antes de consultar as partes sobre essa invalidade; (ii) o réu não invoca a incompetência absoluta do tribunal (cf. art. 96.º); o tribunal pode conhecer oficiosamente dessa incompetência (cf. art. 97.º, n.º 1), mas, antes disso, deve ouvir as partes” (Sousa, 2015, p. 3).

conhecimento oficioso –, de prevenção¹¹⁹ – consistente no dever judicial de apontar as deficiências ou incompletudes na postulação, para que possam ser sanadas ou supridas – e de auxílio¹²⁰ – representado pelo dever de o juiz auxiliar ou cooperar com as partes na superação de “dificuldades ao exercício dos seus direitos ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais, inclusive sugerindo alterações nas condutas processuais eleitas” (Gajardoni, 2018, p. 515), não só com indicação precisa da correção necessária, “como também sugerir a readequação da via nos casos em que houver uma medida processual mais adequada ou útil para a tutela do direito material em debate” (Gajardoni, 2018, p. 515) – assegurando a contínua interlocução entre todos os atores do processo.

b) Na Fase Probatória

No moderno processo civil, os sistemas jurídicos dos países que se orientam pelo Estado Democrático de Direito reconhecem, de maneira majoritária, a legitimidade da iniciativa probatória do juiz – a exemplo do que ocorre no Brasil e em Portugal –, que a exerce de modo complementar ou supletiva aos ônus processuais atribuídos às partes¹²¹, as quais possuem interesse em primeiro grau¹²² – ou primário – na comprovação de suas alegações. E ao exercer esse poder-dever – iniciativa probatória – o juiz desempenha o papel de gestor material do processo, na medida em que a prova produzida a partir da iniciativa judicial pode interferir ou influenciar¹²³ – de maneira positiva, porque tem como objetivos a efetividade do processo e a justa composição do litígio – no resultado da demanda, vale dizer, pode determinar a procedência ou a improcedência do pedido.

¹¹⁹“O tribunal tem o dever de prevenir as partes sobre a falta de pressupostos processuais sanáveis (cf. art. 6.º, n.º 2, e 508.º, n.º 1, al. a)) e sobre irregularidades ou insuficiências das suas peças ou alegações (cf. art. 590.º, n.º 2, al. b), 591.º, n.º 1, al. c), 639.º, n.º 3, e 652.º, n.º 1, al. a)); o dever de prevenção tem uma especial importância nos processos subordinados à inquisitorialidade judiciária (como são os processos de jurisdição voluntária: cf. art. 986.º, n.º 2) e nos processos que a lei impõe como forma de exercício de um direito (como é o caso das acções relativas aos estados pessoais que terminam com uma ‘*sentenza costitutiva necessaria*’.” (Sousa, 2015, p. 2).

¹²⁰“O tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento dos seus ônus ou deveres processuais (cf. art. 7.º, n.º 4); encontra-se uma concretização deste dever de auxílio no art. 418.º, n.º 1, quanto à obtenção de informações na posse de serviços administrativos” (Sousa, 2015, p. 3).

¹²¹“[...] em simetria com as regras que fixam o ônus probatório, os poderes instrutórios do juiz somente incidem em casos de incompletude da prova e permanência de dúvida” (Godinho, 2013, p. 76).

¹²²“[...] de fato, por óbvias razões, o material probatório virá aos autos sobretudo pelas mãos das partes, que têm ciência direta dos acontecimentos relevantes e dos elementos capazes de comprovar as alegações a eles relativas” (Moreira, 2003, p. 64).

¹²³Marinoni & Arenhart (2016, p. 100) admitem a gestão material no campo probatório – não obstante a ausência de menção expressa a esse poder-dever (de gestão) como princípio – quando reconhece que: “diante dessa participação, confere-se ao juiz o poder de influir diretamente sobre o resultado da decisão”.

Não é demasiado lembrar que o juiz – destinatário da prova – não substitui as partes – detentoras do direito à prova – no cumprimento do ônus probatório, de modo que a iniciativa judicial – exercida com cautela e moderação – não tutela o interesse de qualquer das partes e nem se destina ao suprimento de suas deficiências ou omissões no cumprimento desse ônus. Busca o juiz, ao exercer o poder-dever de determinar a produção oficiosa de provas, o apuramento da verdade¹²⁴, indispensável para a formação de sua própria convicção¹²⁵⁻¹²⁶ e, partir daí, habilitar-se ao julgamento de mérito da causa, dando-lhe solução justa e efetiva (Jorge, 2007, pp. 67-68); não simplesmente valer-se de regra de julgamento ao proclamar a procedência ou a improcedência amparando-se no descumprimento do ônus da prova dos fatos constitutivos – alegados pelo autor – ou impeditivos, modificativos ou extintivos do direito – articulados pelo réu –, ou seja, “[...] a regra do ônus da prova funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou, em outras palavras, fica em estado de dúvida” (Marinoni & Arenhart, 2016, p. 214).

Não há razões para assombros quando o juiz exerce a iniciativa probatória¹²⁷; não se deve imaginar que essa iniciativa – tendente ao apuramento da verdade real ou substancial¹²⁸ – rompe a imparcialidade do juiz na relação processual, na medida em que o juiz não tem conhecimento prévio do resultado da prova – se será útil ou não à formação de sua convicção – e de sua repercussão no processo, se beneficiará esse ou aquele litigante¹²⁹.

¹²⁴Marinoni & Arenhart (2016, p. 100) entendem que: “[...] a prova de ofício não se destina à descoberta da verdade, mas apenas suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência de produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação do seu convencimento para o julgamento do mérito”.

¹²⁵“O objetivo da produção da prova de ofício é o de possibilitar ao juiz, quando as provas produzidas pelas partes lhe parecerem insuficientes, a elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação da sua convicção sobre o mérito” (Marinoni & Arenhart, 2016, p. 100).

¹²⁶“O risco, neste campo, não é o da hiperatividade, mas o da inércia. Aos juízes deve, pois, aconselhar-se a utilização, com escrupuloso respeito do contraditório, das possibilidades que a lei lhes concede, sempre que preciso para a formação segura do convencimento acerca dos fatos relevantes” (Moreira, 2007, p. 131-138).

¹²⁷“O equilíbrio entre o poder inquisitório do juiz e o carácter privatístico da lide civil pendulariza-se nas garantias de controlo concedidas ao cidadão, que é parte no processo; controlo fiscalizador directo aquando do exercício desse poder, num quadro de oficiosidade do contraditório e de um austero sistema de preclusões, e a sindicância desse exercício por um tribunal superior, visando a contenção da discricionariedade com uma efectiva dupla apreciação da matéria de facto” (Matos, 2007, pp. 105-106).

¹²⁸Marinoni & Arenhart (2016, p. 97-98) consideram que: “[...] a busca da verdade pelo processo não passa de utopia [...] que a essência da verdade é inatingível”, concluindo que o juiz utiliza-se da “convicção da verdade” para julgar, não se confundindo a “verdade” com a “convicção da verdade”, porque “[...] **estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade**” (grifo nosso).

¹²⁹Moreira (2007, pp. 131-138) leciona que: “O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui no órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e, portanto, a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando

E essa preocupação com a ruptura da imparcialidade do juiz se dissipa na mesma proporção em que a iniciativa probatória vier acompanhada de decisão motivada – dever do juiz motivar¹³⁰ e direito das partes à motivação –, justificando a ativação desse poder-dever judicial e, por óbvio, assegurando às partes o direito de discutir ou argumentar sobre a oportunidade da prova, além de participar na sua produção e interpretação (pronunciar-se sobre o seu resultado).

O juiz, na condição de interessado em segundo grau – ou secundário – na produção da prova, possui, naturalmente, uma posição de desvantagem em relação às partes, que conhecem, como nenhum outro sujeito do processo, os fatos subjacentes ao litígio. Nesse contexto, dificilmente o juiz poderá determinar a inquirição de uma testemunha que melhor conhece os fatos controvertidos – com exceção das testemunhas referidas por outras testemunhas ou apontadas em documentos (v.g., boletim de ocorrência, agentes responsáveis pela lavratura do documento, etc.) –, assim como raramente determinará, oficiosamente, a produção de prova documental – salvo a requisição de registros disponíveis em repartições públicas ou particulares –, por desconhecer a existência do documento. Essas limitações naturais não se aplicam à prova pericial e à inspeção judicial, plenamente acessíveis ao juiz.

No domínio da prova, é na inspeção judicial – especialmente quando realizada oficiosamente – que o juiz empresta maior contribuição pessoal à apuração da verdade dos fatos em debate – exerce, talvez, o seu maior ativismo processual –, porque mantém “[...] contato imediato com a situação fática a ser esclarecida” (Marinoni & Arenhart, 2016, p. 885). É quase desnecessário advertir que as partes – e seus advogados – têm o direito de acompanhar e participar efetivamente da produção dessa prova, inclusive com o auxílio de assistente técnico, além de prestar esclarecimentos e impugnar “o que entender impertinente ou incabível”.

No espírito da gestão processual aplicada, parece ser relevante um exemplo concreto, ilustrativo da importância da inspeção judicial, a ponto de dispensar a instrução em audiência. Numa ação de reintegração de posse de servidão de passagem¹³¹, o dirigente do processo optou – oficiosamente – por realizar uma inspeção judicial no objeto do litígio – uma estrada rural – e, para tanto, requisitou do município local mapas das estradas públicas locais e, ainda, intimou

toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes. Bem se percebe quão impróprio é um modo de equacionar o problema, que condena o órgão judicial, em qualquer caso, a incorrer na pecha de parcialidade”.

¹³⁰“Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia” (Godinho, 2013, p. 73).

¹³¹Ação autuada sob o nº 200803544779, que tramitou perante o juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Itumbiara/GO (Brasil).

os responsáveis pela manutenção das estradas vicinais para acompanhar a diligência e prestar esclarecimentos; essa prova – produzida com a participação das partes e de seus advogados – proporcionou ao dirigente do processo a convicção de que a estrada em questão era uma via interna, que servia exclusivamente à propriedade rural do réu, circunstância que afastou a alegação de servidão de trânsito e habilitou o juiz a proferir imediato julgamento, com a dispensa da produção de provas em audiência.

No julgamento do recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Brasil, 2011, Apelação Cível nº 354477-26.2008.8.09.0087) assim decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SERVIDÃO DE PASSAGEM. ESTRADA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. I- A inspeção judicial realizada pelo magistrado é suficiente para fundamentar o julgamento antecipado da lide, de modo que se mostra dispensável a realização de prova testemunhal e pericial. II- Diante da inexistência no caso em discussão dos requisitos legais necessários ao deferimento da proteção possessória, já que não restou comprovado nos autos, mormente pelos documentos e pela inspeção judicial, a posse do apelante bem como a servidão de trânsito pela estrada em discussão, não há que se falar em caracterização da servidão. III- Com a existência de outra estrada, ainda que imponha um percurso um pouco maior, não se pode admitir a manutenção de prejuízo à parte, por ofensa ao direito de propriedade, somente para permitir a facilidade de trânsito de alguns interessados. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

Não remanesçam dúvidas, portanto, da significativa contribuição que o juiz pode – e deve – emprestar à justa e efetiva solução da lide com a sua atuação no campo probatório, exercitando, quanto necessário, o poder de iniciativa da prova. Para além disso, ainda no domínio da prova, exercem especial influência na resolução da lide a atuação do juiz na decisão que determina a inversão dinâmica do ônus da prova – ou distribuição dinâmica da carga probatória¹³² –, como regra de instrução, sem prescindir da participação das partes por meio de

¹³²Em regra, a distribuição do ônus da prova é estática e rígida, ou seja, “quem alega um fato atrai para si o ônus de prova-lo” – regra de julgamento –, partindo-se da premissa de que as partes possuem iguais condições de obtenção da prova, mas é possível que “a parte encarregada pela lei do *onus probandi* não se acha, *in concreto*, em condições favoráveis de acesso aos meios demonstrativos da verdade acerca dos fatos alegados na fase postulatória”, cedendo lugar à decisão do juiz no sentido de afastar a “rigidez da partilha estática do ônus legal da prova, adotando critério mais flexível, a que a doutrina denomina ônus dinâmico da prova, atribuindo-o, de maneira diversa do sistema ordinário da lei, à parte que realmente esteja em condições de melhor esclarecer os fatos relevantes da causa” – regra de instrução na perspectiva de um processo justo –, nos exatos termos do art. 373, § 1º, do CPC/BR (Theodoro Júnior, 2018, pp. 928-929). No direito lusitano, havendo incumprimento do dever de cooperação para a descoberta da verdade, é admissível a “inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado” (Portugal, 2013, art. 417.º, n.º 2 e c/c art. 344.º, n.º 2), restando claro, portanto, que a possibilidade de inversão é bem mais restrita do que no direito brasileiro.

debate prévio acerca dessa solução, como adverte Godinho (2013), e na decisão que relativiza os efeitos da revelia operante¹³³, partindo-se da premissa de que “a revelia não importa em procedência automática dos pedidos, porquanto a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa, cabendo ao magistrado a análise conjunta das alegações e das provas produzidas”¹³⁴, inclusive as provas que ele próprio – o juiz – houver determinado a produção de maneira oficiosa (v.g., perícia para apurar o grau de incapacidade resultante de acidente de trânsito – ou de viação – ou requisição de documentos públicos ou particulares para complementar e esclarecer os fatos admitidos como verdadeiros em decorrência da ficção legal, com o propósito de afastar dúvida que impede a formação de sua convicção, nos exatos termos do art. 370 do CPC/BR, 2015, e art. 411.º do CPC/PT, 2013).

c) Na Fase Decisória

No âmbito da fase decisória, a gestão processual é marcadamente material. E essa gestão é possível a partir da ampla leitura do pedido, ou seja, da interpretação contextual do pedido e, correlatamente, da concessão da tutela jurisdicional a partir dessa interpretação flexível, de modo que o exercício da gestão material nessa fase possui uma relação muito próxima com o princípio do dispositivo, enxergado pelo juiz numa perspectiva mais alargada e com espírito colaborativo, mirando, sempre, a efetividade do processo, mas com absoluto respeito à autonomia da vontade do autor na dedução de sua pretensão – princípio da demanda, uma das derivações do princípio do dispositivo – e à sua capacidade de condicionar os limites objetivos da decisão – princípio da congruência ou da adstrição (Theodoro Júnior, 2018, p. 73).

A interpretação contextual do pedido – ou a sua interpretação no âmbito da postulação, como prefere a jurisprudência portuguesa – insere-se na *gestão do pedido* e é uma importante forma de flexibilização do princípio do dispositivo, mas não é a única e, talvez, nem a mais

¹³³Na linha da solução germânica – e contrapondo à solução dos sistemas francês, espanhol e italiano, que abraçaram a *ficta litis contestatio* (oposição ou contestação tácita) –, o processo civil do direito luso-brasileiro adotou o sistema da *ficta confessio* (confissão tácita) ao prever que a revelia, nos casos em produz efeitos, importa na confissão tácita ou presumida dos fatos alegados na petição inicial – efeito imediato e automático – (art. 567.º do CPC/PT e art. 344 do CPC/BR), circunstância que exclui a controvérsia sobre esses mesmos fatos e, por isso, desonera o autor de prová-los, o que se traduz, como efeito mediato, num salto processual – um encurtamento do processo –, mas essa presunção “é relativa – efeito cominatório semi-pleno –, podendo até ser contrariada por qualquer outra prova que o autor junte aos autos”, o que equivale dizer que a revelia não “não conduz, pois, à imediata procedência da acção”, ou noutras palavras, não possui efeito cominatório pleno. (Mesquita, 2013, pp. 1088-1106).

¹³⁴Superior Tribunal de Justiça (Brasil): AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 850552/PR – Ministro Raul Araújo – DJe de 19/05/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2018.

importante. Com efeito, ao lado da gestão do pedido, existe a *gestão da causa de pedir* – que indiscutivelmente envolve atos de gestão exclusivamente material –, que se dá com “[...] (i) o aproveitamento de fatos não alegados e provados durante a instrução, ainda que relativos a pretensões não deduzidas; e (ii) o estímulo à ampliação da causa de pedir (Santos, 2015, p. 78). Por imperativo de ordem lógica, trataremos primeiro da gestão da causa de pedir, deixando para depois a abordagem da gestão do pedido, porque os efeitos daquela têm uma repercussão direta no pedido.

Em Portugal, o art. 5.º, n.º 2, do CPC, numa clara flexibilização do princípio do dispositivo¹³⁵, é explícito ao admitir o aproveitamento tardio dos denominados factos instrumentais, complementares ou concretizadores e notórios¹³⁶:

“Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz:

- a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa;
- b) Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar;
- c) Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.”

Essa flexibilização decorre da premissa de que “[...] a partir do momento em que o litígio é levado à esfera da justiça, passa a existir o interesse público¹³⁷ na boa resolução da causa” (Mesquita, 2017, p. 89), inspirada pela lógica de que no processo deve sagrar-se vencedora a parte que tem razão, não a mais ardilosa ou esperta. É certo que, no processo, existe o interesse particular das partes – e isso ninguém nega –, mas para além dele existe “[...] também o interesse público na boa administração da justiça e, logo, o interesse no não afastamento entre a sentença e a verdade”¹³⁸.

¹³⁵Em Espanha, a Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) consagra um modelo rígido quanto a modificação do objeto do processo (art. 412.1) (Mesquita, 2017, p. 110).

¹³⁶Em linhas gerais, o conceito factos instrumentais, complementares ou concretizadores já foi apresentado ao tratarmos do princípio do dispositivo (3.3.2, supra).

¹³⁷“Uma das consequências mais relevantes da ‘publicização’ ou socialização do processo civil se concretiza no fato de que, sem discutir a vigência do princípio dispositivo, traz à discussão em juízo o de aportação da parte, ao menos no que diz respeito à repartição de funções entre o juiz e os litigantes e ao incremento de faculdades probatórias do órgão jurisdicional, indicando-se que, apesar de os litigantes serem livres para dispor dos interesses deduzidos em juízo, ou seja, do objeto do processo, não o são a respeito do processo mesmo, vale dizer, de seu desenvolvimento, ao conceber-se não só como instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados, senão também como função pública do Estado, interessado, portanto, no melhor cumprimento desta função” (Picó i Junoy, 2015, p. 147).

¹³⁸Mesquita, 2017, p. 90.

O aproveitamento dos fatos não alegados nos articulados – petição inicial e contestação (exceção peremptória) ou reconvenção –, mas que surgem durante a tramitação do processo – em especial, na fase instrutória – constitui, sem dúvida, uma parcial mitigação (ou desvio) da noção clássica do princípio do dispositivo – na perspectiva da teoria da substanciação pura – ou do efeito preclusivo que decorre do ônus de alegação dos fatos, numa clara “[...] conexão entre a produção da prova e o aparecimento de factos no processo”¹³⁹, o que “[...] representa um passo fundamental em prol de um Processo Civil evoluído, pois, com frequência, certos factos relevantes para o julgamento somente brotam ou aparecem na fase de instrução probatória e não propriamente na fase dos articulados” (Mesquita, 2017, p. 91). O apontado processualista diz que o Processo Civil moderno deverá trilhar, na medida do possível, o caminho do antiformalismo, assim como sucede em outros sistemas¹⁴⁰.

Nessa trilha, na qual o seu norte é a busca da verdade dos fatos que estão na base do conflito de interesses¹⁴¹, o aproveitamento dos fatos não alegados – por insuficiência ou incompletude – nos articulados passa pela convicção de que “[...] os factos complementares **integram a causa de pedir**, pois eles traduzem, no plano factual, a hipótese normativa em que se apoia a pretensão do autor”¹⁴² (grifo nosso), e, se é assim – se os fatos aproveitados, embora não alegados, integram a causa de pedir¹⁴³ –, o seu aproveitamento não ofende o princípio da estabilidade da instância, porque não implicam em “[...] convoção para uma causa de pedir diferente da invocada”¹⁴⁴. E para o aproveitamento desses fatos, no sistema português, não se exige a expressa manifestação da vontade da parte interessada, exigindo-se, por outro lado, que as partes se pronunciem sobre eles (art. 5.º, n.º 2), mas “[...] o bom juiz, à luz do princípio da

¹³⁹Mesquita, 2017, p. 91.

¹⁴⁰Nos Estados Unidos da América, as partes podem corrigir os articulados, ajustando-os à prova produzida em audiência (*Rule* 15); na Alemanha, “[...] o § 263 da ZPO, que consagra um amplo desvio ao princípio da estabilidade da instância (§ 261), determina que ‘após a acção se tornar pendente, é admissível a sua modificação sempre que o réu consinta ou sempre que o tribunal o achar conveniente’” (Mesquita, 2017, p. 111); “[...] § 235, 3, da Ordenança Processual austríaca, autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não é de temer ‘um retardamento relevante’ e ‘um agravamento’ no desenvolvimento do processo” (Oliveira, 2003, p. 23) e, no âmbito do ordenamento suíço, o “[...] § 94, admite a alteração da acção ou da reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, se apoiada em causa de pedir semelhante à anterior pretensão ou conexa com a exercida, desde considere o juiz não decorrer daí considerável agravamento ou demora no andamento da causa” (Oliveira, 2003, pp. 23-24).

¹⁴¹Mesquita, 2017, p. 90 diz que “[...] tendencioso ou parcial é o juiz que fecha a porta à verdade.”

¹⁴²Mesquita, 2017, p. 95.

¹⁴³Faria & Loureiro, 2014, p. 44 asseveram que “os fatos essenciais complementares ou concretizadores (art. 5.º, n.º 2, b) **inserem-se na causa de pedir da acção, não operando** a sua aquisição pelo processo e a sua consideração pelo juiz uma **modificação objetiva da instância; não transportando o julgador**, sujeito ao princípio dispositivo, para o **contexto de uma diferente relação jurídica material** – o que vale dizer, para o contexto de uma diferente causa de pedir” e concluem que “[...] o **pedido de tutela jurisdicional abrange**, assim, a consideração de todos **os factos que integram a causa de pedir** – como sejam os factos essenciais complementares ou concretizadores –, **tenham ou não sido explicitamente alegados pelas partes**, validamente adquiridos.” (grifo nosso)

¹⁴⁴Mesquita, 2017, p. 104.

gestão material, deverá sempre, ao concretizar a flexibilização do princípio do dispositivo, abrir diálogo e a discussão entre as partes (cumprindo, aliás, o que resulta expressamente da citada norma), tentando perceber até que ponto o facto complementar ou concretizador é, para além de importante, querido pela parte a quem aproveita”¹⁴⁵.

No Brasil, o Código de Processo Civil trás, no art. 493 (2015), uma disposição aparentemente similar, embora muito mais concisa e, como sempre, menos explicativa:

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

No fundo, essa norma admite, de maneira implícita ou sem o emprego de adjetivos, a integração dos fatos instrumentais, complementares ou concretizadores – a que se reporta o art. 5.º, n.º 2, do CPC de Portugal e que não alteram a causa de pedir – e, com isso, pretende dizer que “[...] ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, **a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato** e de direito **que se apresentam no momento da sua prolação**” (Brasil, 2010, MS 11045/DF, grifo nosso) – e não as circunstâncias contemporâneas à propositura da ação –, de modo que “[...] **a superveniência de fato** ou direito que possa influir no julgamento da lide **deve ser considerada pelo julgador, desde que não importe em alteração do pedido ou da causa de pedir**, [...] uma vez que a decisão judicial deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional” (Brasil, 2010, AgRg no REsp 862628/RS, grifo nosso).

O excessivo condicionamento à causa de pedir decorre da prevalência – nos sistemas rígidos – dos princípios da concentração das alegações e o da preclusão, articulados com os princípios da estabilidade da instância e do dispositivo. Essa associação do ônus de alegação concentrada e, correlatamente, da preclusão do direito de alegação tardia de fatos – que surgiram da instrução – relevantes para a justa composição da lide decorre da interpretação – talvez equivocada – da disciplina normativa a respeito da apresentação de documentos novos (Brasil, 2015, art. 435):

¹⁴⁵Mesquita, 2017, p. 103.

É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos **documentos novos**, quando destinados a fazer prova de **fatos ocorridos depois dos articulados** ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. (grifo nosso)

Esse aparente rigor normativo, que só admite a juntada de documentos relativos a fatos ocorridos depois dos articulados, comporta uma certa flexibilização, porquanto “também é possível produzir prova documental fora da petição inicial e da contestação quando referente a **fato velho de ciência nova**” (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2017, p. 448, grifo nosso).

Diz-se que essa interpretação – da norma que só excepciona o “documento” – talvez seja equivocada porque não parece lógico a **admissão de fatos novos** – ocorridos após o ajuizamento da ação (superveniência objetiva) – e de **fatos velhos** – mas de **ciência nova** (superveniência subjetiva) –, quando oriundos de prova documental, como potencialmente capazes de alargar o âmbito objetivo do debate processual e do conteúdo da sentença (Brasil, 2015, art. 493) e não admitir, com esse mesmo poder de influência, os fatos que brotam da instrução (depoimento da parte ou de uma testemunha, etc.), desde que, é claro, esses novos fatos adquiridos pela atividade probatória incluam-se na causa de pedir exposta¹⁴⁶ – de maneira incompleta ou deficiente, insuficiente, enfim, mas jamais inexistente¹⁴⁷ – nos articulados, condicionada essa admissão, ainda, à presença de boa-fé por parte daquele a quem o fato aproveita.

É lícito concluir, assim, que o regramento normativo no Brasil e em Portugal a respeito dos fatos novos – ou fatos velhos de ciência nova –, sejam eles advindos da prova documental ou da prova produzida em audiência, são muito similares, ou seja, ambos admitem a flexibilização parcial do princípio do dispositivo, numa clara leitura e aplicação das normas processuais “[...] à luz da Constituição, isto é, no sentido mais favorável ao princípio da tutela jurisdicional efetiva”¹⁴⁸, submetendo – sempre – esses novos fatos a amplo debate endoprocessual.

Nessa linha, não há dúvida quanto a possibilidade de aproveitamento de fatos não alegados nos articulados, com um conseqüente desvio parcial da noção clássica do princípio do dispositivo, que é muito ligado ao princípio da eventualidade ou da concentração da defesa¹⁴⁹

¹⁴⁶ “[...] o fato superveniente, para ser levado em linha de conta, tem de relacionar-se com a causa de pedir em que se assenta a ação” (Mesquita, 2017, p. 106).

¹⁴⁷ Mesquita, 2017, p. 97.

¹⁴⁸ Picó i Junoy, *apud* Mesquita, 2017, p. 91.

¹⁴⁹ No Brasil, esse princípio decorre da norma contida no art. 336 do CPC: “Incumbe ao réu **alegar**, na contestação, **toda a matéria de defesa**, expondo as **razões de fato** e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir” (grifo nosso). Em Portugal, o princípio da concentração da defesa

– e, por óbvio, das alegações na petição inicial –, e do fenômeno da preclusão¹⁵⁰. Não obstante esse *desvio* admitido legalmente, o princípio do dispositivo – que, como já explicitado, se relaciona de perto com os princípios da concentração da alegação da matéria factual em momento apropriado, da preclusão e o da estabilidade da instância, normalmente invocados para justificar a boa ordem e a disciplina no processo¹⁵¹ – permanece muito vivo no sistema brasileiro – assim como no sistema português¹⁵² – ou, pelo menos, no entendimento da jurisprudência:

A produção da prova está limitada aos fatos que embasaram a causa de pedir apresentada na petição inicial. Não é permitido que o autor altere a causa de pedir no decorrer da demanda e pretenda fazer prova desses novos fatos (Brasil, 2015, AgRg no Ag 1367472/SC)

[...] incumbe à parte instruir a inicial ou a contestação com os documentos necessários para provar o direito alegado, somente pode ser excepcionada se, após o ajuizamento da ação, surgirem documentos novos, ou seja, decorrentes de fatos supervenientes ou que somente tenham sido conhecidos pela parte em momento posterior (Brasil, 2017, REsp 1618161)

Não obstante o elogiável avanço – tanto em Portugal quanto no Brasil – que representa a flexibilização parcial do princípio do dispositivo por meio da integração dos fatos supervenientes instrumentais, complementares ou concretizadores – que se situam na órbita da causa de pedir ou do objeto do processo¹⁵³ –, o processo civil luso-brasileiro continua rígido, na medida em que repudia, “[...] em regra, a modificação da causa de pedir, pois pressupõe que esta produz sempre uma indesejável instabilidade processual”¹⁵⁴. E essa rigidez, adotada a pretexto de assegurar a ordem do processo e a celeridade na sua tramitação, toma por refém o fim maior do processo: a justa e eficiente composição do litígio. E, para além disso, sequer garante a economia processual.

na contestação está positivado no art. 573.º do CPC, que possui a seguinte redação: “1 - Toda a defesa deve ser deduzida na contestação, excetuados os incidentes que a lei mande deduzir em separado. 2 - Depois da contestação só podem ser deduzidas as exceções, incidentes e meios de defesa que sejam supervenientes, ou que a lei expressamente admita passado esse momento, ou de que se deva conhecer oficiosamente.”

¹⁵⁰Mesquita, 2017, p. 115, cita Comoglio, que advertiu: “o incremento dos poderes do juiz [com fundamento na gestão formal e gestão material do processo] é inversamente proporcional ao agravamento das preclusões e dos prazos peremptórios.”

¹⁵¹Mesquita, 2017, p. 87.

¹⁵²“[...] por força da anquilosada regra da estabilidade da instância, percebemos que o princípio do dispositivo não morreu e que, no fundo, apenas existe uma lenta metamorfose ou transformação desta trave-mestra do Processo Civil” (Mesquita, 2017, p. 118).

¹⁵³“[...] o facto superveniente, para ser levado em linha de conta, tem de relacionar-se com a causa de pedir em que assenta a acção” (Mesquita, 2017, p. 106).

¹⁵⁴Mesquita, 2017, p. 105.

É relevante realçar, desde logo, que os princípios da celeridade e da economia processual não possuem o mesmo conteúdo e nem conduzem ao mesmo resultado. Nem sempre o caminho mais curto é o melhor ou o mais rápido, de tal modo que, no processo, um passo atrás – que aparentemente atenta contra o princípio da celeridade – não significa, necessariamente, um prejuízo à melhor tramitação do procedimento, porquanto esse retroceder pode, por vezes, representar um significativo “ganho” para o processo, prestigiando, assim, o princípio da economia processual.

Num exemplo emblemático – (citado por Mesquita, 2017, pp. 107-108) – da dissidência ou da tensão entre celeridade e economia processual, basta lembrar a ação de despejo intentada com fundamento na utilização do imóvel para um fim diverso daquele a que se destina (art. 1.083.º, n.º 2, al. *c*, do Código Civil de Portugal) ou por infração contratual ou legal (art. 9º, inciso I, da Lei nº 8.245/91 – lei de locações imobiliárias no Brasil) em que, depois da completa instrução processual, restar demonstrado outra causa que, igualmente, conduz ao despejo do inquilino (violação, de forma reiterada e grave, das regras de higiene e de boa vizinhança – art. 1083.º, n.º 2, al. *a*, do Código Civil de Portugal – ou a falta de pagamento de algum encargo da locação, a exemplo de impostos devidos pelo locatário – art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.245/91, no Brasil –), de modo que, diante dessa realidade e à luz da rigidez dos princípios da preclusão e da estabilidade da instância, o destino dessa ação é a improcedência do pleito inicial, exigindo do autor a propositura de nova ação na qual exponha, na sua causa de pedir, o fato novo processualmente demonstrado. E é assim porque o fato superveniente – que brotou na atividade probatória – constitui, por si só, uma causa de pedir distinta daquela indicada na petição inicial – o novo fato é essencial puro ou essencial nuclear, e não simplesmente instrumental, complementar ou concretizador –, de sorte que, a rigor, a sua admissão – sem que o réu consinta – importa em alteração da causa de pedir e isso contraria o art. 260.º do CPC de Portugal e o art. 329 do CPC do Brasil, que tutelam o princípio da estabilidade da instância.

No exemplo apontado acima, o retroceder na marcha processual a partir da admissão do fato superveniente – principal ou nuclear – importa, sem dúvida, na alteração tardia da causa de pedir, mas isso não se traduz em prejuízo para a duração razoável do processo e nem atenta contra o princípio da economia processual. É inegável que a integração do fato novo, não alegado no articulado, induz a renovação do contraditório e, eventualmente, a reabertura da atividade probatória, sem violar, contudo, o princípio da economia processual. Muito ao contrário, essa solução resulta em evidente economia processual, na medida em que torna

dispensável a propositura de outra ação com o mesmo objeto ou pedido (no caso, o despejo), apenas com uma causa de pedir distinta. E ninguém ignora os significativos gastos financeiros com custas processuais e o tempo que demanda a formação da nova relação processual (distribuição, citação, etc.), numa clara demonstração de que o caminho mais curto – o da celeridade – não é o melhor. Nesse caso, a tensão entre o princípio da celeridade e o da economia processual há de ser resolvida em favor do último, que melhor atende ao primado da justa e eficiente solução da lide.

Numa iniciativa vanguardista, de enfrentamento de conceitos clássicos e de regras não consentâneas com o processo civil moderno, a comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro propôs uma alargada flexibilização do princípio do dispositivo, como se extrai do art. 314 do PLS nº 166/2010:

O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto à respectiva causa de pedir.

Embora não tenha sido aprovada – o novo CPC do Brasil optou pela tradicional regra da estabilidade da instância (art. 329) e, de consequência, pela reafirmação do princípio do dispositivo –, essa proposta – talvez até com um certo exagero, porque estabelece parâmetros mínimos para a admissibilidade da alteração da causa de pedir (boa-fé e ausência de prejuízo ao réu), sem as condicionantes estabelecidas nos sistemas flexíveis (a exigência de um juízo de oportunidade, resultante do não agravamento ou demora no andamento da causa, a exemplo da alteração radical do pedido) – tem a virtude de deixar à mostra uma nova percepção a respeito do processo – de seu arranjo interno – e de sua finalidade: a justa e eficiente resolução da lide. Ela representa uma semente lançada no solo fértil da dogmática processual, cabendo aos juristas conectados com o moderno processo civil dar-lhe o necessário alimento para frutificar no seu tempo (para muitos juristas, já é tempo de colheita).

O certo, porém, é que o processo civil nalguns sistemas – dentre eles o luso-brasileiro – o ultrapassado formalismo¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ ainda impera, circunstância que indica “[...] a necessidade de articular o princípio do dispositivo com os novos princípios processuais, concretamente com os princípios da gestão material e da cooperação”, de tal modo que “[...] o juiz, fundado na prova que procurou, não pode, por si só, introduzir novos factos no processo, mas, brotando estes da fase da instrução, tem de perguntar se a parte interessada deseja aproveitar-se deles no processo”¹⁵⁷. E essa articulação deve ser orientada ou guiada pelo juízo de oportunidade (§ 263 da Ordenança Processual alemã)¹⁵⁸, que contraindica “[...] uma alteração radical do objeto do processo”¹⁵⁹. Noutras palavras, a alteração é admissível quando a alteração ou ampliação não perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito (art. 264.º do CPC de Portugal) ou não causar “um retardamento relevante” e “um agravamento” no desenvolvimento do processo (§ 235, 3, da Ordenança Processual austríaca) ou não decorrer daí considerável agravamento ou demora no andamento da causa (§ 94 da Ordenança Processual da Suíça).

Noutro fronte, deparamo-nos com a gestão do pedido, por meio do conhecimento officioso – cognoscível de ofício – e a qualificação diversa (Santos, 2015, p. 78). A “[...] gestão do pedido pressupõe uma flexibilização do princípio da congruência em prol da efetividade do processo e da proteção do patrimônio jurídico das partes”, concretizada pelos seguintes meios: “[...] (i) o convite ao aperfeiçoamento; (ii) a alteração; (iii) o conhecimento officioso e a qualificação diversa; e (iv) a ampliação do pedido” (Santos, 2015, p. 78)¹⁶⁰. As duas primeiras

¹⁵⁵“Do ponto de vista cooperativo, no estágio atual da história brasileira, já está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação processual, para permitir-se a alteração do pedido e da causa de pedir nos termos da recente legislação processual portuguesa. Dessa forma, estimular-se-ia mais uma vez o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo, que não tem mais razão de ser” (Oliveira, 2003, p. 25).

¹⁵⁶“Um processo estruturalmente preclusivo e ‘castigador’ não é compatível com a flexibilização ideal do princípio do dispositivo e com o princípio da gestão processual [...]” (Mesquita, 2017, p. 119).

¹⁵⁷Mesquita, 2017, p. 110.

¹⁵⁸Jauernig, 2002, p. 232 esclarece que: “A pertinência do interesse do autor, antes tem de ser apreciada objetivamente; o que é determinante é se pela **admissão da modificação da instância** o litígio pode ser **resolvido no âmbito do processo existente e assim evitar-se um novo processo**” e conclui: “[...] A **modificação da instância** é especialmente pertinente, **se a matéria do litígio se mantém praticamente a mesma** [...] Esta simplificação do processo é **particularmente oportuna se a nova acção modificada no seu fundamento tem muitos factos em comum com os da acção anterior**” (grifo nosso).

¹⁵⁹Mesquita, 2017, p. 111.

¹⁶⁰O autor diz que “[...] o juiz poderá recomendar a alteração, a supressão ou a inclusão de um ou mais pedidos ou elementos constitutivos da causa de pedir, se tal for *necessário* à efetiva realização da justiça e, por consequência, à utilidade e à otimização do resultado do processo em curso, sem se limitar aos casos em que constitui o único meio para impedir a propositura de uma *nova* ação”, mas “[...] ao magistrado cabe apenas *sugerir* a prática de um ato relativo ao pedido ou à causa de pedir irregular, incompleta, imprecisa ou ausente, sendo-lhe defeso *impor* a própria vontade sobre a do litigante, manifestada expressa ou tacitamente. Assim, se a parte silenciar após o convite do juiz, ou atuar de modo diverso do proposto, deve arcar com os efeitos do seu ato” (Santos, 2015, p. 77). Disponível em:

providências citadas parecem enquadrar-se melhor na gestão formal, ao passo que as demais integram a gestão material.

No Brasil, a interpretação contextual do pedido – do conjunto da postulação, caracterizadora de típica gestão material do pedido e de inegável flexibilização do princípio do dispositivo – é admitida expressamente pelo direito positivo vigente (2015, art. 322, § 2º), ao passo que em Portugal essa solução é reconhecida pela jurisprudência do STJ/PT, consoante evidenciam os seguintes acórdãos:

I - O princípio do dispositivo impede que o tribunal decida para além ou diversamente do que foi pedido, mas não obsta a que profira decisão que se inscreva no âmbito da pretensão formulada.

II - Pedindo os autores o reconhecimento do direito de propriedade de um muro que delimita os quintais dos dois prédios urbanos confinantes, não constitui excesso de pronúncia, nem fere o princípio do dispositivo a decisão judicial que, com fundamento na presunção legal do art. 1371.º, n.º 2, do CC, reconhece que o muro é compropriedade de ambas as partes.

III - Considerando que ao réu foi conferida a possibilidade de se defender, sem exclusão sequer da possibilidade de ilidir a presunção legal de comunhão prevista no art. 1371.º, n.º 2, do CC, a decisão que reconheceu a situação de compropriedade relativamente ao muro divisório não traduz a violação do princípio do contraditório (Portugal, 2015, Recurso nº 607/06.2TBCNT.C1.S1).

1. O repouso e o sossego que cada pessoa necessita de desfrutar no seu lar para se retemperar do desgaste físico e anímico que a vida no seu dia a dia provoca no ser humano é algo de essencial a uma vida saudável, equilibrada e física e mentalmente sadia. O direito ao repouso, ao sossego e ao sono são uma emanção da consagração constitucional do direito à integridade física e moral da pessoa humana e a um ambiente de vida sadio, constituindo, por isso, direitos de personalidade e com assento constitucional entre os Direitos e Deveres Fundamentais.

2. A nossa lei fundamental concede uma maior protecção jurídica a estes direitos do que aos direitos de índole económica, social e cultural, havendo entre eles uma ordem decrescente de valoração. E na lei ordinária existe um dispositivo que expressamente manda dar prevalência, em caso de conflito de direitos, àquele que for considerado superior –nº 2 do art. 335º C.Civil.

3. Ainda que durante o período diurno o nível de ruído induzido pela actividade desenvolvida no estabelecimento da ré continue a ser elevado, esse ruído de fundo, por força da actividade associada a todo o bulfício citadino diário, esbate-se bastante, estando a pessoa humana habituada a conviver com outros níveis sonoros durante o dia. Nesta medida e numa perspectiva de razoabilidade e de consideração dos direitos em causa, afigura-se que a laboração do estabelecimento da ré já não deve cessar quando não colida com aqueles direitos, de natureza superior. A limitação do horário de funcionamento do estabelecimento constitui uma medida eficaz e adequada para defesa dos direitos dos autores e permite

compatibilizar o conjunto dos direitos em jogo. Tem-se como adequada a medida de limitar o fecho do estabelecimento ao horário noturno, entre as 22 h e as 7 h, tal como demarcado no Regulamento Geral do Ruído (aprovado pelo Dec-Lei 292/00, de 14 de Novembro, então em vigor), coincidente com o período em que as pessoas habitualmente repousam e dormem, assim recuperando física e psiquicamente (Portugal, 2007, Recurso nº 07B2198).

Nessa mesma direção, já caminhava a jurisprudência brasileira ainda sob a vigência do CPC/1973 – que não contemplava a regra expressa do § 2º do art. 322 do CPC/2015 –, a exemplo da decisão proferida numa ação de rescisão de contrato de compra e venda de produto para exportação, celebrado entre empresas brasileiras – exportadoras – e uma empresa situada na República Tcheca – importadora –, em que a adquirente pediu a resolução do contrato e a restituição integral do preço pago, sob alegação de vício de qualidade do produto. Na sentença, o juiz desviou-se do pedido estrito e condenou as exportadoras a restituírem à importadora o valor representativo do abatimento proporcional do preço – o que as partes, antes da propositura da demanda, já haviam ajustado extrajudicialmente, mas esse acordo não foi cumprido pelas exportadoras –, porque essa solução se apresentava menos onerosa para as partes, considerando o elevado custo do transporte marítimo com o retorno da mercadoria (couro) à origem¹⁶¹, com o que concordou o tribunal de apelação¹⁶² e como decidiu, num caso similar, o STJ/BR¹⁶³, na busca da efetividade da prestação jurisdicional.

Enfim, na perspectiva da gestão da causa de pedir é lícito ao juiz – no ainda rígido sistema luso-brasileiro – admitir a integração de fatos instrumentais, complementares ou concretizadores não alegados nos articulados, alargando o debate endoprocessual e o objeto da prestação jurisdicional; já no domínio da gestão do pedido, o juiz possui o poder-dever de ajustar a prestação jurisdicional de modo a conceder uma tutela útil do direito, capaz de assegurar a efetividade do processo, respeitando o princípio da congruência ou da correlação entre o pedido e a sentença, numa leitura flexível e abrangente do próprio pedido, sem alterar, contudo, a causa de pedir ou, noutras palavras, sem alterar “o efeito prático-jurídico que se deseja obter” (Santos, 2015, p. 81).

¹⁶¹Ação autuada sob o nº 200800231095, que tramitou perante o juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Itumbiara/GO (Brasil).

¹⁶²Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Brasil): Apelação Cível nº 23109-72.2008.8.09.0087 – rel. Des. Geraldo Gonçalves da Costa – DJ 840, de 15/06/2011. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consultas-judiciais>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

¹⁶³Superior Tribunal de Justiça (Brasil): REsp 109.294/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ de 12/05/1997, p. 18814. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

3.3.9.8. Limites na aplicação do princípio da gestão processual

O princípio da gestão processual há de ser enxergado na inteligência de que nenhum princípio é absoluto, a partir da compreensão de que “os princípios podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas” (Marinoni, 2013, p. 48), “[...] que são condicionadas pelos princípios opostos, e assim exigem a consideração dos pesos dos princípios em colisão segundo as circunstâncias do caso concreto” (Marinoni, 2013, p. 48). Nesse contexto, a aplicação do princípio da gestão processual pressupõe a sua conjugação e articulação com os demais princípios processuais fundamentais – os grandes princípios do processo ou princípios estruturantes –, de modo tal que esses princípios possam lhe dar vida, ainda quando o direito positivo preveja o dever de gestão processual, porque o seu exercício no processo – quando, como e até que ponto – dependerá, sempre, das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto e na medida da interação entre os princípios processuais – o direito positivo sem a atuação dos princípios é um corpo sem alma –. Por outro lado, os mesmos princípios processuais que dão vida ou que legitimam a gestão processual também servem de balizas para o seu exercício, limitando-a. Noutras palavras, a gestão processual deve ser exercida na exata medida do escrupuloso respeito aos princípios fundamentais do processo, sob pena de os atos do juiz que desrespeitar esses limites ingressar na indesejável e inadmissível ilegitimidade, sujeitando-se, portanto, à decretação de invalidade.

4. CONCLUSÃO

No final de nossa jornada em busca da gestão processual, percebemos que não há razão lógica para a longa batalha – a permanente tensão ideológica maniqueísta – entre garantismo-privatista e ativismo-publicista, porquanto os sistemas processuais modernos não adotam, de maneira plena ou exclusiva, nenhum desses modelos, de tal modo que a adoção de institutos de um não exclui a adoção de institutos do outro. É, sim, possível – e até desejável, na eterna dialética do direito – a convivência entre essas duas visões ideológicas, na medida em que “tanto o garantismo como o ativismo não merecem figurar como padrão ou medida do processo civil contemporâneo” (Theodoro Júnior, 2018, p. 444).

O processo não será melhor com a redução do papel do juiz, com o seu amesquinamento, transformando-o em mero expectador do duelo entre as partes, num processo sem juiz. Essa opção – individualista e até egoísta – importaria em ignorar o inegável interesse público na justa composição do conflito intersubjetivo para a pacificação social, uma das razões da função jurisdicional do Estado. Seria renunciar a um importante colaborador, comprometido com a missão de alcançar a justa composição do litígio, o que pressupõe a descoberta da verdade real ou material dos fatos em debate, inclusive por iniciativa judicial, se necessário, sem, com isso, despir-se o juiz da imparcialidade¹⁶⁴. Não será melhor, por outro lado, o processo dominado pelo juiz, com absoluto desprestígio das partes e de seus legítimos interesses, como se a única missão dos litigantes fosse dar impulso inicial à demanda, convertendo-se, a partir daí, num processo sem partes. É exatamente a atuação processual das partes com ampla liberdade e de sua efetiva participação – não apenas com direito de falar, mas sobretudo de ser ouvido, tanto a respeito das questões fáticas quanto jurídicas – para a construção de um processo – ou procedimento – justo e, conseqüentemente, de uma decisão justa que legitima a atividade jurisdicional, num modelo cooperativo e democrático de aplicação do direito, numa comunidade de trabalho na qual não há lugar para decisões surpresas¹⁶⁵.

¹⁶⁴Theodoro Júnior (2018, p. 447) ensina que: “Justiça e verdade são ideias indissociáveis, da mesma forma que não se pode dissociar injustiça e mentira ou falsidade. Falso e injusto, portanto, é o juiz que resolve um litígio, ciente de que a prova do fato básico da causa não foi produzida, embora nada houvesse para impedi-la. A imparcialidade não pode manietá-lo, bloqueando o acesso à verdade, quando nada o impedia de conhece-la. Parcialidade realmente grave, e incompatível com o processo justo, é a que comete o juiz que decide a demanda em favor de uma das partes, consciente de que o faz por falta de uma prova que estaria perfeitamente a seu alcance, e que só não veio aos autos por ignorância ou desamparo técnico daquele que perdeu a causa”.

¹⁶⁵Campos (2018, p. 161) diz que, no Brasil, “[...] o modelo processual instituído pelo CPC estimula a gestão compartilhada do processo entre o juiz e as partes, seja para dar maior legitimidade aos atos praticados (cooperação), seja para tornar o processo mais eficiente.”

Nesse ambiente, não há lugar para protagonismos isolados ou para segregação – para interpretações solo do juiz ou das partes –, como se oponentes fossem¹⁶⁶. Não há atores principais e meros figurantes, porquanto todos escrevem o enredo e paritariamente interpretam seus papéis – distintos, é verdade, mas com a mesma dignidade e a dignidade de um não será maior se diminuir a dignidade do outro – para que história receba, ao final, os aplausos de todos aqueles que se guiam pelos valores do Estado Democrático de Direito (Theodoro Júnior, 2018, p. 447).

O processo, enfim, não pertence ao juiz e nem às partes e nem é obra de um ou de outro. Ele – o processo – é um instrumento social de pacificação de conflitos de interesses e, nessa dimensão, salvaguarda a sociedade organizada e civilizada, na convicção de que “[...] o garantismo por que anseia a sociedade democrática de nosso tempo não é o que afasta o juiz da preocupação pelo destino do processo, mas aquele que assegura seu comando firme à frente do processo, imparcial mas não indiferente à justiça do provimento a ser produzido, sempre dentro do clima de efetiva cooperação entre todos os sujeitos da relação processual” (Theodoro Júnior, 2018, p. 447).

O juiz gestor, de sua parte, não ignora essa complexa realidade e, tal qual um habilidoso navegador que livra a sua embarcação do naufrágio diante de intempéries, deve conduzir o processo a um porto seguro: a justa composição do litígio (saber o que faz, como faz e por que faz).

O bom governante não é o que faz a obra com o seu esforço único, mas aquele que conclama e efetivamente dá oportunidade a todos de participar da obra¹⁶⁷. Mais importante do que a obra de um é a obra de todos. O juiz deve ser o bom governante e, para isso, precisa saber exercer escrupulosamente o seu papel, sem esmaecer o papel dos demais participantes da “comunidade de trabalho”¹⁶⁸.

No processo civil moderno, todos os atores do processo são convidados a “atuar”, mas no elenco não há nenhum papel de “estátua” e nem há lugar para “convidado de pedra”¹⁶⁹.

¹⁶⁶No modelo democrático de processo, o protagonismo processual é entregue ao conflito intersubjetivo de interesses, ou melhor, à sua justa solução.

¹⁶⁷“Se a tarefa do juiz é sempre atomística e solitária quando é convocado o momento final da decisão jurisdicional, no percurso que o antecede erigem-se como parâmetros de actuação os valores da eficácia e da qualidade. Ora, tudo isto exige uma inteligência organizativa o que pressupõe uma dimensão colectiva, coordenada a vários níveis, mas em que ao judicial se concedam efectivos poderes de micro e macro gestão” (Matos, 2010, p. 136).

¹⁶⁸ “[...] no processo civil, o juiz deve intervir também como *autoridade reguladora*, assegurando a igualdade de armas e o contraditório, mas **fiscalizando substantivamente a lide, condicionando-a**” (Matos, 2007, p. 105). (grifo nosso)

¹⁶⁹Expressões utilizadas por Mesquita (2013, p. 150) & Moreira (2003, p. 69).

REFERÊNCIAS

Abreu, Rafael Sirangelo de. (2015). *Igualdade e processo: Posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Alexandre, Isabel. (2013). *O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo CPC*. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Texto_intervencao_Isabel_Alexandre.pdf. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

Alexy, Robert. (1998). *Colisão e ponderação de interesses como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao---alexys>. Acesso em: 23 de setembro de 2017.

Alvim Netto, José Manoel Arruda. (8ª ed.). (2003). *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT.

Aroca, Juan Montero. (10ª ed.). (2000). *Derecho jurisdiccional: Parte general I*. Valencia: Tirant lo Blanch.

_____. (2002). *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scintifiche italiane.

Barroso, Luís Roberto, & Barcelos, Ana Paula de. (2003). *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 232: 141-176. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

Barroso, Luís Roberto. (2004). *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36.

_____. (2005). *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240: 1-42.

Barroso, Luís Roberto, & Mello, Patrícia Perrone Campos. (2016). *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Revista da AGU, v.15, n.3. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

Bernal, Francisco Chamorro. (1994). *La Tutela Judicial Efectiva: Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch.

Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.

_____. (1991). *Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

_____. (2002). *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

_____. (2015). *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

Bueno, Cássio Scarpinella. (2007). *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva.

_____. (3ª ed.). (2017). *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva.

Cabral, Antônio do Passo. (2016). *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Cabral, Trícia Navarro Xavier. (1ª ed.). (2010). *Flexibilidade procedimental*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, ano 4. Volume VI, Rio de Janeiro.

Cadiet, Loïc. (2012). *Los acuerdos processales em derecho francés: situación actual de la contractualización de proceso y de la justicia en Francia*. Civil Procedure Review, v. 3. n.3: 3-35.

Cahali, Claudia Elizabete Schwerz. (2013). *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica.

Câmara, Alexandre Freitas. (2011). *A lide como elemento acidental da jurisdição civil*. Procedure Review, v.2, n.1: 57-64.

_____. (25ª ed.). (2014). *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Atlas S/A.

_____. (4ª ed.). (2018). *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas.

_____. (2017). *Principais novidades sobre provas no novo Código de Processo Civil português*, in *Processo Civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense.

Campos, Eduardo Luiz Cavalcanti. (2018). *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense.

Capelo, Maria José. (2004). *A reforma processual e as acções de filiação*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I. Coimbra : Coimbra Editora.

Cappelletti, Mauro. (1974). *Aspectos sociales y politicos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la europa occidental y oriental*. In: Cappelletti, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedade*. Buenos Aires: EJEA.

_____. (2001). *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Ed. Líder.

Cappelletti, Mauro, & Garth, Bryan. (1998). *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris.

Carnelutti, Francesco. (2000). *Instituições do processo civil*, vol. I. São Paulo: Classic Book.

Chiovenda, Giuseppe. (1949). *Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de pós-guerra*. In: Chiovenda, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, v. II, pp. 219-346.

Cueva, Ricardo Villas Bôas. (2017). *Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC*. In: Carvalho Filho, Antônio; & Sampaio Junior, Herval. (Org.). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: JusPodivm.

Cunha, Leonardo Carneiro da. (2017). *Normas fundamentais no novo CPC brasileiro, in Processo Civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense.

Del Claro, Roberto Benghi. (2009). *Direção Material do Processo*. (Tese de doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-163744/fr.php>>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

Denti, Vittorio. (1971). *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità.

Denti, Vittorio, & Taruffo, Michele. (2004). *Il profilo storico*. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino.

Didier Júnior, Fredie. (19ª ed.). (2017). *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Ed. Jus Podivm.

Faria, Paulo Ramos de/Loureiro, Ana Luísa. (2ª ed.). (2014). *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina.

Ferri, Corrado. (4ª ed.). (2006). In: Comoglio, Luigi Paolo et alii. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, pp. 103-104.

Freitas, José Lebre de. (3ª ed.). (2013). *Introdução do Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora.

Gajardoni, Fernando da Fonseca. (2ª ed.). (2018). *Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015, parte geral*. São Paulo: Ed. Método.

Galindo, Maíra Coelho Torres. (2014). *Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa*. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34860/1/Principio%20da%20Cooperacao%20Dever%20de%20Consulta%20e%20a%20Proibicao%20das%20Decisoes-Surpresa.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

Godinho, Robson Renault. (2013). *A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro*. Civil Procedure Review, v. 4, n.1.

Goldschmidt, James. (1936). *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor.

Gouveia, Mariana França. (2013). *O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*. In: Revista da Ordem dos Advogados - ROA. ISSN 0870-8118, nr. 2, p. 595-617.

Greco, Leonardo. (2008). *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. In: Medina, José Miguel Garcia; Cruz, Luana Pedrosa De Figueiredo; Cerqueira, Luís Otávio Sequeira De; Gomes Júnior, Luiz Manoel (coords.). *Os poderes do Juiz e o controle das decisões Judiciais: estudos em homenagem à prof. Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. RT.

Guasp, Jaime & Aragonese, Pedro. (2005). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, *introducción e parte general*, 7ª edição. Editora Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Espanha.

Jauernig, Othmar. (25ª ed.). (2002). *Direito Processual Civil*. Coimbra: Ed. Almedina.

Jorge, Nuno de Lemos. (2007). *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Revista Julgar, Coimbra, n. 3, p. 61-84.

Klein, Franz. (1958). *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

Lourenço, Haroldo. (2011). *O neoprocessualismo, o formalismo valorativo e suas influências no novo CPC*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 92.

Marinoni, Luiz Guilherme. (7ª ed.). (2013). *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Marinoni, Luiz Guilherme, & Arenhart, Sérgio Cruz. (3ª ed.). (2016). *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Marinoni, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz, & Mitidiero, Daniel. (3ª ed.). (2017). *Novo curso de processo Civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Matos, José Igreja. (2007). *O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)*. Revista Julgar, n.º 2, 2007. Disponível também em: <<http://julgar.pt/o-juiz-e-o-processo-civil/>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

_____. (2010). *A gestão processual: um radical regresso às raízes*. Revista Julgar, n.º 10, 2010. Disponível também em: <<http://julgar.pt/a-gestao-processual-um-radical-regresso-as-raizes/>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

Medina, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. (2017) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Mendonça, Luis Correia de. (2007). *Vírus autoritário e processo civil*. Revista Julgar, Coimbra, n. 1, p. 67-98.

Menger, Anton. (1947). *El derecho civil e los pobres*. Atalaya: Buenos Ayres.

Mesquita, Miguel. (2013). *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, n. 3983, ano 143.º.

_____. (2013). *A revelia no processo ordinário*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (2015). *Princípio da Gestão Processual: O “Santo Graal” do Novo Processo Civil?*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Faculdade de Direito de Coimbra, ano 145.º, n. 3995.

_____. (2017). *A “morte” do princípio do dispositivo?*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, n. 4007, Novembro-Dezembro de 2017, ano 147.º.

Micheli, Gian Antonio. (1959). *Corso di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè.

Milman, Fábio. (2007). *Improbidade processual*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Moreira, José Carlos Barbosa. (1984). *O juiz e a prova*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. (1991). *A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil*. Revista da Ordem dos Advogados, vol. 1. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1991/ano-51-vol-i-abr-1991/doutrina/>. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

_____. (1996). *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 205: 11-22.

_____. (2000). *Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 74-83 jul./set. 2000. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/18/revista18%20\(15\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/18/revista18%20(15).pdf)>, p. 148-162. Acesso em: 23 de outubro de 2017.

_____. (2003a). *O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_55.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2017.

_____. (2003b). *O processo, as partes e a sociedade*. Revista Dialética de Processo Civil, v. 5.

_____. (2007). *O neoprivatismo no processo civil*. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. (2010). *A tutela específica e o princípio dispositivo: ampla possibilidade de conversão em perdas e danos por vontade do autor*. Disponível em <http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151814210.tutela_especifica.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

_____. (9ª ed.). (2017). *Manual de direito processual civil*. Salvador: Ed. JusPodivm.

Nunes, Dierle José Coelho. (2008). *Comparticipação e Policentrismo: Horizontes para a democratização processual civil*. (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

_____. (2016). *A aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In *Precedentes*, coleção Grandes Temas do Novo CPC, Salvador: Juspodivm. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.

Oliveira, Carlos Álvaro de. (2003). *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Artigo publicado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

Organização das Nações Unidas (ONU). (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas, Paris. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2017.

Picó i Junoy, Joan. (2015). *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, versão digital (e-book).

Pimenta, Paulo. (2016). *Processo Civil Declarativo*. Coimbra: Editora Almedina.

Portugal. (2013). *Lei n.º 41/2013, de 26 de junho*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

_____. (7ª rev.). (2005). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia da República. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

Redondo, Bruno Garcia. (2017). *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: Editora Juspodivm.

Rodrigues, Fernando Pereira. (2013). *O Novo Processo Civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Editora Almedina.

Sampaio, Rogério Marrone de Castro. (2008). *A atuação do juiz no direto processual civil moderno*. São Paulo: Atlas.

Santos, Leonardo Valverde Susart dos. (2015). *Gestão material do processo do trabalho*. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/29884/1/Gestao%20material%20do%20processo%20do%20trabalho.pdf>. Acesso em 21 de maio de 2018.

Silva, Paulo Eduardo Alves da. (2010). *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva.

Sousa, Miguel Teixeira de. (1997). *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas.

_____. (2013). *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de Direito Privado, n. 43. Disponível em: https://www.academia.edu/5187428/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Apontamento_sobre_o_p

rinc%C3%ADpio da gest%C3%A3o processual no novo C%C3%B3digo de Processo Civil 10.2013>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2018.

_____. (2015). *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancias_01.2015>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

_____. (2016). *Adequação formal pública vs. adequação formal privada (ou Portugal vs. Brasil)?*. Disponível em: <<https://blogipcc.blogspot.pt/2016/02/adequacao-formal-publica-vs-adequacao.html>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

Streck, Lenio Luiz & Abboud, Georges. (2016). *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

Taruffo, Michele. (2006). *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LX, n. 2.

_____. (2014). *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 19 de junho de 2018.

Theodoro Júnior, Humberto. (2010). *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(1): 64-71. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

_____. (59ª ed.). (2018). *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense.

Thomaz, Fernão de C. Fernandes. (1982). *Recolha e valoração da prova em processo civil: alguns aspectos relevantes*. Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/>>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. (1953). *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

Trocker, Nicolo. (1974). *Processo civile e costituzione: problemi de diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè.

Wambier, Tereza Arruda Alvim, Didier Júnior, Fredie, Talamini, Eduardo, & Dantas, Bruno. (2015). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Zaneti Junior, Hermes. (2005). *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS. Disponível em: <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2017.

JURISPRUDÊNCIA

Brasil (2000). Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança: *MS 23452/RJ*. Relator: Min. Celso De Mello – DJ de 12/05/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

_____. (2009). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 1.012.306/PR*. Relator: Min. Nancy Andrichi, DJe de 07/05/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4134725/recurso-especial-resp-1012306-pr-2007-0287732-4/inteiro-teor-12211831>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

_____. (2010). Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental: *AgRg no REsp 862628/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux, DJe de 19/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=200601386977&dt_publicacao=19/08/2010>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

_____. (2010). Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança: *MS 11045/DF*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 25/02/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=200501646190&dt_publicacao=25/02/2010>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2018.

_____. (2010). Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região. *54200900018003 GO 00054-2009-000-18-00-3*. Relator: Mário Sérgio Bottazzo, Publicação DJ Eletrônico Ano IV, nº 37, de 05/03/2010, p. 5. Disponível em: <<https://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18888943/54200900018003-go-00054-2009-000-18-00-3/inteiro-teor-104181530>>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

_____. (2011). Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Apelação Cível nº 354477-26.2008.8.09.0087*. Relator: Des. João Ubaldo Ferreira – DJ 749, de 31/01/2011. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2018.

_____. (2011). Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Ação Rescisória: *ROAR 23005320085100000 2300-53.2008.5.10.0000*. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Publicação DEJT de 09/12/2011. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20925242/recurso-ordinario-em-acao-rescisoria-roar-23005320085100000-2300-5320085100000-tst/inteiro-teor-110182195>>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

_____. (2012). Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: *HC 112298/RS*. Relator: Min. Ayres Britto, DJe-061, publicado em 26/03/2012. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21427780/habeas-corporis-hc-112298-rs-stf/inteiro-teor-110355969?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

_____. (2014). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 1119361/RS*. Relator: Min. Nancy Andrighi – DJe de 19/05/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25092584/recurso-especial-resp-1119361-rs-2009-0111518-0-stj/inteiro-teor-25092585?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

_____. (2014). Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo: *ARE 648629/RJ*, decidido em sede de repercussão geral. Relator: Min. Luiz Fux – DJe-069, de 08/04/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342717/recurso-extraordinario-com-agravo-are-648629-rj-stf/inteiro-teor-159438447?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 09 de outubro de 2017.

_____. (2015). Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo: *AgRg no Ag 1367472/SC*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 27/10/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201001990318&dt_publicacao=27/10/2015>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

_____. (2017). Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial: *AgInt no REsp 1444911/SP*. Relator: Min. Og Fernandes, DJe 29/09/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

_____. (2017). Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial: *EDcl no AgRg nos EREsp 1510816/PR*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe de 16/05/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449491610/embargos-de-divergencia-em-resp-eresp-1510816-pr-2015-0022175-4>>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

_____. (2017). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 1349935/SE* (decidido em sede de Recurso Repetitivo). Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 14/09/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/498966252/recurso-especial-resp-1349935-se-2012-0224204-9/inteiro-teor-498966261>>. Acesso em: 06 de outubro de 2017.

_____. (2017). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 161816/AC*. Relator: Min. Herman Benjamin, DJe de 06/03/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201602048645&dt_publicacao=06/03/2017>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

_____. (2017). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 1653654/SP*. Relator: Min. Herman Benjamin, DJe de 24/04/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

_____. (2017). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 1660411/RJ*. Relator: Min. Herman Benjamin, DJe de 20/06/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

Portugal. (2007). Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso n° 07B2198*. Relator: Alberto Sobrinho, julgado em 13/09/2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

_____. (2007). Tribunal da Relação de Coimbra. *Recurso n° 249/2000.C1*. Relator: Isaías Pádua – julgado em 04/12/2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

_____. (2007). Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Queixa n° 18223/04 – caso Cruz de Carvalho c. Portugal*, sentença de 10 de julho de 2007. Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/acordaos/AFFAIRE%20CRUZ%20DE%20CARVALHO%20c\[1\].%20PORTUGAL.pdf](http://direitoshumanos.gddc.pt/acordaos/AFFAIRE%20CRUZ%20DE%20CARVALHO%20c[1].%20PORTUGAL.pdf)>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

_____. (2008). Tribunal da Relação de Coimbra. *Recurso n° 3/07.4GAVGS.C2*. Relator: Simões Raposo – julgado em 01/10/2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

_____. (2008). Tribunal da Relação do Porto. *Recurso n° 0716047*. Relator: Ferreira da Costa - julgado em 12/06/2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

_____. (2009). Tribunal da Relação de Coimbra. *Apelação n° 2546/06.08TJCBBR-B.C1*. Relator: Isaías Pádua, acórdão de 03/03/2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

_____. (2010). Tribunal da Relação do Porto. *Recurso 939/08.5TBOVR.P1*. Relator: Teles de Menezes – julgado em 08 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

_____. (2011). Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso n° 2005/03.0TVLSB.L1.S1*. Relator: Gabriel Catarino – julgado em 27 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

_____. (2012). Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso n.º 2841/03.8TCSNT.L1.S1*. Relator: Lopes do Rego – julgado em 17/05/2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

_____. (2015). Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso n.º 1206/11.2TBCHV.S1*. Relator: Abrantes Geraldês - julgado em 11/02/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

_____. (2015). Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso n.º 607/06.2TBCNT.C1.S1*. Relator: Abrantes Geraldês, julgado em 11/02/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

_____. (2015). Tribunal da Relação de Coimbra. *Recurso n.º 63/13.9TBOLR.C1*. Relator: Isabel Silva - julgado em 30/06/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.