



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Fernando Augusto Medeiros da Silva Júnior

NEOPROCESSUALISMO:
ANÁLISE DOS INSTITUTOS DA MODERNIZAÇÃO DO
PROCESSO CIVIL EM BUSCA DA PRIMAZIA DO
JULGAMENTO DE MÉRITO

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Curso de Mestrado Científico em Direito, com menção em Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra.

Maio de 2022

FERNANDO AUGUSTO MEDEIROS DA SILVA JUNIOR

NEOPROCESSUALISMO: ANÁLISE DOS INSTITUTOS DA MODERNIZAÇÃO DO
PROCESSO CIVIL EM BUSCA DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

NEOPROCESSUALISM: ANALYSIS OF CIVIL PROCEDURE MODERNIZATION
INSTITUTES IN SEARCH OF THE PRIMARY OF THE JUDGMENT OF MERIT

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º ciclo de estudos em Direito, no ramo de Ciências Jurídico-
Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil

Orientador: Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita

COIMBRA, 2022

AGRADECIMENTOS

Ao longo desta jornada é imperioso tecer algumas palavras para enaltecer o sentimento de gratidão por todos aqueles que contribuíram para a conclusão do tão sonhado objetivo.

Em primeiro lugar devo agradecer ao meu irmão, Phyllipe Medeiros, que me apoiou diuturnamente para a realização do sonho de estudar na Faculdade de Direito de Coimbra, em Portugal, seja de forma emocional, afetiva e até mesmo financeira. Sem você, meu irmão, eu jamais teria cumprido essa tão sonhada jornada profissional.

Devo imensa gratidão aos meus pais e avós, que sempre me apoiaram e fizeram de tudo para que eu pudesse estudar aquilo que sempre tive vontade, desde à fase de mais tenra idade até na vida adulta.

Não poderia deixar de abrir o espaço de imenso agradecimento ao meu sócio, Thiago Sebadelhe, que me apoiou do início ao fim da jornada, sempre nos momentos em que precisei me ausentar do nosso escritório e até mesmo na leitura dos textos e discussões – às vezes acirradas – sobre o formalismo-valorativo. Muito obrigado, meu grande amigo e irmão.

Agradeço ao Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita pelos seus ensinamentos, diálogo e pela sua paciente e atenta orientação. Caro doutor, não esquecerei a receptividade quando de minha visita presencial à Faculdade de Direito, tirando um precioso tempo para conversar e apresentar toda a instituição. Faço votos de que possamos continuar a parceria e a amizade que pude nutrir pelo doutor.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.- Artigo

Arts. - Artigos

CNJ- Conselho Nacional de Justiça brasileiro

Consult. - Consultado

CPC – Código de Processo Civil

CPCBR/2015- Código de processo civil brasileiro

CPCPT/2013 – Código de processo civil português

Fl. - Folha

Ibid- o mesmo lugar

Lei br- lei brasileira

Lei pt- lei portuguesa

Nº- Número

Org.- Organização

P.- Página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça Brasileiro

ZPO - *Zivilprozessordnung*

Sumário

1. INTRODUÇÃO	9
2. FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL	10
2.1. PERÍODO PRIMITIVO	11
2.2. PRAXISMO OU SINCRETISMO	13
2.3. PROCESSUALISMO OU AUTONOMISMO	14
2.4. INSTRUMENTALISMO	15
2.5. NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO-VALORATIVO	16
2.6. MODELOS ESTRUTURAIS DE PROCESSO	19
2.6.1. MODELO COOPERATIVO NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO	20
2.6.2. O DEVER DE CONSULTA	26
2.6.3. O DEVER DE ESCLARECIMENTO E O DEVER DE PROTEÇÃO	28
2.6.4. O DEVER DE AUXÍLIO	28
3. OSKAR VON BÜLOW – DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS ÀS IDEIAS DE RELAÇÃO JURÍDICA	30
4. REGRAS X PRINCÍPIOS: NEOPROCESSUALISMO	33
5. MÉRITO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO BRASIL	35
6. PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO	42
6.1. NORMA-PRINCÍPIO?	43
6.2. MATERIALIZAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO	48
7. GESTÃO PROCESSUAL	50
7.1. GESTÃO PROCESSUAL: PODER-DEVER DE GESTÃO - PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE E GESTÃO MATERIAL	54
7.2. OS LIMITES DA SUA APLICAÇÃO	60
7.2.1. A IMPARCIALIDADE	61
7.2.2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	63
7.2.3. SEGURANÇA JURÍDICA	69
7.2.4. VEDAÇÃO À REDUÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS	71
7.3. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: AUTORREGRAMENTO DAS VONTADES E NEGÓCIOS PROCESSUAIS	72
8. A CARGA PROBATÓRIA	78
8.1. TEORIAS DE DISTRIBUIÇÃO DA PROVA: ESTÁTICA E DINÂMICA ..	81
9. CONCLUSÃO	85

10. REFERÊNCIAS..... 87

MEDEIROS DA SILVA JUNIOR, Fernando Augusto. **Neoprocessualismo: Análise Dos Institutos Da Modernização Do Processo Civil Em Busca Da Primazia Do Julgamento De Mérito**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022.

RESUMO

O estudo discorre sobre o Neoprocessualismo, a nova concepção de processo civil do século XXI, com vistas à pacificação social por meio de uma decisão acertada, efetiva e pautada na verdade real. Para o atingimento do objetivo é importante traçar as maiores ferramentas e institutos do processo pautado na cooperação, em que se preza por uma decisão de mérito. Desta forma, aborda-se a necessidade de ampliação dos poderes do juiz, das partes, o respeito ao efetivo contraditório, garantia aos direitos fundamentais e respeito aos princípios constitucionais e processuais. Trata-se também do ônus da prova, com a apresentação das teses estática e dinâmica de sua distribuição. Com isso, a flexibilização das formas processuais é medida que se impõe no que se propõe o formalismo-valorativo (Neoprocessualismo).

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Formalismo-Valorativo. Primazia de Resolução de Mérito. Gestão Processual. Pacificação Social. Processo Cooperativo. Verdade Real. Decisão Justa e Efetiva. Ampliação dos Poderes do Magistrado e Partes. Negócio Jurídico Processual. Sanabilidade dos Atos Processuais.

ABSTRACT

This paper discusses Neoprocessualism, the new conception of civil procedure of the 21st century, which aims to achieve social pacification through a fair, effective decision based on the actual truth. In order to achieve the goal, it is important to outline the major tools and institutes of the new cooperative procedural model, in which a decision on the merits is valued. Thus, it addresses the need to expand the powers of the judge, the parties, the respect for the effective contradictory, the guarantee of fundamental rights and the respect for constitutional and procedural principles. It also regards the evidentiary load, with the

presentation of the static and the dynamic theses of its distribution. Therefore, the flexibilization of the principle of the device and of the procedural forms is a measure that is imposed in what is proposed by the evaluative formalism (Neoprocessualism).

Keywords: Neoprocessualism. Formalism-Valorative. Merit Resolution Primacy. Procedural Management. Social Pacification. Cooperative Process. Real Truth. Fair and Effective Decision. Expansion of the Powers of the Magistrate and Parties. Procedural Legal Business. Sanitation of Procedural Acts.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo debater sobre Neoprocessualismo e as principais ferramentas processuais para uma nova concepção do modelo de processo civil que possa contribuir com a pacificação social. A decisão justa e sua efetividade para os jurisdicionados é o grande cerne de análise da dissertação, o que ocorre com análise acurada do processo civil e seus primórdios, até a evolução do neoprocessualismo, como forma de compreender o que está à disposição das partes, tal como a gestão processual, eficiência, efetividade e, especialmente, uma decisão de mérito.

Apesar de ser um tema bastante recorrente na Faculdade de Direito de Coimbra, muito em função do professor Doutor Luís Miguel Mesquita, que tanto defende e levanta a necessidade de se aprofundar o formalismo valorativo, nosso trabalho parte de uma premissa um pouco diferenciada, pois pautado na resolução do mérito da lide, com a aplicação de uma boa gestão processual – dividida entre o juiz e as partes – e distribuição efetiva da carga probatória.

O advento da nova modalidade processual (formalismo-valorativo/Neoprocessualismo), coaduna-se com um processo cooperativo, que dá suporte necessário ao desenvolvimento da pesquisa. Essa nova era processual impõe uma adaptação dos institutos processuais, como forma de instrumentalizar a justiça material e a pacificação social, que deve necessariamente atender aos valores da efetividade processual, segurança jurídica e resolução do mérito do litígio.

Enquanto outros brilhantes pesquisadores falaram da gestão material do processo, o nosso trabalho vai apresentar para os leitores a norma-princípio da primazia do julgamento de mérito, bem como os institutos já mencionados que visam juntamente ao atingimento do mérito processual, com vistas a promover a pacificação social.

Nesse cotejo, a própria função jurisdicional sofre farta alteração, dando mais poderes aos magistrados, como forma de viabilizar a percepção cooperativa do processo, atendendo a sua natureza publicística e finalidades essenciais.

O trabalho posto se preza justamente a debater a nova era processual, em que o processo se encontra em poder das partes, mediante cooperação efetiva e com uma decisão justa. Se preza a mostrar o processo com a visão liberal, desapegado das formalidades excessivas que em muitos dos casos culmina em decisões injustas e que não colabora para a pacificação social. Dessa forma, a decisão justa se mostra central no que tange ao objetivo

do processo. Em decorrência disso, buscou-se demonstrar que o princípio do dispositivo e a rigidez da forma, que vinha acompanhando a ciência processual desde as suas fases mais primitivas, deve ser atenuado.

Coloca-se em perspectiva a preocupação do modelo de processo civil voltado ao alcance da solução definitiva para o caso concreto, com a ideia de sanabilidade dos vícios processuais e, conseqüentemente, uma busca efetiva pela primazia do julgamento de mérito, insculpida nos ordenamentos processuais mais atualizados e balizados com o formalismo-valorativo (Neoprocessualismo).

Pelo princípio da primazia da resolução do mérito, então, o que se busca é fazer com que sejam superados vícios de forma sanáveis, permitindo-se ao julgador decidir o mérito da causa, seja na primeira instância, seja na instância recursal. A prestação jurisdicional de mérito, afinal, é aquilo a que se presta o processo, já que o processo pelo processo não existe.¹

*“Tanto o Brasil quanto Portugal buscaram essa harmonização mediante a positivação de uma norma geral de cooperação. O princípio da cooperação, além de ser um dever das partes e do magistrado, predispõe esse processo flexível, garantidor dos direitos das partes e que não tenha um juiz autoritário, e sim um gestor preocupado com a justiça da decisão”.*²

Assim, o estudo tem a intenção de contribuir com o desenvolvimento do Neoprocessualismo, com vias a tratar e abordar todas as suas ferramentas e institutos elaborados pelos ordenamentos brasileiro e português, além de outros países, para a eficiência do processo civil no século XXI, bem como a demonstração da materialização do princípio da primazia de mérito.

2. FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL

As normas processuais e jurídicas surgem com o escopo de regulamentar e gerir de forma justa o Poder Judiciário, para o fim de resolver os conflitos sociais por meio da

¹ CAMANHO DE ASSIS, Arnaldo. O Princípio Da Primazia Da Resolução De Mérito: Sua Materialização No Âmbito Do Tribunal De Justiça Do Distrito Federal E Dos Territórios, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

² MOREIRA, Victória Hoffmann. A Gestão Material No Processo Civil E A Busca Da Decisão Justa. 122 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016

concessão de poderes específicos a um servidor público, conferindo ainda a autoridade necessária.

O desiderato do processo sempre foi encarado como choques de pretensões, que ocorrem em um ambiente propício ao conflito de interesses. Neste contexto, a função pacificadora dos conflitos era exercida por uma jurisdição contenciosa e os interesses privados pela jurisdição voluntária.

Atualmente, após séculos de evolução conceitual, não se orienta a atuação das partes para algo conflituoso e beligerante, mas sim na justa composição do litígio e cooperação entre todos os sujeitos processuais (autor, réu e juiz).

Foi somente a partir da antiguidade clássica que o direito processual se desvinculou de conceitos puramente religiosos e supersticiosos para assumir contornos mais aproximados de conceitos científicos. No processo grego, por exemplo, as partes tinham o ônus de provar, sem qualquer interferência do estado-juiz, que atuava como mero espectador do litígio entre autor e réu. Já as provas apresentadas eram apreciadas de forma livre pelo juiz, podendo ser aceitos testemunhos e documentos, porém com sérias restrições às mulheres e crianças.

Classicamente é possível dividir o direito processual em algumas fases metodológicas: Período primitivo; Praxismo ou Sincretismo; Processualismo ou Autonomismo; Instrumentalismo; Formalismo-valorativo ou Neoprocessualismo.

2.1. PERÍODO PRIMITIVO

É o período compreendido entre a fundação de Roma, em meados de 750 a.C. até o ano 149 a.C., também conhecido como *legis actiones* ou ações da lei, já que se relacionava diretamente à Lei das Doze Tábuas, nome utilizado justamente porque as leis foram publicadas em doze tabletes de madeira, os quais foram afixados no Fórum Romano para que todos pudessem ler. A Lei das Doze Tábuas reunia todo o direito que era praticado na época e continha uma série de definições sobre direitos privados e procedimentos, considerando a família e rituais para negócios formais.³

Se tratava de um direito processual extremamente solene e formal, onde as partes tinham que obedecer à risca todo o ritual. Apenas a título de curiosidade, acaso qualquer

³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Forense, 1987

sujeito processual esquecesse uma só palavra, ou mesmo substituísse por outra não prevista, poderia ensejar a anulação de todo o processo.

Apesar disso, o procedimento era totalmente verbal, a oratória tinha um assento de destaque no procedimento do período primitivo e se dividia em duas etapas: *in iure* e *in iudicio*.

A primeira fase acontecia através da submissão do caso ao magistrado designado que decidia se admitia ou não a ação. Já na segunda fase o procedimento se desenrolava perante um árbitro ou jurados e era lá que se produziam todas as provas, ocorria a instrução processual e culminava com a prolação de uma sentença.

Nessa fase não havia advogados, sendo dever das partes atuar em causa própria, sempre de forma oral, e a jurisdição não era entregue pelo Estado, posto que os árbitros e jurados era pessoas sem qualquer relação com a entidade pública, tampouco considerados autoridades.

Com a expansão do Império Romano ficou mais evidente que as relações jurídicas que surgiam eram muito mais complexas e impossíveis de serem resolvidas dentro dos limites impostos pela *legis actiones*. A população do império cresceu substancialmente, o comércio se tornou intenso e, especialmente, houve o contato direto e corriqueiro com outros povos de culturas diferentes daquelas previamente conhecidas.

Além disso, o procedimento primitivo da *legis actiones* e *ius civile* só podia ser aplicado aos cidadãos romanos. Os estrangeiros, que se tornavam cada vez mais presentes no território romano, não eram alcançados pelas normas antigas e novas fórmulas precisavam ser criadas e aplicadas pelo *pretor peregrino* para que somente assim pudessem comparecer ao juiz designado.

Este novo procedimento, onde o juiz agora precisava ter conhecimento dos fatos narrados pelas partes e ele mesmo prolatar uma sentença, passou a ser aplicado a todos, indistintamente, e o sistema de formulário (*per formulas*) substituiu paulatinamente o primitivo sistema das *legis actiones*.

Nesse sistema formulário o procedimento também se dividia em dois pontos: *in iure* e *in iudicio*. O primeiro se desenvolvia junto ao pretor, que ao conceder a ação criava uma fórmula escrita apropriada à resolução do caso. Já na fase seguinte, que se realizava perante o árbitro ou colégio de juízes, ocorria o julgamento e fixava-se a sentença, sempre tomando por base a fórmula entregue pelo pretor na fase anterior.

Mantinha-se, entretanto, a oralidade do procedimento, com a exceção da fórmula que devia necessariamente ser escrita. O rigor às solenidades e formalidades também foi posto de lado e a obrigatoriedade da sentença não vinha de uma autoridade do juiz, já que não era servidor do estado, tampouco autoridade, mas de convenção prévia das partes processuais quando da aceitação da fórmula elaborada pelo pretor.

Foi a partir desse período que o processo começou a admitir a figura do advogado e os princípios do contraditório das partes e livre convencimento do juiz passaram a ser observados.

Somente a partir do governo do imperador Diocleciano é que a função jurisdicional passou, então, a ser exclusiva de funcionários do Estado, sem a participação de árbitros privados, como existente até então. Um mesmo juiz deveria conhecer a causa e, no final do processo, prolatar e executar a sentença. Os procedimentos realizavam-se de forma escrita, abrangendo as etapas de pedido do autor, de defesa do réu, de instrução da causa, de prolação da sentença e de sua execução. A obrigatoriedade das sentenças advinha do fato de ser o juiz funcionário do Estado e representante da coação deste. Contra a sentença admitiam-se recursos para autoridade hierarquicamente superior, que poderia reformá-la. O processo civil moderno desenvolveu-se a partir desta fase.

2.2. PRAXISMO OU SINCRETISMO

Em que pese a fase primitiva do processo, doutrinariamente tem-se falado que o praxismo é a primeira delas, pois engloba todo o período em que o direito processual não era cindido do direito material e se considerava como um simples método de exercício de direitos.

O direito processual não possuía autonomia científica, razão pela qual era estudado apenas em seus efeitos práticos, sem qualquer pretensão de ciência. A ação era considerada como o direito material em movimento e o direito processual se via como um conjunto de formas para o exercício do direito material. O processo só tinha razão de existir quando vinculado umbilicalmente ao direito substantivo.⁴

O praxismo é considerado a verdadeira fase pré-histórica do processo, por isso a doutrina em geral não faz sua separação da fase primitiva.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015

Ele era aplicado no “[...] tempo em que se aludia ao processo como “procedura” e não ainda como “diritto processual civile”, época, com efeito, em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material.”⁵

Havia somente uma noção de que o processo era um direito privado das partes e que se derivava do próprio direito substantivo, servindo unicamente para a promoção e aplicação do direito material violado, totalmente imbuído de uma concepção privada.

A disposição dos atos processuais era entregue às partes e o juiz ocupava a posição de mero espectador, de forma passiva e inerte.

2.3. PROCESSUALISMO OU AUTONOMISMO

Com o passar das décadas ficou cada vez mais evidente que o direito processual precisava ser encarado como ramo autônomo e obedecer aos ditames de verdadeira ciência.

Em meados do século XIX, a doutrina alemã se empenhou no estudo teórico acerca da natureza jurídica da ação, do processo, das condições da ação e dos pressupostos processuais. Começou a busca pelo embasamento científico do direito processual e a demarcação das fronteiras com o direito substantivo.

Esta fase representou uma notória contribuição ao direito processual, tendo em vista que o afirmou cientificamente como ramo autônomo do direito, dotado de princípios próprios e uma deontologia específica na seara jurídica.⁶

Foi a partir desta fase metodológica que o processo deixou de ser encarado como mero procedimento e assumiu definitivamente os moldes de um instrumento técnico para a realização do direito material, desconectando-se da noção de justiça que o processo poderia alcançar.⁷

⁵ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, pp. 18-19

⁶ MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 272, p. 85-125, out. 2017

⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino, ob. cit. pp. 51-52.

A ação, após assumir as bases publicistas, já não tinha mais como ser encarada com o um simples complemento do direito substantivo, e sim um ramo autônomo e vinculado ao direito público⁸.

Apesar de trazer inúmeras contribuições ao direito processual, a fase processualista se tornou demasiadamente introspectiva, distante de uma realidade e inspirada no simples estudo do processo somente por ser processo, com atenção voltada apenas às formas processuais, o que a tornou autofágica.

Identificar o direito processual como um instrumento puramente teórico e dissociado dos fatores externos se mostrou totalmente insatisfatório para a resolução dos conflitos trazidos à atividade jurisdicional. Não foi suficiente para acompanhar o desenvolvimento do direito processual.

Com o passar dos tempos ficou cada vez mais evidente que o processo devia ser estudado não só teoricamente, mas principalmente com a observância dos fatores externos e necessários a entregar às partes um resultado prático, tornando-o cada vez mais efetivo.

2.4. INSTRUMENTALISMO

Nasce de uma análise crítica e contígua da fase processualista, onde o exagero e apego às formas, ao conceitualismo e à abstração cedeu espaço a uma relativização do binômio havido entre direito material e processual.

Alguma parcela da doutrina entende que essa é a fase vivenciada pelo direito processual civil ainda nos dias de hoje, enquanto outra, mais atual, se volta ao desenvolvimento do processo de uma forma mais eficiente e vinculada ao neoprocessualismo, o que veremos mais adiante.⁹

Foi nessa fase que a doutrina encampou o estudo e análise teleológica e conotação deontológica do processo civil. Em outras palavras, o processo civil começou a ser enxergado muito mais por conceitos morais do que era o correto a se fazer, visando o resultado final que se espera de um procedimento iniciado pelas partes, na busca de dar efetividade à tutela jurisdicional, até mesmo com escopo meta jurídico.

⁸ MITIDIERO, Daniel, ob. cit. p. 22.

⁹ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007

A relação entre o direito substantivo e o direito processual passou a ser encarada como intrincada e simbiótica, mesmo que se mantivesse o reconhecimento de suas distinções práticas, funcionais e úteis entre eles.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁰ é firme no sentido de que essa instrumentalidade se tornou essencial ao aprimoramento do sistema processual, seja para garantir uma verdadeira igualdade entre as partes, como também para fomentar a participação do próprio juiz da causa, afastando derradeiramente a noção de mero espectador do litígio, assim como confere por definitivo a concepção de que o processo precisa ser eficaz.

Firme é que o processo não é mais um instrumento em si mesmo, mas um instrumento que visa a tutelar o direito substancial, seja ele público ou privado.¹¹ É graças à instrumentalidade que o processo deixa de ser um simples instrumento pautado na técnica e se torna algo importante para servir à própria sociedade.¹²

Ainda neste mesmo diapasão, nos dizeres de Fredie Didier Jr., no instrumentalismo se estabeleceu uma relação circular de interdependência entre a parte substantiva e adjetiva do estudo do direito.¹³ O objetivo do processo é concretizar e dar sentido à realização do direito material, o sentido de jurisdição deslocado para o centro finalístico/axiológico da teoria do processo, e empresta aos magistrados uma função submissa a um conjunto de ideias advindas de outros processos semelhantes que se amoldam às exigências do direito material.

O processo instrumentalista autoriza que o processo se adeque ao direito material e entregue às partes uma visão mais cooperativa e justa. Além do mais relega ao Estado-Juiz o papel mais importante da relação processual e foi neste contexto histórico que surgiram os instrumentos processuais das tutelas antecipatórias, cautelares e evidência.

2.5.NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO-VALORATIVO.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade no Processo*. 14ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2009, p. 30

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1974, p. 5.

¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 52. Nesses termos, “É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.”

¹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018

Como mencionado, em que pese parcela de a doutrina ainda entender que o processo se encontra na mesma fase instrumentalista, nosso trabalho é voltado a sua superação e dando início ao neoprocessualismo ou o formalismo-valorativo.

A evolução é inerente ao estudo e à ciência processual e a doutrina processual não se mostrou resistente aos novos conceitos que permeiam a sociedade. Essa nova fase foi impulsionada pela escola gaúcha de direito processual, encabeçada pelo professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹⁴, que se contrapunha ao instrumentalismo, pois enquanto este entendia que havia meios preordenados a cada objetivo de momentos processuais, essa nova escola adota uma perspectiva muito mais ampla de formalismo, encarando como a totalidade formal do processo e não mais pelos simples momentos.¹⁵

A percepção de Álvaro de Oliveira pode ser facilmente observada quando diz *“Impõe-se, portanto, a veemente rejeição do formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso.”*¹⁶

A rigor, a concepção aqui adotada reforça a ideia de boa-fé e ética processual em ponderação entre a segurança jurídica e efetividade. A distinção havida entre as fases do instrumentalismo e formalismo-valorativo, nos dizeres de ZANETTI JR, pauta-se no deslocamento do processo para o centro da Teoria de Processo e não mais a jurisdição:

*“Num esforço de síntese, podemos dizer que o Formalismo-Valorativo dissocia-se do Instrumentalismo por se designar como formalismo, quando coloca o processo (e não a jurisdição) ao centro da Teoria do Processo, como técnica adequada a induzir a proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores e dos juízes; e por pretender ser valorativo, quando assume que as atividades cognitiva e executiva desenvolvidas no ambiente processual se destinam à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes/aplicadores (inclusive mediante a consideração de elementos axiológicos) e por isso identifica o processo como ambiente de “criação” do Direito e como direito fundamental do cidadão.”*¹⁷

A grande crítica à fase instrumentalista é que foi marcada por um período de autoritarismo do Estado-Juiz, que ao atribuir a jurisdição como o centro axiológico do

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. Revista de Processo, vol. 31, n° 137, pp. 7-31. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo 2006

¹⁵ LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e suas Influências no Novo CPC. Revista eletrônica da Advocacia Geral da União, Brasília, ano 11, n. 33, p. 202-238, jul./set. 2012

¹⁶ Ibidem, p.15

¹⁷ MADUREIRA, Claudio; ZANETTI JR., Hermes. Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 272, p. 85-125, out. 2017.

processo, empregou aos cidadãos o papel de meros participantes, que deveriam acolher e aceitar todas as ordens emanadas pelos magistrados, pois era dele o poder de conduzir o processo, uma vez que o poder do processo emanava justamente da autoridade estatal.

Veja que ao atribuir a concepção de jurisdição como o centro do processo, todos os poderes eram concentrados na figura do juiz, o que ampliava demasiadamente seus mandos.¹⁸

O formalismo-valorativo, posto isto, se pauta numa concepção mais constitucional do processo, em que as formas dos atos não são mais vistos de forma vazia e agora possuem um objetivo claro, que é moldar o processo ao direito substantivo, mas com o viés de justiça e eficiência das decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

O entendimento consignado é que a justiça assume um novo contorno, onde se estabelece um ambiente de reconstrução e modulação do direito positivado, podendo até mesmo o direito material ser flexibilizado para a justa composição do litígio com fundamentos constitucionais. A forma processual é agora preenchida com a ideologia e valores da constituição.

O formalismo-valorativo é visto por um viés de processo cooperativo, onde se busca, além da justa composição do litígio, que autor, réu e juiz estejam em posições de equilíbrio, sem que ninguém possa mais que o outro, e com distribuição equânime dos poderes processuais. A efetividade e segurança jurídica não são mais encarados como elementos antagônicos do fenômeno processual e devem se pautar também pelo juízo equilibrado e com adequação do procedimento sempre que necessário.

É graças a essa nova fase vivenciada pelo direito processual que, ao dar-se primazia às relações igualitárias e cooperativas das partes durante toda a marcha processual se possibilitou, por exemplo, a alteração consensual do procedimento, bem como as convenções das partes sobre as situações jurídicas processuais (Negócios Jurídicos Processuais), e que fortalece o fundamento metodológico para ampliação das convenções processuais no processo civil.

À vista de todo o exposto até aqui, o profissional do Direito deve atuar sempre com vistas aos preceitos do Formalismo-Valorativo, os quais estabelecem um processo pautado na cooperação (art.6º, CPCBR/2015), boa-fé objetiva processual (art.

¹⁸ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 242, p. 21-47, out. 2015.

5º,CPCBR/2015) e estímulo à autocomposição (art. 3º,§ 3º,CPCBR/2015), buscando-se, desta forma, a solução integral do mérito, de forma justa e em tempo razoável.

É por isso que este trabalho é pautado à superação da fase instrumentalista, com vias de conferir ao judiciário a justa composição do litígio, com base na desvinculação exagerada à forma e trazendo para o centro da Teoria do Processo o próprio processo e não mais a jurisdição.

2.6. MODELOS ESTRUTURAIS DE PROCESSO.

Há no direito processual alguns modelos de participação no processo, sendo eles cooperativo, inquisitivo e dispositivo em sua estruturação. Com o advento do Neoprocessualismo tanto no direito brasileiro quanto no português, se garante às partes o direito de obter a solução integral do mérito, modificando firmemente as obrigações das partes e do julgador, passando também a incluir a adoção de comportamentos que se prestem a realizar tal direito.

Positivou-se no ordenamento jurídico que a função precípua do de um processo é entregar às partes a efetivação do direito material, cabendo ao juiz tomar medidas que conjuguem esforços nesse caminho.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco¹⁹, o modelo processual é “*um dado sistema de processo, caracterizado pelos elementos que o identificam e diferenciam de outros no tempo e espaço*”.

O primeiro modelo processual é o inquisitivo, onde o Poder Judiciário, representado pelos magistrados, é o grande protagonista da história; é ele o gestor da prova, que decide com base no seu livre convencimento. Ou seja, quanto mais poderes o legislador conceder ao juiz, o modelo estrutural desse processo mais se aproximará do inquisitivo.

A segunda modalidade de estruturação do processo é o adversarial, ou dispositivo, onde o processo assume necessariamente os contornos de uma verdadeira disputa, em que existem dois adversários, a rigor, que se dobram ao órgão jurisdicional, responsável por definir o vencedor ao final.²⁰

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – Das Normas Processuais Cíveis e da Função Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 29.

²⁰ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986

Fredie Didier Jr., em brilhante análise dos modelos de estruturação do processo, anota que quando “o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será”.²¹

No fim, nenhum modelo processual será inteiramente inquisitivo ou dispositivo, já que no que se refere ao objeto litigioso do processo vale o princípio dispositivo, no que se refere à produção de provas, vale o princípio inquisitivo do processo.²²

Porém, como dito, com a evolução do estudo processual e instalação do Neoprocessualismo, ou formalismo-valorativo, verificou-se que os modelos antigos (dispositivo e inquisitivo) se mostraram insuficientes para a entrega da efetividade do direito reivindicado pelas partes, razão pela qual da adoção de um novo modelo: o processo cooperativo.

A transição desses modelos para um processo cooperativo se deu com a mudança cultural da sociedade e paulatinamente. Anteriormente o Estado era marcado por uma acepção nevrálgicamente autoritária, sem espaço para debates, onde prevalecia a hierarquia do cargo e de seus representantes. Com o passar das décadas o Estado se tornou muito mais social²³, concedendo maiores poderes ao órgão julgador, superando inevitavelmente o processo meramente inquisitivo ou autoritário.

A partir de então o modelo cooperativo tomou lugar definitivamente no processo, sempre com vias de efetivar uma justa composição do litígio.

2.6.1. MODELO COOPERATIVO NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO.

²¹ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo, v. 198. São Paulo: 2011, p. 208/209.

²² DIDIER JR., no estudo citado acima, escrito na vigência do CPC/73, destaca que “a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (art. 130 do CPC)”. No mesmo estudo, o autor destaca, todavia, que se admite “a abertura *ex officio* de processo de inventário (art. 989, CPC), que cuida de interesses eminentemente disponíveis” (...) sendo “irrelevante a natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial de produção de provas (art. 130 do CPC)” (p. 209/210).

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1974, p. 91

A transição para o modelo cooperativo veio num movimento global de mudança da forma de governança estatal, com a substituição do Estado Liberal para o Social, o magistrado passou a ter maiores poderes instrutórios.

Tal ampliação facilitou a justa composição do litígio, uma vez que retirou o protagonismo processual das partes e passou a incluir também o magistrado no elenco definitivo de atores processuais.

Uma das formas de aplicação do modelo cooperativo foi a gestão material do processo que proporcionou ao direito processual uma noção mais concreta de justa composição dos litígios, já que o magistrado teria poderes necessários a fazer com que o processo atingisse o seu fim principal, que é a tutela do direito material debatido.²⁴

A concepção de aplicação da norma legal, sem qualquer atribuição lógica, foi superada com o passar do tempo e com a mudança institucional do Estado Liberal, ao passo que os poderes processuais agora atribuídos aos juízes possibilitaram que se tornasse um regente do processo. Não apenas isso, mas se percebeu que os magistrados, ao assumirem um papel mais determinante no curso do processo e de maior protagonismo, seriam importantíssimos ao descobrimento da verdade material em lide.

“Segue-se que o juiz passivo e neutral, que não logra assegurar a descoberta da verdade material ou objectiva, transforma o direito e a justiça em dois corpos inertes: Sem coração e sem alma.”²⁵

A doutrina portuguesa, no mesmo sentido da brasileira, considera que o Estado não poderia ser indiferente ao litígio das partes, já que o conflito não se limita apenas aos seus interesses, mas principalmente a uma atividade estatal que tem como finalidade precípua a entrega da resposta por meio do processo.²⁶

Em Portugal também se firmou o entendimento de publicização processual, de modo a emprestar uma flexibilização necessária ao objetivo final do processo: dar aos sujeitos processuais a resolução do litígio, definitivamente, com a tutela do direito material invocado.²⁷

²⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 59.

²⁵ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil: Do Antigo ao Novo Código*. Editora Almedina. Coimbra, 1998, p. 298

²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 61.

²⁷ GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar n°1: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Lisboa, 2007

O apego ao formalismo exacerbado não permitiria que o juiz atuasse de forma proativa no processo, ao ponto de impossibilitar a adequação do procedimento ao caso concreto, sem margem ao bom senso e sensibilidade, uma vez que o direito não é ciência exata e, principalmente, no processo tudo pode acontecer.²⁸

Segundo MIGUEL MESQUITA “*as decisões formais, avessas ao conhecimento do mérito, nunca foram, certamente, o melhor remédio para pacificar o mundo e a sociedade*”²⁹, no atual processo civil não há mais espaço para autoritarismo ou passividade processual, mas um necessário ambiente aberto ao diálogo e preocupação com a verdadeira realidade do caso concreto posto a julgamento. Além de se buscar a resolução meritória do litígio, é preciso que haja correlação entre essa decisão e a justiça a ser feita, ou seja, dar razão àquele que realmente a tem.

O modelo cooperativo traz consigo a flexibilização do processo por meio da gestão processual material e formal que vem positivados no CPCPT/2013 e CPCBR/2015.

No Brasil, esse princípio de cooperação entre as partes foi definitivamente positivado no art. 6º do CPCBR/2015. Veja-se:

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

Já no direito português o mesmo ocorre com o art. 7º:

Artigo 7.º Princípio da cooperação

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 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.

²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010.

²⁹ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, nº 3995, 2015, p. 78

O modelo cooperativo de processo, em Portugal, possui uma positividade muito mais densa do que no código de processo civil brasileiro, já que delimita bem as atuações e atribuições das partes. Inobstante a isso, o atual CPC brasileiro é totalmente voltado a normas principiológicas que, apesar de não trazerem em seus dispositivos tudo explicitamente, é possível realizar a interpretação extensiva que as normas-princípios demandam.

Veja que o processo cooperativo é todo moldado com base em um ativismo judicial, onde tanto as partes e o juiz detém o protagonismo e domínio do processo, cabendo a todos atuar de forma ativa à justa composição, inclusive os terceiros interessados que venham a participar, para permitir a flexibilização de regras processuais, desde que limitadas ao que o caso concreto pede.³⁰

Para MARINONI, “*essa é a ideia do processo cooperativo, que no seu ponto de vista lógico reconhece o caráter problemático do direito, passando o processo da lógica apodítica à lógica dialética, enquanto que no seu ponto de vista ético, é orientado pela busca da verdade (tanto quanto possível)*”³¹.

Neste cotejo, a atuação do juiz assume papel primordial à justa composição do litígio, mas com a moderação que o caso impõe, já que relegar ao arbítrio das partes o processo tornou-se incompatível com a evolução do estudo do direito processual.

DIERLE NUNES e FREDIE DIDIER JR adotam um tom brando do processo cooperativo, onde nenhuma das partes mais deve assumir o centro das atenções, mas igualmente atuarem de forma a se ajudarem, num modelo coparticipativo, sem qualquer protagonismo exagerado.³²

Frise-se que cooperar não é permitir a discussão sem limites entre as partes enquanto que o juiz gere isoladamente o processo, mas sim autorizar que as partes tenham poderes para atuar conjuntamente com o magistrado na sua gerência.

SCARPINELLA BUENO, em sua obra, define que todos os sujeitos processuais devem contribuir de maneira efetiva na identificação das questões de fato e de direito

³⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 59

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 495-496

³² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215 e também DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo, v. 198. São Paulo: 2011, p.212.

determinantes à solução da lide, além de se empenharem em não criar embaraços desnecessários ao deslinde da demanda³³.

MIGUEL MESQUITA firma-se no sentido de que os juízes devem deixar o extremo formalismo na interpretação das normas e princípios de lado, ao passo que precisam dar maior efetividade à justiça cível.³⁴

O processo cooperativo prima por um juiz imparcial, que respeite o contraditório³⁵, mas que não seja frio e avesso ao direito invocado pelas partes, uma vez que o devido processo que respeite esses fundamentos possui espaço para criar raízes profundas e fortes. Caso esses ditames processuais, com base na cooperação, sejam visados e respeitados por todos os sujeitos (tribunal, autor, réu, terceiros etc.) a decisão final será justa³⁶ e terá maior efetividade à tutela do caso em xeque.

Todavia, a ampliação dos poderes do juiz e substituição do modelo estrutural de processo para o cooperativo, não aconteceu de forma simples e unânime. Em verdade, essa transição sofreu, e ainda sofre em partes, com grandes críticas, principalmente à imparcialidade do estado-juiz, pois ao ter maior controle de gestão do processo (formal e material), haveria de adotar posição mais favorável a uma das partes, com a quebra da imparcialidade judicial³⁷.

Mencionado como foi o modelo cooperativo auxilia a uma pacificação social, já que o Estado se volta muito mais a resolver o litígio na medida em que as partes delimitam o objeto discutido, e não apenas com a aplicação positivista do direito material. É dizer que com agora o direito processual busca não apenas dar uma “sentença” ao final do processo,

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

³⁴ MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n° 3983, novembro-dezembro/2013, p. 134.

³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 74 nesse mesmo sentido, entende que “O processo isonômico é concebido a partir de certa indistinção entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, quadro social que acaba propiciando uma relação de paridade entre indivíduos e o poder político. Os conflitos são resolvidos, nessa quadra, alçando-se mão de uma racionalidade prática, assumindo a dialética papel central na busca da resolução dos problemas jurídicos. Ao contraditório é deferida a função de tomar possível o diálogo judicial. A conduta das partes é apreciada tendo em conta esquemas de boa-fé subjetiva. A busca pela verdade no processo é uma constante, entendida, todavia, como tarefa exclusivamente das partes.”.

³⁶ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 106

³⁷ RAATZ, Igor; e ANCHIETA, Natascha. *Cooperação processual: um novo rótulo para um velho conhecido*. Disponível na internet: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/50-cooperacao-processual-um-novo-rotulo-para-um-velhoconhecido>. Consultado em 25 de fevereiro de 2022.

mas entregar efetivamente a tutela do direito substantivo de maneira ordeira e efetiva, de modo a finalizar definitivamente o imbróglio.

Finalmente, há posições doutrinárias que infirmam, com certa razão, que o modelo cooperativo obriga mais os juízes do que as partes, uma vez que estas naturalmente possuem divergências e posições antagônicas dentro de um processo, sendo pouco provável que venham a contribuir entre si.³⁸

Não seria crível e nem prudente atribuir um dever das partes de auxiliar a outra na busca de uma verdade “*superior*”, como se todas as pessoas quisessem o bem geral e não o próprio³⁹. Essa posição doutrinária acredita firmemente que o dever de cooperação está adstrito apenas ao magistrado, pois as partes não querem e não podem ser obrigadas a colaborar entre si, já que assumem posições antagônicas dentro do processo.⁴⁰

Porém o dever de cooperação não significa um exercício de imaginação sobre ausência de lide, mas tão somente que apesar do litígio, as partes tem por obrigação agir de forma leal, com boa-fé processual, sob pena de incorrerem nas penas de litigância de má-fé, com vias a se atingir uma decisão justa e em prazo razoável⁴¹. É a transformação do ambiente processual em uma verdadeira comunidade de trabalho⁴², por isso não há qualquer obrigação das partes em colaborar com o judiciário, mas a sua recusa pode e deve ser utilizada como fundamento na decisão da causa pelo tribunal⁴³

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC: Inovações, Alterações, Supressões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, 3ª edição, p. 16.

³⁹ STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; e LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível na internet: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Consultado em 24 de fevereiro de 2022.

⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*. Revista do Advogado, n° 126, AASP. São Paulo, 2015, p. 49. Quanto à aplicação de penalidades pela falta de colaboração, PEIXOTO, Ravi. *Rumo à Construção de um Processo Cooperativo*. Revista de Processo, ano 38, vol. 219. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 98 em sua exposição “Ressalta-se, com o modelo cooperativo, o caráter ético do processo, decorrente da valorização da boa-fé objetiva, não se podendo admitir condutas aptas a “poluir” o ambiente comunicativo, devendo o magistrado utilizar amplamente dos meios coercitivos para impedi-las, como as multas por litigância de má-fé.”.

⁴¹ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, p. 265.

⁴² CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Librería “El Foro”. Buenos Aires, 1969, p. 416 expõe que “*Hay en todo esto algo de profundamente nuevo: se continúa hablando de cargas, pero son cargas que pueden resolverse, en lugar de en una egoísta defensa del interés propio, en una ventaja para el adversario, y, en todo caso, en una colaboración para la justicia.*”.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 494-495.

Finalmente, com a concretização do dever de cooperação, surge a ampliação dos poderes das partes e tribunal, para uma justa composição do litígio baseado no processo cooperativo, tais como: a designação de audiências de conciliação, saneamento do processo, indicação de bens passíveis de penhora pelo executado, etc.

O processualista português, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, e brasileiro, HUMBERTO THEODORO JUNIOR, dividem o princípio da cooperação em outras espécies, a saber: Dever de consulta, de esclarecimento, de proteção e de auxílio.⁴⁴

2.6.2. O DEVER DE CONSULTA.

É espécie do princípio da cooperação que consiste no dever de o magistrado consultar previamente as partes, a fim de se manifestarem expressamente, para que possa tomar a decisão mais justa para o caso. Tal subtipo veda que o tribunal possa tomar decisões que sejam surpresas para as partes, de modo a fomentar o contraditório efetivo nos autos, mesmo que tais questões de direito ou de fato não tenham sido invocadas pela parte adversa, mas somente observadas pelo próprio magistrado.

LOPES DO REGO, clareia o assunto ao referir que se trata da consagração de um poder-dever do juiz em promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de fato alegada pelas partes, com a consagração da efetividade do contraditório.⁴⁵

⁴⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 65. Nesse sentido, refere que “Este dever (trata-se, na realidade, de um poder-dever ou dever funcional) desdobra-se, para esse órgão, em quatro deveres essenciais: - um é o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada; - um outro é o dever de prevenção, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos; - o tribunal tem também o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer a matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido possibilidade de se pronunciarem, porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer oficiosamente certo facto relevante para a decisão da causa; - finalmente, o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ónus ou deveres processuais.”. Ainda, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 497 reportam que a colaboração estrutura-se nos deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e de auxílio do juiz para com os litigantes.

⁴⁵ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, pp. 267-269.

No Brasil houve a positivação dessa espécie do princípio da cooperação processual, em que no art. 10º do CPCBR/2015 lê-se que *“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”*.

Já em Portugal a materialização dessa espécie se faz com o art. 3º, nº 3 do CPCPT/2013: *“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 Tribunal de Relação de Coimbra já se manifestou no mesmo caminho de que o processo cooperativo deve fomentar o contraditório e exacerbar o dever de consulta do tribunal, sempre antes de decidir qualquer questão, mesmo as que pudesse conhecer de ofício.

“O artigo 3.º, n.º 3 do Código Processo Civil exige do juiz uma diligência aturada de observar e fazer cumprir ao longo de todo o processo o princípio do contraditório, salvo os casos em que ressalte uma manifesta desnecessidade. O que deve entender-se por manifesta desnecessidade constitui-se como o “busílis” da questão e só a Jurisprudência pode ajudar a desbravar e obtemperar. Pensamos que a arguição de nulidade de uma decisão pode vingar quando, e se, a solução seguida pelo tribunal se desvincule totalmente do alegado pelas partes, na sua substancialidade ou na sua adjectividade. Vale por dizer que as partes terão direito a insurgir-se contra uma decisão se a via nela seguida não se ativer, com um mínimo de arrimo, ao que foi alegado e sufragado pelas partes durante o curso do processo. Assim, se as partes não tiveram hipótese de aportar e debater factos - novos e condizentes com a realidade jurídica prefigurada pelo tribunal antes da decisão - que poderiam trazer alguma luz sobre a “questão nova”, oficiosamente assumida pelo tribunal, então as partes terão o direito de tentar refazer a actividade do tribunal de modo a encarrilar e adequar a estrutura do processo ao resultado decisório.”⁴⁶

Ou seja, estaremos perante uma decisão surpresa quando ela comporte uma solução jurídica que as partes não tinham obrigação de prever, quando não fosse exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado no processo, tomando oportunamente posição sobre ela, ou, no mínimo e concedendo, quando a decisão coloca a discussão jurídica num módulo ou plano diferente daquele em que a parte o havia feito.

⁴⁶ ACÓRDÃO do Tribunal de Relação de Coimbra, [consultado em 25 de fevereiro de 2022]. Disponível em: [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra \(dgsi.pt\)](https://www.dgsi.pt/acordao-tribunal-da-relacao-de-coimbra).

2.6.3. O DEVER DE ESCLARECIMENTO E O DEVER DE PROTEÇÃO

Estes se enquadram na vertente material do princípio da cooperação, vez que visam à descoberta da verdade do caso concreto. No dever de esclarecimento, incumbe às partes expor sua demanda de maneira clara e precisa e a qualquer momento.

Nos casos em que as partes não foram bastante claras na exposição de suas ideias, ao juiz é devido solicitar todos os esclarecimentos que entender pertinentes, para o fim de evitar que a insuficiência da informação possa fundamentar uma decisão em detrimento do que realmente foi apurado nos autos processuais.⁴⁷

Se para o juiz surge o dever de solicitar das partes o complemento das ideias trazidas aos autos, a estas surge a possibilidade de requerer ao juízo o suprimento de omissões e saneamento de dúvidas das decisões judiciais por meio de embargos de declaração – art. 1.022 do CPCBR/2015 -, com a implementação do efeito integrativo.

Até mesmo de despachos é possível o manejo de simples petição pelas partes com vias ao esclarecimento de algum ponto específico, mesmo que ausente o pronunciamento judicial de qualquer carga decisória. É o que acontece, por exemplo, da determinação de emenda à inicial, sem que o juízo tenha se manifestado qual ponto precisa da emenda, o que surge para a parte autora a possibilidade de solicitar esclarecimentos ao juízo, por simples petição.

O mesmo ocorre com o dever de prevenção ou proteção, pois incumbe ao tribunal indicar para as partes todos os impedimentos e obstáculos ao trâmite do processo com vistas a uma prolação de decisão de mérito. É a possibilidade de o juízo proteger as partes de não obterem uma decisão terminativa de mérito sobre o imbróglio que deixaram ao escrutínio do judiciário, uma vez que encontrado algum vício, possível de saneamento.

2.6.4. O DEVER DE AUXÍLIO

É a parte formal do princípio da cooperação, que se limita a questões meramente processuais. LOPES DO REGO, mais uma vez, define que esse dever de proteção se traduz

⁴⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no Processo Civil brasileiro*. Revista de Processo, nº 172, p. 33.

em um verdadeiro *auxílio às partes na remoção ou ultrapassagem de obstáculos* que impeçam de atuar eficazmente no processo.⁴⁸

No Brasil, graças a formalização desse dever, a parte pode solicitar do judiciário o auxílio ao descobrimento de qualificação da parte adversa, indicação de endereço atualizado, entre outros (art. 319, §1º do CPCBR/2015).

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. 1. Discute-se nos autos sobre a possibilidade de deferimento de consulta aos sistemas Infojud antes do esgotamento das diligências por parte da exequente. 2. Com relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou que "[...] a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras". O entendimento supramencionado tem sido estendido por esta Corte também à utilização dos sistemas Infojud e Renajud. 3. Recurso Especial provido.⁴⁹

Por conta desse dever, o judiciário brasileiro firmou o entendimento de que as partes podem solicitar do judiciário o uso de ferramentas informatizadas para o descobrimento do endereço atualizado da outra parte, a fim de que possa se efetivar a triangularização da relação processual ou mesmo a efetivação de penhora de bens nos casos de processo de execução ou fase de cumprimento de sentença.

Desta feita, é correto afirmar que o estímulo ao princípio da cooperação e seus deveres correlatos formam o ambiente propício à aplicação da primazia do julgamento de mérito, pois todos são chamados a colaborar entre si na justa composição do litígio e é por essa ideia que se alcança a apreciação de mérito.

Há um novo dimensionamento dos poderes dos sujeitos processuais, aí englobando-se o tribunal, o que justifica a ampliação dos poderes do magistrado para a instrução e de todo o processo em si. *“Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada.”*⁵⁰

⁴⁸ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, pp. 267-269.

⁴⁹ STJ - REsp: 1721648 RJ 2017/0334247-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 24/04/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2018.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob. cit. p. 497.

Porém, para o atingimento do fim, que é um processo democrático e dialogado, é imprescindível que seja bem aplicado do princípio cooperativo, com uma mudança na cultura judicial e processual, com foco em afastar o ambiente de luta, que naturalmente permeia as discussões judiciais, e maior apego à boa-fé e lealdade processual.

3. OSKAR VON BÜLOW – DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS ÀS IDEIAS DE RELAÇÃO JURÍDICA.

Até a segunda parte do século XIX o processo, como dito anteriormente, possuía contornos meramente adjetivos do direito material, ou seja, acompanhava o que dispunha o direito substantivo, sem questionamentos.

Por não ser considerado um ramo autônomo do direito, somente por volta dos anos 1856 e 1857, com a polêmica entre os doutrinadores Windscheid e Muther⁵¹, é que se iniciou o rompimento dessa relação de subordinação até então havida.

Nesse contexto, a aceitação das máximas do direito romano era incontestada entre os doutrinadores, ou seja, a ação era entendida como o próprio direito material posto em movimento, meramente o direito de deduzir em juízo tudo aquilo que a parte entende como devido.⁵²

Tal polêmica havida na segunda metade do século XIX consistiu na crítica do conceito de *actio*, o que serviu para o desenvolvimento da ciência processual do direito.

Diversamente de Windscheid, que partiu da ideia de que a ordenação romana não era - como é a moderna - uma ordenação de direitos, mas sim uma ordenação de pretensões que podem ser “perseguidas judicialmente”, Muther argumentou que a ordenação romana era de direitos, dizendo que aquele que pedia a fórmula ao pretor também devia ter um direito subjetivo, o qual, no seu raciocínio, seria o próprio fundamento do direito à fórmula^{53, 54}

Dessa polêmica extrai-se que não é possível confirmar qual a teoria vencedora da concepção da *actio*, porém é inegável que foi a partir deste ponto da história jurídica que foi

⁵¹ WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la “Actio”. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

⁵² PUGLIESE, Giovanni. Introduccion. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la “Actio”. Buenos Aires: EJE, 1974.

⁵³ JUSBRASIL.GARCIA, Matheus. A POLÊMICA WINDSCHEID-MUTHER ACERCA DO CONCEITO DA “ACTIO”. [consultado em 07 de fevereiro de 2022]. Disponível em: <[A polêmica Windscheid-Muther acerca do conceito da "actio" \(jusbrasil.com.br\)](https://jusbrasil.com.br)>

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil V. 1 - Teoria Geral do Processo. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

possível criar um ambiente propício à autonomia do direito processual que era impedido justamente pela posição doutrinária de passividade em face dos questionamentos ao direito romano.

Foi desse cenário que surgiu a teoria da relação jurídica processual, estabelecida por Oskar Bülow, em que, sinteticamente, enxerga na essência do processo uma relação jurídica processual e não mais como um conjunto de situações impostas às partes até a sentença definitiva.

É com ele que o direito processual atinge sua definição e autonomia, consistindo em verdadeiramente um ramo autônomo das ciências jurídicas.⁵⁵

A contribuição de Bülow pode ser resumida em alguns pontos importantes: a) A relação processual é pública, uma vez que envolve a autoridade do Estado de impor suas decisões sobre direitos e obrigações das partes; b) Relação processual difere da relação litigiosa, eis que aquela só se aperfeiçoa com a contestação, onde o Tribunal, na sua função pública, assume a obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, enquanto que as partes se obrigam a colaborar e aceitar os resultados dessa atividade⁵⁶; c) O processo é uma relação jurídica e possui problemas iguais aos das demais relações jurídicas, como os requisitos a que se sujeitam o seu nascimento, tais como os pressupostos processuais.

Para este autor o processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, sendo que sua força motriz é o direito de ação.⁵⁷ A relação jurídica processual sempre está em movimento e transformação, o que vinha por proteger sua teoria da própria evolução da sociedade e, conseqüentemente, a demonstração de superação do direito processual, seja na mudança de âmbito das partes ou modificações oportunas de objeto processual.⁵⁸

Foi dessa análise que Bülow desenvolveu a ideia de pressupostos processuais, já que para uma relação jurídica possa nascer, é preciso verificar a existência de requisitos anteriores. É imperioso que se confirme entre que pessoas o processo pode surgir, a que

⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. La Acción en el Sistema de los Derechos. Bogotá: Temis, 1986.

⁵⁶ ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y Derecho Procesal. Madrid: Edersa, 1997. p.206

⁵⁷ BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.2.

⁵⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.160

objeto se refere, que fato ou ato é imperioso ao seu surgimento, quem é capaz ou está apto para realizar tal ato.⁵⁹

É por entender que qualquer defeito nessas relações iniciais, impediria o surgimento do processo e, portanto, sugere o termo pressupostos processuais para sua definição, pois neles estão contidos todos os elementos constitutivos da relação processual. É graças a essa teoria que, segundo ele, surge a distinção da relação material e processual, buscando definir os pressupostos de validade e de existência do processo.

Aury Lopes Jr⁶⁰ atribui a Bülow a compreensão de existência do processo e a possibilidade de desenvolvimento de uma teoria das nulidades com fundamentos mais palpáveis aos estudiosos e empregadores do direito.

Neste cenário de premente necessidade de conferir autonomia à ciência jurídico-processual, mais que nunca, era importante apresentar aos estudiosos teorias científicas. Por isso, a teoria dos pressupostos processuais foi importantíssima para a concepção de independência do processo e do direito material, posto que este só poderia ser analisado pelo Tribunal se houvesse a conformação daquele. Os pressupostos se traduzem em matéria de procedimento prévio à investigação da relação litigiosa.

Ao se verificar uma falta dos pressupostos, posteriormente confirmada ainda no início do processo, este resta inviabilizado e haveria sua extinção sem análise da relação litigiosa. Porém, se a falta somente for observada após a decisão final do Tribunal, o processo poderia ser declarado inválido.

Como dito, Bülow chegou a tais conclusões, mas fez questão de deixar ainda em aberto suas respostas afirmativas, pois queria que sua teoria servisse de base à evolução da ciência processual, já que essas questões indicam pontos de tensão que até a presente data permanecem revestidos de grande relevância para a dinâmica do processo.

Por fim, em seu estudo, Bülow sustenta que o tribunal não pode se comportar de forma passiva frente aos pressupostos processuais, pois sua inobservância macula todo o resultado do processo, já que o processo e seus pressupostos não podem ficar à mercê da vontade das partes.⁶¹

⁵⁹ BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.4.

⁶⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.38

⁶¹ BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.292

Em outros termos, a relação processual não poderia ser deixada à disposição das partes, pois não poderia ser considerado um ajuste privado, mas de um ato realizado com a participação efetiva do Estado, pelo Tribunal.

Foi graças à forma de Bülow pensar, buscando romper o *status quo*, que o processo seguiu forte para a condição de moderno. Diz-se moderno, porque se pauta na superação da tradição, rompendo com o passado. Enquanto os demais doutrinadores da época estudavam o processo baseado nas premissas do direito romano, coube a Bülow ver no passado algo que deveria ser superado em busca do progresso.

Conforme Sendra, um balanço da obra de Bülow indica que “*lhe corresponde o mérito de ter propriamente inaugurado a era do processualismo científico, de ter explicado o processo a partir de categorias de Direito Público, de ter distinguido com clareza o procedimento do processo e de ter destacado o caráter tridimensional do mesmo, em especial, a ideia de contraditório*”⁶², que permanece sendo um dos postulados essenciais do processo contemporâneo.

Foi, portanto, marco importante para a autonomia do direito processual, com a inovação no estudo do tema e cisão com o direito romano, traçando um campo propício à evolução do ramo independente do direito.

4. REGRAS X PRINCÍPIOS: NEOPROCESSUALISMO.

Não é o objeto central do presente trabalho diferenciar e aprofundar o assunto acerca de princípios e regras, mas demonstrar cabalmente que a atual fase do estudo de processo civil traz um novo conceito das normas observando os princípios existentes no ordenamento jurídico.

Já houve, em trabalhos outros, diversas formulações de diferenciações entre esses dois tipos de normas. O doutrinador Roberto Freitas Filho, por exemplo, definiu após uma análise profunda sobre os conceitos definidos de vários autores que regras e princípios seriam espécies do gênero norma. Ou seja, ambos os termos seriam atrelados ao conceito de normas a serem seguidas pelas pessoas, sejam físicas ou jurídicas.⁶³

⁶² GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.161

⁶³ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*. Porto Alegre: 2009, Sergio Antonio Fabris Editor, notas de rodapé nº 283 a 289, p. 188 e 189

Segundo Dworkin⁶⁴, para as regras se utiliza o método objetivo de aplicação. Se a regra é considerada válida e seus pressupostos objetivos se encontram preenchidos, deve ser aplicada independentemente de qualquer alegação. Não sendo uma regra válida sequer deve ser utilizada como contribuição para uma decisão. Já os princípios não estabelecem caráter absoluto, contêm apenas os fundamentos e preceitos básicos que devem ser levados em conta no ato de justificativa da decisão. Além disso, os princípios podem e devem ser confrontados com outros princípios, um nunca revogando o outro, mas apenas se pondo em caráter mais essencial ao julgamento daquela questão específica, naquele modo posto em lide.

Em resumo, os princípios possuem uma dimensão muito mais ampla e importante do que as regras, já que na colisão deles aquele que tiver maior preponderância para o caso é o que será observado, sem nunca perder a validade.

Ainda sobre essa intercomunicação entre regras e princípios, no Brasil, há doutrinadores que alimentam a ideia de simbiose, pois “*as regras são balizadas a partir dos princípios, que, a seu turno, só adquirem significado se encontrarem correspondência em regras que lhes confiram relevância e densidade*”⁶⁵.

Me filio ao entendimento de Humberto Ávila, que enxerga nessa celeuma a definição da norma jurídica como um gênero, do qual os princípios e regras seriam espécies.⁶⁶ É que os princípios assumem uma conotação de complementariedade, haja vista que estabelecem algo a ser alcançado com a adoção de determinados comportamentos.

Já, para o mesmo doutrinador, as regras seriam normas que descrevem os tipos, com caráter definitivo, na tentativa de emprestar maior previsibilidade e segurança aos envolvidos.

Enquanto que os princípios devem ser aplicados por ponderação, as regras necessitam de aplicação por subsunção, ou seja, aos princípios se atribuem um caráter de observância ao que se deseja alcançar (justa composição), às regras se atribuem o caráter de cumprimento do texto frio da Lei – o caso concreto deve se enquadrar à norma legal em abstrato.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: 1979, Harvard University Press, 6th printing, p. 24;26.

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: 2013, Martins Fontes, p. XXI e XXVII

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: 2009, Malheiros, 10ª edição.

Todavia, o direito fundamental ao acesso à Justiça jamais poderia ser encarado como o simples direito de ação ou de acesso formal. Perceba que o que se busca com a norma constitucional, depois traduzida em norma principiológica, é que ao jurisdicionado deve ser entregue resultados qualificados, justos e adequados⁶⁷, com eficiência e efetividade que devem ser engatados à própria noção de Justiça.

O próprio Alexandre Freitas Câmara chega a mesma conclusão adotada neste trabalho, quando fundamenta que o direito de acesso à justiça assegura os “resultados efetivos do processo” e não apenas a resolução de mérito, mas também a “satisfação prática do direito substancial”⁶⁸.

É justamente dessa análise processual voltada à inserção dos princípios no gênero da norma, que nasce o princípio da primazia do mérito, insculpido, no Brasil, no próprio art.5º, inciso XXXV da nossa Constituição Federal da República, pois resta assegurado o acesso à Justiça, bem como o da gestão processual e outros tantos que esteiam o formalismo-valorativo.

Posto isto, considerando que o fundamento e objeto deste trabalho é fazer uma análise sobre o Neoprocessualismo, em especial a gestão processual com fim de julgar o mérito da demanda que se respaldam nas teorias de que as referidas normas são consideradas “normas-princípio”, eis que se destinam a um fim a ser alcançado. É que não se trata de um ditame positivado para aplicação pelos magistrados ou julgadores, mas demonstra condutas a serem seguidas para dar efetividade ao direito a ser tutelado ao jurisdicionado.

5. MÉRITO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO BRASIL.

O mérito nada mais é que a lide em si, encerra uma relação que há entre o autor e réu, porém não podemos nos esquecer de falar sobre a admissibilidade do mérito, que é uma condição ao seu julgamento, uma espécie do próprio mérito em si.

Quando o autor propõe uma ação, pelo exercício do seu direito de ação, é preciso que preencha os requisitos iniciais para seu seguimento, sendo aqui encarado como a sua admissibilidade da ação no processo de conhecimento, para que aí sim o Estado possa

⁶⁷ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de processo civil*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set-out. 2015, p. 43. Também em SARRO, Luís Antônio Giampaulo; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; e LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*. São Paulo: Rideel, 2020, p. 1.058

prolatar uma sentença de procedência, improcedência ou parcial de procedência, analisando o mérito da demanda.

Caso os requisitos da admissibilidade da ação não estejam presentes, a análise do mérito ficaria impossibilitada pelo magistrado, o que enseja o encerramento anormal da relação processual, sem análise do mérito.⁶⁹

No Brasil as condições da ação são vistas nos arts. 17 e 485, IV e VI do Código de Processo Civil Brasileiro. Veja-se:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

[...]

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Após a reforma processual que houve no Brasil com o advento do CPCBR de 2015, não se fala mais em separação entre condições da ação e pressupostos processuais, em especial o interesse e legitimidade processual, posto que para o processo civil no Brasil todos fazem parte de um grande grupo, podendo ser chamado de “pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional”, em situação já exposta por Eduardo Talamini desde a análise do antigo CPCBR de 1973.⁷⁰

Agora, durante a fase neoprocessualista ou formalista-valorativa, vale muito mais reunir os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo com os requisitos da ação na forma mais genérica possível, para entender como “pressupostos de admissibilidade.

Diferentemente do que ocorria nas fases anteriores (processualista e instrumentalista) onde em uma se buscava teoria (ciência processual) para tudo do processo e na outra se mostrava única e exclusivamente a reaproveitar os atos, mas sem explicar o fundamento (forma vazia), a desburocratização do Neoprocessualismo vem para propor que as mais variadas teorias que impediam a análise do mérito sejam superadas pelo julgador.

⁶⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª ed., 2016, p. 232

⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo*, Revista de Processo, São Paulo, vol. 86, abr./jun. 1997 e *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, vol. 3, out. 2011.

A rigor, ainda vige no ordenamento brasileiro que o juiz somente poderá analisar o mérito da demanda se houver a análise da sua admissibilidade, ou seja, desde que presentes as condições da ação e pressupostos processuais. Neste conjunto de ideias que permeiam o formalismo-valorativo, a legitimidade e interesse não mais merecem guarida nas condições da ação, porque elas foram incorporadas aos pressupostos processuais, tudo como forma de facilitar e desburocratizar o processo civil.

Seguindo, Carnelutti define a lide como um conjunto de relações intersubjetivas postos em conflito caracterizados por pretensão resistida ou insatisfeita, o que o doutrinador Humberto Theodoro Jr utiliza para considerar que a lide e o mérito da ação são uma coisa só:

“o julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito”⁷¹

A doutrina equipara, como se vê, o mérito da causa à lide, uma vez que o juiz ao julgar o mérito, acaba por julgar o próprio pedido, levando em consideração a causa de pedir. O que se pretende obter com o ajuizamento de uma ação, processo, é o próprio mérito controvertido.

Desta feita, haverá preliminares que se referem aos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional - seriam as barreiras processuais para a análise do mérito - e o próprio mérito da causa, que se traduz em julgar o conteúdo do pedido posto em evidência.

A mesma coisa ocorre com a fase recursal do processo, antes que os magistrados possam analisar o mérito do recurso é preciso que sejam preenchidos os requisitos da admissibilidade recursal: cabimento, tempestividade, preparo, legitimidade, interesse recursal, regularidade formal e ausência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer.⁷²

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa*. Revista de Processo, vol. 17/1980, p. 44, Jan - Mar / 1980.

⁷² No mesmo sentido, entre muitos outros: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2007, p. 104; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luís; ROQUE, Andre; DUARTE, Zulmar. *Execução e recursos. Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017; WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, Vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19ª ed., 2020, p. 492.

Se o Tribunal, ao analisar o recurso, entende que não foram superadas as barreiras de admissibilidade, o recurso não será conhecido, já se houver o preenchimento de todos os pressupostos de admissibilidade recursal, o recurso será provido ou desprovido, a depender da análise do mérito do que se pediu. Ocorre casos em que o juízo não se manifesta sobre os requisitos de admissibilidade recursal e já analisa o seu mérito, o que chamamos de superação implícita das “preliminares”.

Entretanto as coincidências entre a fase recursal e de conhecimento, processualmente falando, param nos seus pressupostos ou “fase preliminar de análise do mérito”, para ser mais simplório e didático. É que nem sempre o mérito do recurso será coincidente com o mérito da ação/causa.

Veja, por exemplo, o pedido recursal que se presta ao reconhecimento de uma nulidade processual havida ainda no curso da fase de conhecimento. Diferentemente do mérito da causa, onde se busca o reconhecimento de uma situação posta em lide, na fase recursal o que se busca é somente a desconstituição de um determinado ato e o retorno da ação para nova realização dos atos inerentes e, só assim, seja analisado novamente o pedido inicial.

O mérito de um recurso pode ser encarado por um pedido de natureza formal que se presta à correção de uma questão processual ou mesmo coincidente com o mérito do pedido, que se presta à tutela do direito material ou pretensão inicial.

Para Araken de Assis⁷³ a coincidência entre o mérito recursal e o mérito da causa é nada mais que um dado acidental e contingente, já que um necessariamente não segue o outro, como revisto acima.

No mesmo sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux⁷⁴, aduz que é possível a interposição de uma apelação sobre questão meramente processual, de índole formal, sem que tenha por efeito a análise do mérito da demanda, desde que a sentença tenha julgado extinto o processo sem resolução de mérito.

Para finalizar a questão recursal, o mérito de um recurso é definido, assim como da ação, pelo próprio recorrente, que poderá envidar seus esforços para questões anteriores ao julgamento do mérito do pedido inicial.

⁷³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 1ª ed. em e-book baseada na 8ª ed. impressa, 2017, p. 102.

⁷⁴ FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. rev. e atual., 5ª reimpressão, 2016, p. 301.

Ainda falando sobre o tema, mas não menos importante e essencial à análise do que se põe em debate neste trabalho, trata-se agora do mérito executivo. É comum se afirmar que mérito se entrelaça com procedência ou improcedência do pedido inicial, quem está certo e quem está errado.

Todavia no processo de execução não se busca a chancela do judiciário para verificação de quem está certo ou errado, mas apenas a satisfação do que está posto no título executivo extrajudicial e não haveria que se falar em mérito no processo de execução e o art. 4º do CPCBR/15 não seria aplicável⁷⁵ quando especifica “*incluída a atividade satisfativa*”.

Apesar das posições contrárias, há sim mérito no processo de execução, consubstanciados, por exemplo, nos atos executórios promovidos pelo judiciário para a satisfação do título executivo. Doutra banda, há ainda análise meritória quando for acolhida uma defesa dentro do próprio processo de execução, o que se admite no direito brasileiro de forma excepcional, por meio de petição de exceção de pré-executividade, ou mesmo quando observada uma nulidade da própria execução, prevista no art. 803 do CPCBR/2015.

Art. 803. É nula a execução se:

I - O título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;

II - o executado não for regularmente citado;

III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

São aquelas matérias de conhecimento oficioso pelo órgão julgador, comumente chamadas de matéria de ordem pública, sem que haja sequer a necessidade de oferecimento de embargos à execução.

Para fins de cumprimento do que se depreende de atividade satisfativa do art. 4º do CPCBR/2015, no âmbito do processo de execução, é a promoção de todos os atos necessários à satisfação do direito do exequente em ver cumprido o direito estampado no título executivo, valendo também para a fase de cumprimento de sentença.

Apesar de não haver, de fato, sentença de mérito no processo de execução (incluída a fase de cumprimento de sentença), deve-se encarar como o cumprimento definitivo da

⁷⁵ NUNES, Marcelo Porpino. A sentença do art. 795 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 72, out./dez. 1993, p. 280

obrigação posta no título executivo. É que o exequente ao buscar o judiciário define o mérito do seu pedido como sendo o cumprimento da obrigação evidenciada e ao judiciário incumbe promover todos os atos executórios necessários a tal cumprimento, se demonstrando ser essa a atividade satisfativa e mérito da execução, perfeitamente compatíveis com o art. 4º.⁷⁶

Um caso importante sobre a superação dos vícios para a análise do mérito da causa ocorreu recentemente em um julgado que atuei, cuja decisão incluo aqui.

Trata-se de uma ação de dissolução parcial de sociedade empresarial, onde a parte autora buscava dissociar-se de seu antigo sócio naquela empreitada, por quebra de *affectio societatis*.

Várias foram as tentativas de citação da parte adversa, todas sem qualquer êxito, até que com a citação por edital, prevista no art 256 do CPCBR, a parte promovida finalmente compareceu ao processo e apresentou defesa. Todavia, a peça de defesa foi manejada por advogado sem instrumento de mandato, ao arrepio do que prevê o Diploma Legal.

Neste ínterim, foi atravessada petição alegando a nulidade do ato, em que o juízo singular inaugurou a fase de saneamento do vício, concedendo várias oportunidades para que o promovido pudesse regularizar sua representação e apresentar nova defesa. Entretanto, mesmo após várias tentativas, em nenhuma das oportunidades o promovido corrigiu o erro.

C - Da Regularidade (ou não) da defesa apresentada pelo réu.

A procuração encartada nos autos (ID:20840718) pelo réu constitui apenas o Advogado [...] como seu causídico.

Apesar da exclusividade do Advogado supracitado, verifico que a peça de contestação/reconvenção (ID:20840680) e todos os documentos que a acompanharam foram juntados por outro Advogado sem procuração nos autos, ou seja, Dr. [...]).

Dispõe art.104 CPC que não se admite ao Advogado postular em Juízo sem procuração, como regra. Salvo para evitar preclusão, decadência, prescrição ou praticar ato considerado urgente.

O caso destes autos não se enquadra em nenhuma das exceções legais.

Além do mais, o Advogado [...] afirmou que se utilizou do token de outro Advogado por "equivoco", o que denota que o ato praticado por Advogado não habilitado ocorreu por

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – Das Normas Processuais Cíveis e da Função Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 93 – destaques do original.

irregularidade, desvio ético e indícios de ilicitude de ambos os Advogados (na medida em que o Advogado [...] utiliza-se de token - identidade digital - do Advogado [...]) para a prática de atos processuais, fazendo, com isso, se passar por outra pessoa perante este Juízo e demais sujeitos do processo. o que é inaceitável e vedado pelo ordenamento legal.

Diante da situação da prática de ato processual (defesa) por Advogado sem procuração (nítido dolo processual confessado, eis que afirma que é, inclusive, praxe processual para agilizar processos), sem possibilidade do seu aproveitamento, com base nas exceções legais, reputo o ato praticado pelo Advogado [...] no ID: 20840655 e anexos como inexistente/ineficaz, eis que desprovido de poderes para tal e aquele (advogado) que deteria poderes para tal já se declarou impedido de atuar na causa.

Sendo assim, a defesa não pode sequer ser regularizada.

Nesse sentido, cito:

REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – Ausência de procuração nos autos – Atos tidos como ineficazes – Art. 104, § 2º, do Código de Processo Civil – Apelação não conhecida. (TJ-SP - AC: 10072100820198260071 SP 1007210-08.2019.8.26.0071, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Data de Julgamento: 02/03/2020, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/03/2020) (Grifei).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZATÓRIA - INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - IRREGULARIDADE DA COBRANÇA - ÔNUS DA PROVA - AUSÊNCIA INJUSTIFICADA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - MULTA - ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO - ATOS PROCESSUAIS - INEFICÁCIA. Compete ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito. O devedor que admite a existência de contratação com o credor deve demonstrar que está sendo cobrado indevidamente. O não comparecimento injustificado do autor em audiência de conciliação enseja a aplicação de multa. Os atos praticados por advogado sem procuração ou substabelecimento nos atos são considerados ineficazes. Recurso desprovido. (TJ-MG - AC: 10000200761757001 MG, Relator: Manoel dos Reis Morais, Data de Julgamento: 13/07/0020, Data de Publicação: 16/07/2020) (Grifei).

- DA REVELIA.

Declarada a ineficácia da defesa apresentada, nestes autos, por Advogado sem procuração e que já informou nos autos (ID:22630219) que, por foro íntimo, é impedido de atuar como

procurador do réu, por consequência lógica, Decreto à Revelia do réu, pelo fato de não ter apresentado defesa tempestiva.⁷⁷

Percebe-se claramente que o julgado se filiou perfeitamente à atual fase processual, aplicando todos os esforços cooperativos a fim de sanear o vício, com fulcro a conceder um julgamento de mérito. E assim o fez, pois apesar da falta de cooperação da parte adversa e das nulidades processuais apresentadas (ausência de representação, etc.) o juízo de piso as superou para poder julgar o mérito da lide, julgando, ao cabo, a procedência do pedido de dissolução parcial da sociedade, aplicando a carga probatória em desfavor daquele que não cooperou, o que veremos mais a frente.

Se destaca a necessidade de aplicação do princípio da cooperação processual, o que já tratamos nesta dissertação, para a justa composição do litígio. Assim, o juízo ao superar eventual nulidade processual entregou às partes o verdadeiro sentido da tutela jurisdicional. Indene de dúvidas que muito mais simples e ágil para o juízo seria extinguir o feito sem resolução de mérito por vício processual, porém, levando à aplicação efetiva da primazia do julgamento do mérito, foi possível a superação do obstáculo, uma vez que o pedido final seria benéfico ao autor.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Com essa coerência de aplicação do princípio da primazia de mérito o próprio CPCBR/2015, em seu art. 282, supra, explicita que sempre que o mérito for favorável à parte que teria proveito com a decretação de nulidade, o juiz deverá dar preferência ao julgamento do mérito, sem que seja necessária qualquer correção daquele defeito.

6. PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO

⁷⁷ SENTENÇA, Segunda vara regional Cível da Mangabeira – Tribunal de Justiça da Paraíba, processo nº 0809853-21.2017.8.15.2003, publicada em 01 de setembro de 2021.

Outra materialização do formalismo-valorativo, seja no Brasil, Portugal ou outros ordenamentos mais modernizados, é a primazia da resolução do mérito da demanda, em que todos os institutos previamente abordados neste trabalho se conectam para dar ao jurisdicionado um posicionamento definitivo do Estado-Juiz sobre o tema vindicado pelas partes litigantes.

Essa espécie de normatização do Neoprocessualismo, que entende a primazia do mérito como uma norma-princípio, tem substrato no objetivo que se pretende alcançar no processo e revela a sua pretensão de complementar as regras já constantes dos Códigos de Processo Civil pelo mundo e também das construções teóricas que permitem a sua efetividade.

Passado esse primeiro momento do capítulo da primazia do mérito, buscaremos estabelecer, na maior exatidão possível que o tema comporta – mas sem finalizar o estudo, uma vez que apoiamos a necessidade de evolução constante do processo civil – o que esse princípio busca objetivar, seja em fase de conhecimento ou mesmo nas suas fases recursais e de cumprimento de sentença.

Além do mais, é preciso estabelecer o conceito de mérito de uma ação/pedido, de modo que a primazia da sua resolução possa ser entendida a fundo, sem deixar margens para dúvidas.

6.1. NORMA-PRINCÍPIO?

Anteriormente à atual fase vivenciada pelo direito processual, passamos pela fase do processualismo, marcada fundamentalmente pela extrema necessidade de desenvolvimento de teorias processuais capazes de conferir ao campo adjetivo da legislação um caráter autônomo e independente do direito substantivo. Neste ínterim, como já mencionado, surgiu a Teoria do Processo, marcada pelo nascimento dos pressupostos processuais, pelos quais o processo só poderia ter validade se o seu nascimento fosse revestido de certas formalidades.

Para os teóricos da época, o processo não poderia seguir e entregar uma atividade satisfativa aos jurisdicionados se em seu nascedouro algum defeito ou formalidade não fosse observada a tempo. Qualquer falha procedimental ensejaria em nulidade (*Teoria das Nulidades Processuais*), incapazes de serem superadas posteriormente.

Finalmente o direito processual chegou ao patamar de que o fim principal do processo é realizar a justiça, entregar às partes a justa composição do litígio e o atingimento desses resultados qualificados não seria possível com a simples eliminação de incertezas e promoção de uma pacificação sem que se pudesse avançar sobre o mérito⁷⁸.

No Brasil, por volta da X Jornadas Brasileiras de Direito Processual, realizada em outubro de 2014, e organizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) em Campos do Jordão, o célebre processualista brasileiro, em estudo acerca do art. 4º do projeto de atualização do Código de Processo Civil do Brasil (CPCBR), Fredie Didier Júnior, firmou entendimento de que seria possível construir um princípio baseado na primazia da resolução de mérito.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Neste sentido, surge a ideia de que ao juiz é incumbido o dever de superar os vícios do processo, mediante o conceito de sanabilidade processual, para o fim ideal de examinar o mérito da lide posta e resolver o conflito firmado entre as partes.⁷⁹

É praticamente uníssono o entendimento de que aquele que julga “*deve priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra*”⁸⁰.

O princípio da primazia do mérito no ordenamento brasileiro não é visto como uma imposição somente àquele que vai julgar, mas também a todas as outras partes processuais (autor e réu), já que devem conjugar esforços à superação de vícios processuais para fim de possibilitar a análise meritória, tanto na fase de conhecimento como recursal, cumprimento de sentença, liquidação etc.

É ainda possível arrostar tal primazia da resolução de mérito como uma obrigatoriedade de se conceder oportunidades às partes para a sanção de vícios processuais, de modo a privilegiar as sentenças definitivas em detrimento das terminativas. O acesso à

⁷⁸ JOBIM, Marco Félix; e CARVALHO, Fabrício de Farias. *Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo. vol. 298. ano 44. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019, p.82

⁷⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível na internet: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-merito>. Acesso em 10/02/2022.

⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 137/138

justiça deve ser entendido não só como acesso formal ao Poder Judiciário, mas, sim, como direito ao resultado justo e efetivo do processo⁸¹.

O processo desconcentra o formalismo exagerado, onde a forma e modo de agir dentro do processo judicial e extrajudicial devia seguir um ditame certo e específico, e passa a receber uma forma mais flexível, haja vista que o cerne do caso é entregar a razão às partes e resolver definitivamente a lide, representando a “face dinâmica do devido processo legal”⁸².

É preciso que sejam adotadas novas premissas de interpretação para que se possa alcançar ao nível devido o referido princípio, como forma de conferir precedência à resolução de mérito e se permita que se escape do formalismo pelo formalismo, sem qualquer propósito, que não traz qualquer benefício ou proteção ao próprio processo.⁸³

Veja que estamos diante de uma fase em que o dogma da prioridade (pressupostos processuais) cede espaço à justa composição e efetividade do processo. A regra que se impõe a todos é a de precedência da resolução do mérito entregue ao Judiciário.

Felipe Regueira Alecrim, em estudo sobre o tema em confronto com as invalidades processuais, sustenta que o princípio da primazia da resolução do mérito tem como premissas a superação de deformações no processo e de formalismo inútil, em prol da solução integral do mérito, aí compreendida também a atividade satisfativa.⁸⁴

Falando ainda de formalismo inútil, onde o apego ao que está escrito na letra fria da Lei impede o conhecimento de um recurso ou de uma lide, nada contribui à entrega da atividade fim do Poder Judiciário, que é justamente de pôr fim aos enfrentamentos entre as partes. Somente se pode acolher uma nulidade processual se forem realmente insuperáveis para o conhecimento do que entregou ao Judiciário, ou, após dadas as devidas oportunidades às partes, aquelas se mantiverem silentes, quando a seu encargo ficar a providência para correção do vício.

Aliás, colhe-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

⁸¹ CAMANHO DE ASSIS, Arnaldo. O princípio da primazia da resolução de mérito: Sua materialização no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2020. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

⁸² LINS, Artur Orlando. *O princípio da primazia do julgamento do mérito e suas repercussões práticas no Código de Processo Civil Brasileiro*. Publicações da Escola da AGU, v. 9, n. 4, 2017, p. 17.

⁸³ LINS, Artur Orlando. *A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro – Fundamentos, concretização e limites dogmáticos*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 37

⁸⁴ ALECRIM, Felipe Regueira. *O princípio da primazia do julgamento de mérito e as invalidades processuais*

Em se tratando de vício insanável, não há que se falar em aplicação do princípio da primazia de julgamento de mérito" Essa orientação, transcritaipsis litteris e com expressa referência a esse julgado na ementa, já foi reproduzida no AgInt no AREsp 1622314/SE (Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/06/2020, DJe 12/06/2020), no AgInt no AREsp 1565288/SP (Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 03/03/2020), no AgInt no AREsp 1598313/GO (Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/02/2020, DJe 19/02/2020), no AgInt no AREsp 1531766/SP (Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/11/2019, DJe 21/11/2019), no AgInt no AREsp 1390639/SP (Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/05/2019, DJe 24/05/2019).⁸⁵

O juiz, precisa estar atento à realidade, não mais é considerado um ser superior, alheio às partes e que se incumbem de registrar somente aquilo que lhe foi mostrado ou entregue. O novo juiz da fase do Neoprocessualismo precisa se imiscuir na situação fática e encarar que seu dever é de assegurar às partes a prestação de jurisdição útil.

O conceito de jurisdição útil⁸⁶ foi delineado pelo jurista Julio Cesar Bebbber, em que enaltece dois pontos para sua acepção: a) ausência de desperdício da atividade jurisdicional – o processo deixa de ser um simples conceito, letra morta, e passa a ser considerado um meio e não o fim; e b) produção de efeitos concretos – o processo precisa produzir resultados substanciais, de modo a promover transformações no próprio mundo em que vivem as pessoas que se socorrem ao Judiciário.

Não mais se admite que o processo seja perdido por tecnicismos que não sirvam aos propósitos a que se destinam.

Diferentemente do século XIX, onde o formalismo era necessário para a autonomia do direito processual como ciência e ramo individual, hoje é preciso que o estudo do tema aborde resultados práticos aos jurisdicionados e, portanto, a simples formalidade não pode ser encarada como obstáculo à concretização do direito material.

Em outros tempos o Dogma da Prioridade, pelas condições da ação, pela validade ou eficácia, e seus pressupostos processuais, vigia de forma incontestada no ramo do direito. Entende-se que, a partir de um determinado momento, a teoria originada na Alemanha, como

⁸⁵ ACÓRDÃO do STJ, AgInt no AREsp 1.327.349/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018

⁸⁶ BEBBBER, Júlio César. *Princípios da simplicidade, da cooperação e da primazia do mérito para concretização da jurisdição útil*. Direito Unifacs [recurso eletrônico], n. 193, p. 1-11, jul. 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4555/2968>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2022.

já mencionado quando falamos sobre Bülow, foi desvirtuada pelos aplicadores do direito, no sentido de que era muito mais cômodo não resolver a lide e aplicar o tecnicismo exagerado a fim de simplesmente extinguir o processo por não cumprimento de alguma formalidade desarrazoada, ou observância da letra fria da legislação vigente.

Aliás, a própria razão de ser do processo é realizar o direito material invocado pelas partes, daí a premente necessidade de evitar o excesso de formalismos em prol da correção/sanabilidade dos atos processuais, com o fim de julgar o seu mérito.⁸⁷

Veja que a superação dos vícios e a ideia de sanabilidade processual, ocorrem até mesmo no plano recursal, a ponto de que determinadas incorreções que impeçam o exame de mérito (não conhecimento) do recurso também podem ser objeto de correção.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já decidiram por reiteradas vezes que pode ser desconsiderado um vício formal de recurso, desde que tempestivo, ou abrir prazo para a devida correção, desde que não se repute falta grave, a fim de que possa ser julgado o respectivo mérito.

O CPCBR também prevê, lastreado na primazia de resolução de mérito, em seu art. 1.029, §3º, o que se segue:

§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

Essa regra se alinha perfeitamente ao combate da “*jurisprudência defensiva*”, que se traduz em decisões sem qualquer lastro ou respaldo legal na grande maioria dos casos, com o único intuito de obstaculizar o exame de mérito de recursos e ações, principalmente em direito estrito.⁸⁸

A “*jurisprudência defensiva*” cede espaço à “*jurisprudência ofensiva*”⁸⁹, já que impõe a superação do formalismo vazio e atribui ao julgador a observância de todos os

⁸⁷ LEMOS, Vinicius Silva. *O princípio da primazia de mérito na fase recursal de acordo com o novo Código de Processo Civil*. Extraído de DIDIER JR. Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; e FREIRE, Alexandre (organizadores). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coleção Novo CPC – Doutrinas Seleccionadas*, v. 6. Salvador: 2016, JusPodivm, 2ª ed.

⁸⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte; ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz. *A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>. Acesso em 10 de fevereiro de 2022

⁸⁹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O novo CPC e o princípio da primazia do julgamento do mérito recursal*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 147, junho de 2015, p. 96.

princípios, processuais e constitucionais, sob pena de ofensa direta (eficiência, legalidade, inafastabilidade do controle jurisdicional, contraditório, boa-fé, cooperação, razoabilidade, segurança jurídica, entre outros).

Chegamos à era processual de fazer com o que o julgador deite sua ótica ao direito material, para o fim de impedir que os julgadores não analisem o mérito dos pedidos a eles conferidos. A redução dessas barreiras formalísticas se traduz em maior efetividade e, conseqüentemente, diminuição de lides e trabalho jurisdicional. É que a tentativa de desafogar o Judiciário (jurisprudência defensiva) com o simples não conhecimento de uma peça e a extinção sem resolver o mérito do imbróglio, não se traduz em menos despesas ou menos esforço ao julgador, pois as partes poderiam propor novamente a ação com a correção do vício e confirmaria o trabalho duplicado daquele que não deu azo à correção.

O abandono do formalismo pelo formalismo é medida que se impõe a todos os julgadores e atores processuais, seja em qual ordenamento for, especialmente o brasileiro, e passem a empregar mais zelo e atenção, possíveis e inimagináveis, para a suplantarem vícios processuais, desde que sanáveis, para focalizar naquilo que realmente importa: entregar aos jurisdicionados a tutela do direito material discutido.

6.2. MATERIALIZAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Demonstrado o que significa a primazia do mérito, consubstanciado no formalismo-valorativo, pretende-se apresentar ao leitor as hipóteses de materialização desta norma pela legislação.

O princípio da primazia do mérito é a pedra filosofal do neoprocessualismo, pois é com base nele que todo o desenvolvimento de institutos e normas se opera, a exemplo do modelo estrutural de cooperação, gestão processual e carga probatória.

No Brasil são vários os dispositivos legais que traduzem a exigência ao cumprimento da realização do mérito pelo Tribunal, com a expressa demonstração de sanabilidade do processo judicial e também administrativo. No artigo 139, IX do CPCBR/2015 diz-se que ao juiz é devido “*determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais*”, prezando pela condução processual que impeça ou dificulte a ocorrência de irregularidades.⁹⁰

⁹⁰ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução (...)*. São Paulo: SaraivaJur, 4ª ed., 2019, p. 318.

Outra importante indicação de materialização do princípio discutido é a finalidade do ato executado pelas partes. Caso se perceba que não cumpriu o que estava prescrito em Lei, mas o objetivo foi atingido mesmo assim, não haverá nulidade.

Fica claro que não se deve superestimar a forma em detrimento do conteúdo, calcando a patamar inferior o provimento jurisdicional de mérito, quando de fato as formas possuem apenas o caráter instrumental.

Como exemplo dessa questão, verifica-se a execução de um contrato particular, devidamente assinado pelo exequente e executado, mas sem o cumprimento de assinatura de duas testemunhas, ao arripio do art. 784, III do CPCBR/2015. Após a regular citação, o exequente alega que o título executado não assume a forma prescrita em lei, mas não nega a sua existência razão pela qual pugna pela extinção do processo sem a resolução de mérito. O Tribunal, por sua vez, aplicando o art. 277, que relega ao patamar devido do conteúdo sobre a forma, rejeita a exceção e promove a continuidade da execução justamente sob o fundamento de que as testemunhas possuem caráter meramente instrumental e, portanto, o objetivo do título executivo foi atingido, pois nem mesmo o executado o negou.

É a verdadeira face do princípio processual *Pas Nullité Sans Grief* – Não haverá nulidade sem efetivo prejuízo à parte.

Já traçamos os contornos, também, da impossibilidade de decretação de nulidade em favor de quem o julgamento de mérito lhe aproveitaria, tanto no art. 282, §2º do CPCBR/2015, quanto no art. 195º do CPCPT/2013, já que a preocupação dos atores processuais deve ser o provimento meritório, fazendo cumprir que o processo deve ensejar o atingimento do direito substantivo.

É o exemplo da aplicação de revelia, sem que tenha havido a citação regular do promovido. Apesar dessa nulidade, o Tribunal ao julgar o mérito da demanda, entende que o autor não tinha razão, julgado improcedente o pedido, com a resolução de mérito. Deste fato não haveria qualquer motivo para decretação de nulidade, pela falta de citação regular e decretação de revelia, pois mesmo assim o provimento judicial foi favorável ao réu.

Sucessivamente surge a possibilidade de correção de eventual vício processual pelas partes antes de ser proferida qualquer decisão que venha a extinguir o processo sem resolução de mérito.

No Brasil (art. 317 do CPC) e em Portugal (art. 9º, 146º e 590º do CPC) prestigia-se a exceção da sentença extintiva do feito sem a resolução de mérito, sendo a regra a

primazia do seu julgamento. Essa regra deve, entretanto, beneficiar tanto o autor quanto o réu.

São vários os dispositivos legais e meios que fundamentam a aceção do princípio-norma de primazia no julgamento de mérito em ambos os diplomas processuais estudados mais a fundo neste trabalho (Portugal e Brasil) e em todos a ideia central é que todos os meios necessários serão aplicados para o fim de que o julgador possa conhecer toda a demanda, sem qualquer vício que impeça a análise do mérito, a fim de que com a decisão final possa solucionar o caso da melhor forma possível e contribuir com a pacificação social e justa composição do litígio.

Tanto é assim que precisaremos dedicar parte do trabalho para apresentar a gestão processual, em seu aspecto formal, material e sob a ótica das partes, além da carga probatória, a fim de amoldar tais institutos ao seu objetivo final que é o de concretização da norma-princípio de primazia do julgamento do mérito. Para tanto, daremos início a tais análises de caráter mais aprofundado em capítulos a seguir.

7. GESTÃO PROCESSUAL

Verificamos, até então, que a fase hodierna do processo civil está inserida totalmente no Neoprocessualismo, de forma tal que o julgamento de mérito das demandas é medida que se impõe a todos os sujeitos processuais, com obrigações positivas (superação de vícios) e negativas (impedimento de atos procrastinatórios etc.), pelo que decidimos chamar de primazia do julgamento de mérito.

Todavia, tal norma-princípio constitui-se em questão meramente teórica, se amoldando muito mais a um horizonte possível de ser desenhado pelas mãos de um artista, mas que sem mecanismos de gestão do processo a ser entregue às partes, jamais sairia da tela da pintura e teria efeito significativo na vida dos jurisdicionados.

Foi assim que o Neoprocessualismo (primazia de julgamento do mérito) engendrou esforços à ampliação da gestão processual das partes e do magistrado, como uma forma de materialização do princípio objeto deste trabalho.

A gestão processual tem raízes no direito inglês, onde foi atribuído aos juízes um papel ativo na condução do processo, com viés econômico, rápido e justo⁹¹, chamado de

⁹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do*

active case management, advindo especialmente da *Civil Procedure Rules* (Regras do Procedimento Civil, em português).⁹²

Destaque-se que MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁹³, ao comentar ainda o projeto do CPCPT/2013, quando ainda em votação pelas casas legislativas, verificou que além de possuir ligações claras com o direito inglês, a regra da gestão processual (art. 6º) também foi inspirada no 14º princípio dos Princípios do Processo Civil Transnacional, elaborado pelo *American Law Institute*⁹⁴ e Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado - *Unidroit*⁹⁵, onde resta definido e instruído que os juízes precisam ter uma direção ativa na condução do processo.

Também da Alemanha podemos encontrar os traços históricos da gestão processual, quando da observação da legislação específica dos processos para o litígio de pequeno valor, em função da possibilidade de determinação do procedimento segundo um juízo de equidade do julgador.

Do lado de cá do Atlântico, no Brasil, podemos verificar a adoção da gestão processual com o advento dos Juizados Especiais Cíveis, pela Lei nº 9.099/95, que conferiu ao juiz e partes um procedimento mais célere, voltado à oralidade e informalidade, adequando o procedimento às especificidades do caso concreto, sem a necessária observância de um formalismo exagerado e enrijecido.

procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113

⁹² ALEXANDRE, Isabel. *O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil.* In Caderno I (2.ª edição) O novo Processo Civil. Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil. Centro de Estudos Judiciários. [Acessado em 07/03/2022] Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf>, p. 87.

⁹³ GOUVEIA, Mariana França. *A ação especial de litigância de massas.* In *Novas Exigências do Processo Civil. Organização, celeridade e eficácia.* (Org.) Associação jurídica do porto. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 140.

⁹⁴ INSTITUTO DE DIREITO AMERICANO é uma organização independente líder nos Estados Unidos, que tem o propósito de produzir trabalhos acadêmicos de esclarecimento, modernização e melhorar a lei, cfr. Livre tradução em: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The American Law Institute.* [Acessado em 07/03/2022]. Disponível em: <<http://www.ali.org/>>.

⁹⁵ O INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – Unidroit é uma organização intergovernamental independente que tem sede em Roma, e que tem o propósito de estudar as necessidades e os métodos para modernizar, harmonizar e coordenar leis privadas e em particular leis comerciais entre os Estados e os grupos de Estados e para formular uma lei uniforme, com princípios e regras, para alcançar esses objetivos, conforme tradução livre de textos que constam no site da organização. A Unidroit é formada por 63 Estados, com representantes dos cinco continentes, cfr. REINO UNIDO. *Unidroit.* [Acessado em 09/03/2022] Disponível em: <<http://www.unidroit.org/>>.

Todavia, inegável que a lei processual inglesa, e dos países do *common law*, em geral, é bastante flexível quando se trata da gestão processual, a ser exercida pelas partes e pelo juiz.

Em Portugal e no Brasil as bases que fundamentaram e propiciaram o surgimento da gestão processual advêm legislação alemã, inglesa e do processo civil transnacional, inicialmente como um experimento em leis específicas e atualmente, com a adoção determinante do Neoprocessualismo, é prevista nos respectivos Códigos de Processo Civil.

No que tange à gestão processual do ponto de vista do magistrado, deve-se encarar como um dever, pois a esta vincula-se a lei para uma boa gestão do processo, no sentido de que *“O dever de gestão processual procura ajudar a solucionar a “equação processual”:* uma decisão justa do processo com os menores custos, a maior celeridade e a menor complexidade que forem possíveis no caso concreto.”⁹⁶

Por ser um dever, cabe ao magistrado gerir de forma ativa o processo, seja convidando as partes à produção de provas, sugerir a modificação ou alteração do pedido, convocar para complementação das alegações de fato, requerer provas que entenda pertinente, etc.

MIGUEL MESQUITA, seguindo o mesmo entendimento aqui adotado, aduz que *“quanto ao problema de saber se o poder de instrução se traduz num poder discricionário ou um poder-dever, o entendimento correcto é o de que se trata de um autêntico dever sempre que haja razões para presumir que certa prova não requerida pelas partes poderá ser essencial para alcançar a verdade.”*⁹⁷ e arremata que *“Este princípio, cujos contornos aparecem pouco definidos na lei (um passo envolta em neblina), atribui ao juiz o poder de exercer influência sobre o processo, que a nível do procedimento propriamente dito, que ao nível do <<coração>> do processo, ou seja, do pedido, da causa de pedir e das provas.”*⁹⁸

Veremos ainda que a gestão processual passou por diversas fases de debate na sociedade científica do direito com o fim de discutir se seria somente acerca de uma gestão formal ou se o seu conteúdo poderia a receber contornos materiais.

⁹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, julho/setembro de 2013, p. 10.

⁹⁷ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?* *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 145, n.º 3995, 2015, p. 104

⁹⁸ MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, n.º 3983, novembro-dezembro/2013, p. 145

LEBRE DE FREITAS, quando comentou o atual CPCPT/2013, fez um excelente questionamento acerca da autonomia do princípio da gestão processual, pois não conseguia entender a necessidade de separação da regra de direção do processo pelo juiz e o da adequação formal. Acaso não se pudesse confirmar que o princípio da gestão processual possuísse fundamentação diversa do princípio do inquisitório e da adequação formal não haveria qualquer motivo para considera-lo um novo princípio autônomo, mas somente uma decorrência lógica desses outros. Para o processualista a consagração deste novo princípio de gestão processual é uma mera fuga em frente, pautada na inércia dos magistrados em utilizar os poderes de que já dispunham.⁹⁹

Em sentido diametralmente oposto, CARLOS LOPES DO REGO¹⁰⁰, entende que a gestão deve seguir ambos os conteúdos (formal e substancial), sendo que o juiz deve agilizar e fomentar uma verdadeira simplificação do procedimento, sempre pautado na igualdade das partes e na defesa do contraditório, com o fito de garantir o direito material no menor tempo possível. É que o princípio da gestão processual se consubstancia na materialização da mitigação do formalismo das fases pretéritas do direito processual, e tem por objetivo precípuo o fim do processo ou do ato processual.¹⁰¹

Na Alemanha, por exemplo, já existe a possibilidade de intervenção do juízo no próprio pedido da parte, como forma de garantir até mesmo o acesso efetivo ao judiciário, nos ditames do § 263 do *Zivilprozessordnung*, mas delimita que a alteração não pode ser feita de ofício, somente cabendo a indicação e ocorrência após a concordância expressa da parte.

Finalmente, no que tange à gestão processual sob o espectro das partes, só podemos considerar que se trata de faculdade conferida aos interessados processuais de celebrar

⁹⁹ Segundo LEBRE DE FREITAS, “Do regime processual experimental é importado o princípio da gestão processual (art. 6.º). Nunca entendi, nesse regime, a autonomia desse princípio perante o da direção do processo pelo juiz e o da adequação formal, tendendo a considerar a sua consagração como uma mera fuga em frente, só explicável pela inércia habitual dos magistrados no uso de poderes que já anteriormente tinham. O modo como, finalmente, o princípio aparece consagrado, absorvendo as disposições dos ainda vigentes n.ºs 1 e 2 do art. 265.º (‘poder de direção do processo’), agora separadas – bem – do princípio do inquisitório, e apelando à ‘simplificação e agilização processual’, bem como a colocação noutra local (art. 547.º) da adequação formal (já não com epígrafe que anuncie a consagração dum princípio), parecem ter vindo ao encontro dessas dúvidas.”, FREITAS, José Lebre de. *Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*. Disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7Ba3edae75-10cb-46bc-a975-aa5effbc446d%7D.pdf>. [Acessado em 09/03/2022], p. 28-29.

¹⁰⁰ REGO, Carlos Lopes do. *Os princípios orientadores da reforma do processo civil*. In Julgar, n.º. 16, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 102.

¹⁰¹ FARIA, Paulo Ramos de. *O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6.º do Código de Processo Civil português (excertos)*. In Caderno I (2.ª edição) O novo Processo Civil. Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil. Centro de Estudos Judiciários

negócios jurídicos processuais, como forma de melhor gerir o processo em que decidiram participar do litígio. Enquanto que no viés do Tribunal a gestão é um dever, sob o enfoque das partes é uma faculdade, podendo ser exercida ou não, mas que merece um destaque também em nosso trabalho.

7.1. GESTÃO PROCESSUAL: PODER-DEVER DE GESTÃO - PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE E GESTÃO MATERIAL.

A gestão ativa do processo por parte do magistrado deduz-se do art. 6º do CPCPT/2013 e art. 139 do CPCBR/2015, tudo com função de entregar aos litigantes uma rápida e justa solução da demanda, assim como diminuir o fluxo de ações que chegam ao Poder Judiciário, como forma de melhor organizar o próprio Tribunal.¹⁰² Se o magistrado souber aplicar bem seus poderes ampliados pelo princípio da gestão processual, o Tribunal poderá entregar às partes uma decisão justa e em prazo condizente com o perecimento do direito invocado.

A gestão processual pode ser dividida em parte formal e parte material, havendo quem suscite serem subtipos de uma espécie, ou mesmo aqueles que acreditam ser apenas um princípio geral, sem subdivisões.

Se entende da parte formal a interferência do magistrado no mérito da decisão judicial, inclusive com a sugestão de alteração de pedido, produção de provas, etc. Já a parte formal é dirigido à tramitação do processo, com a possibilidade de adequação do procedimento, dada a causa concreta.¹⁰³

Nesta vertente da evolução do direito processual, o procedimento agora é visto e compreendido por sua natureza axiológica e finalística, bem como seu estudo normativo analisado com base na Lei Maior de cada país, devendo obedecer aos valores constitucionalmente previstos.

¹⁰² FARIA, Paulo Ramos de. *O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6.º do Código de Processo Civil português (excertos)*. In Caderno I (2.ª edição) O novo Processo Civil. Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil. Centro de Estudos Judiciários. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20 Processo_Civil.pdf [Acessado em 09 de março de 2022], p. 115

¹⁰³ FARIA, Paulo Ramos de. *O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6.º do Código de Processo Civil português (excertos)*. In Caderno I (2.ª edição) O novo Processo Civil. Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil. Centro de Estudos Judiciários. Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20 Processo_Civil.pdf>. [Acessado em 10 de março 2022], p. 116-117.

Dito isto, foi superada aquela tese formal e mecânica de aplicação do direito processual, com a natural rejeição de um caráter estritamente formalista dos institutos que fazem parte do processo civil, como acontece com o procedimento, passando a ser alçado a um patamar superior os valores constitucionais e suas finalidades processuais.¹⁰⁴

A natureza instrumental do processo nos traduz que a técnica processual não é, nem nunca foi, um fim em si mesmo, mas somente a forma legal de se alcançar o objetivo final (finalidades processuais), como é o caso da tutela dos direitos ali invocados no litígio.

Para tanto, houve o surgimento, em Portugal quando da Reforma de 1995/1996¹⁰⁵, do princípio da adaptabilidade processual/gestão formal, onde se impõe ao juiz que adequue o processo ao caso concreto, para fazer valer a máxima de que o processo serve para realizar o direito substantivo, com a promoção da pacificação processual e justiça material.

No seu art. 547º, do CPCPT/2013, esse princípio da adaptabilidade recebe o nome de adequação formal, onde consta que o magistrado *“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”*.

Já no Brasil essa gestão formal é prevista no art. 139 do CPCBR/2015, quando trata dos poderes do magistrado que pode, inclusive, dilatar os prazos processuais, bem como no art. 188 do mesmo Diploma quando determina que nenhum ato assumirá forma específica, desde que atinja sua finalidade, cabendo ao julgador definir, fundamentadamente, a melhor forma para o fim.

Desta feita, o juízo deverá adaptar o trâmite do processo, além do conteúdo e forma dos seus atos para fim de dar uma decisão sobre o mérito posto em análise, mas sem descurar dos limites processuais impostos, como a equidade, tampouco ser utilizado como forma de inviabilizar a segurança jurídica por meio da falta de previsibilidade dos atos processuais, devendo o magistrado pautar suas decisões não só visando o tratamento isonômico entre as

¹⁰⁴ Em uma metáfora feita à atividade do juiz, MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, nº 3995, 2015, p. 83, refere-se ao processo moderno como uma “obra”, em que o magistrado passou a ter a possibilidade de alterar a sua planta, abrindo “corredores”, “janelas” ou “portas”, para solucionar o caso concreto. O autor refere ainda que o juiz deixou de ser mero “engenheiro” para passar a ser também o arquiteto do processo. Dessa forma, o fim do processo civil continua a ser a pedra de toque do princípio da adequação, sendo ele a “[...] expressão do caráter instrumental da tramitação relativamente à realização do fim essencial do processo”

¹⁰⁵ Art. 265-A do CPC português com a seguinte redação: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

partes, assim como também observando a razoabilidade e proporcionalidade dos atos.¹⁰⁶ Porém, há quem inaugure divergências quanto à análise dos poderes do magistrado no que tange à gestão formal/adaptabilidade/adequação.

Para PEDRO MADEIRA BRITO¹⁰⁷, o princípio da adequação procedimental, insculpido no supracitado art. 547º do CPCPT/2013, visa à incidência específica da sequência dos atos processual, conhecidos por normas puramente procedimentais, enquanto que fica de fora dessa gestão a forma dos atos processuais considerados individualmente, que são orientados pelo princípio da instrumentalidade das formas.

Salvo melhor juízo, entendo que essa diferenciação não traz nenhum efeito prático ao direito processual, pois se trata de mais uma discussão sobre o mesmo conceito: adequar o processo ao fim que se destina. O juiz sempre que perceber que o processo está pautado num rito que não é o suficiente para entregar uma análise meritória com a justa composição do litígio e a descoberta da verdade real, deverá promover sua alteração para adequá-lo a todas especificidades que o caso requer.¹⁰⁸

Por fim, em postura muito mais restritiva no que tange à aplicação da gestão formal do processo pelo juiz, segue o posicionamento de CALAMANDREI¹⁰⁹, que o limita apenas a adoção de outro procedimento já previsto na própria legislação, assim como, em tese, ocorreria na legislação italiana, pois se trata de “[...] *uma combinação do princípio da legalidade com o da pluralidade das formas; o juiz e as partes devem seguir, em geral, as formas estabelecidas pela lei, mas podem escolher, em cada caso, entre os vários tipos de formas que a lei à sua disposição.*”

À gestão material vê-se que é voltada à descoberta da verdade real do processo, com vias a imbuir a decisão final com a justa composição do litígio, atingido o fim maior

¹⁰⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 12. 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 menos 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. Noutras palavras: a complexidade do procedimento deve ser proporcional à complexidade da causa.”

¹⁰⁷ Cfr. BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação formal*. In Aspectos do novo processo civil. Lisboa: Lex. 1997, p. 38.

¹⁰⁸ Nesse sentido, REGO, Carlos Francisco Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I, 2 ed. 2004, p. 263. Em sentido contrário, BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação formal*. in Aspectos do novo processo civil. Lisboa: Lex. 1997, p. 40.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 30

que é a da pacificação social. A gestão processual, como abordada nesse trabalho, vai muito mais além do que a simples adaptação do procedimento, mas sim ao atingimento do cunho material e estritamente ligada ao princípio da cooperação.¹¹⁰

Nas palavras de MIGUEL MESQUITA “*Esta <<justa composição do litígio>> significa que a gestão tem uma dimensão material. Quer dizer, 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*”.¹¹¹

Apesar de ser um instrumento relativamente novo para o direito processual civil, a gestão material do processo tem se mostrado como uma ferramenta muito importante para a persecução da justa composição do litígio, o que vem pautando o estudo da ciência do direito processual, como base no Neoprocessualismo.

Ela só pode ser alcançada mediante uma atividade cuidadosa do magistrado que poderá, por exemplo, sugerir a modificação do pedido feito pela parte, desde que fundamentado com base em princípios que indiquem essa premente necessidade¹¹². A sugestão não pode ser confundida com imposição ou aconselhamento. Ao magistrado incumbe somente alertar as partes sobre algum ponto controvertido, mas a posição dos seus procuradores deve ser sempre enaltecida, a fim de que não se quebre a isonomia processual e o equidistanciamento do magistrado, pois cabe somente às partes e seus procuradores fazerem as alterações ou esclarecimentos ao tribunal.¹¹³

A gestão material foi introduzida no ordenamento português ao conferir os deveres de impulsão, direção, simplificação, agilização e sanação processual.

No Brasil essa situação foi muito bem introduzida pela vedação às decisões surpresas, prevista no art. 10 do CPCBR/2015, em que resta mitigado o poder de o magistrado proferir qualquer decisão que não tenha conferido às partes a possibilidade de

¹¹⁰ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, pp. 79 e 81-82. Nesse sentido, *Ibidem*, pp. 88-89 e 104 entende que “O fim da gestão material é, neste particular domínio, claríssimo: o apuramento da verdade e a consequente justa composição do litígio.”. Ainda, com a gestão processual “Pretende evitar-se que a pura prevalência do princípio do dispositivo conduza à perda de um direito por causa de um erro, de uma distração ou de uma falta de cuidado.”

¹¹¹ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 83.

¹¹² MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*; Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n° 3983, novembro-dezembro/2013, pp. 146-147

¹¹³ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 103 .

manifestação pretérita. Além disso o Diploma Processual brasileiro, no mesmo art 139¹¹⁴, supramencionado, também confere ao magistrado o dever de direção do processo. Sem olvidar que também lhe é dever dirigir o processo assegurando às partes igualdade de tratamento; velar pela duração razoável do processo; prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente dilatórias; determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial; promover a autocomposição; dilatar os prazos processuais e alterar a ordem na produção de provas para conferir maior efetividade à tutela de direito; e exercer poder de polícia; determinar o suprimento de pressupostos processuais e saneamento de vícios.

Apesar de conferir todos esses poderes de gestão do processo, o referido dispositivo brasileiro *não contempla expressamente o princípio da gestão processual*, mas é possível aplica-lo por meio da interpretação sistemática das normas, pois se estabelece que o juiz terá poderes de direção no processo, assim como ocorre no ordenamento português.

Em ambos os casos se percebe que ainda há muito que se caminhar para uma mudança de concepção e abrangência da gestão material, pois se trata de uma verdadeira guinada no cerne do processo, sendo uma transição lenta e gradual do ponto de vista também cultural processual para os aplicadores do direito, ao ponto que o juiz, neste momento de estudo, deve limitar sua influência processual unicamente às provas e o objeto do processo.

Enfim, a gestão material do processo não pode ocorrer como regra, sob pena de estarmos diante de um judiciário parcial, mas somente em casos pontuais e específicos onde as partes litigantes não tenham apresentado suas razões fáticas ou pedidos de forma clara, cabendo ao magistrado solicitar que procedam a um pequeno retoque em suas alegações.¹¹⁵

Veja que o magistrado pode atuar somente em questões pontuais e com muita cautela, para que não haja quebra da imparcialidade. Ademais, a alteração do processo a nível de pedido só poderá ocorrer mediante convite às partes para assim proceder. É que o magistrado somente, em regra, poderá exercer a gestão do processo com base naquilo que

¹¹⁴ Além do artigo 139, identifica-se a gestão processual em outros dispositivos do CPC/2015, tais como: artigo 191 (permite ao juiz e às partes a elaboração de um calendário processual); artigo 322, § 2º (permite ao juiz interpretar o pedido conforme o conjunto da postulação, observando o princípio da boa-fé); artigo 352 (permite ao juiz determinar a correção das alegações do réu); artigo 373, § 1º (permite ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso); e artigo 370 (permite ao juiz de ofício determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito).

¹¹⁵ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 103.

as partes alegaram, sob pena de julgamentos *ultra petita* (entregou a mais do que o pedido) ou *extra petita* (entregou coisa diversa do pedido), nos termos dos art. 609 do CPCPT/2013 e no art. 492 do CPCBR/2015.

Notadamente, devemos mencionar que a aplicação da gestão material ainda tem forte resistência, como visto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência (processo n.º 1520/04.3TBPBL.C1.S1-A, de 14/05/2015), onde consignou que “*Se o autor não formula na petição inicial, nem em ulterior ampliação, pedido de juros de mora, o tribunal não pode condenar o réu no pagamento desses juros.*” E arrematou no sentido de que “*ao longo do processo o juiz não pode, aponte sua, convidar o autor a suprir qualquer omissão que vislumbre no conteúdo do pedido; no caso, portanto, não poderia sugerir a inclusão do pedido de condenação em juros de mora que entendesse devidos.*”¹¹⁶.

Esse entendimento, *concessa vêniam*, nos parece muito engessado e ultrapassado para a atual fase do processo civil, isso porque não se poderia entender que o pedido de juros seria a mais do que o pedido pelo autor, mas somente uma decorrência lógica do pedido principal, cabendo ao Tribunal encará-lo como um pedido implícito.

Tanto no Brasil quanto em Portugal é possível se observar a melhor aplicação da gestão material do processo naqueles casos em que não há litígio, sob o prisma da jurisdição voluntária, pois o juiz atua de forma bastante ativa, tomando decisões para contribuir a uma resposta célere e efetiva do judiciário, com vistas a reduzir o caminho percorrido pelas partes para a justa composição, mitigando o formalismo processual.¹¹⁷

Não se pretende com a gestão processual, seja ela formal ou material, descurar da obviedade de que as formas processuais trazem segurança jurídica aos jurisdicionados, além de sua relevância ao processo. Entretanto, não se pode mais limitar a eficiência da atividade jurídica pelos obstáculos que a forma poderia trazer ao resultado útil e efetivo do processo.¹¹⁸

O desapego às meras formalidades vem ao encontro da ampliação dos poderes instrutórios e gestão material do juiz para o fim de obtenção da verdade real sobre a coisa

¹¹⁶ ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça. Portugal. [Consultado em 02 de fevereiro de 2022]. Disponível em: <[Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça \(dgsi.pt\)](https://dgsi.pt)>.

¹¹⁷ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013, p. 42.

¹¹⁸ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n.º 3995, 2015, p. 91. Nesse sentido, “A justiça, baseada na gestão material, deve alcançar aquilo que as partes querem e não aquilo que o juiz quer. Por isso mesmo, a correção dos pedidos inconvenientes ou inapropriados (Die korrektur unzuweckmabiger Antrage) tem de respeitar, na medida do possível a vontade dos litigantes.”.

litigiosa. Atualmente o juiz assume o comando ativo e oficial do processo para se coadunar aos princípios basilares do Estado Social Democrático de Direito, o que somente ocorrerá se exercida com base nos poderes materiais do tribunal. Nos dizeres de BARBOSA MOREIRA: “[...] o mais valioso instrumento “corretivo”, para o juiz consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito.”¹¹⁹

MIGUEL MESQUITA¹²⁰ diz que “É um erro pensar que a gestão material conduz ao <<amesquinamento do papel das partes>> no Processo Civil” e sem sombra de dúvidas a gestão processual vem para evitar o formalismo excessivo, contribuindo para uma decisão mais justa e que promova o julgamento do mérito do processo.

MARINONI arremata do divagar que “[...]o dever de promover a adequação do processo às especificidades da causa, dilatando prazos processuais e alterando a ordem de produção de provas, por exemplo, a fim de conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI).”¹²¹ É dizer que a gestão processual material e formal chegam ao processo civil como uma forma de desvincular a ideia de processo ao formalismo exagerado, que muitas vezes impedia o conhecimento do imbróglio pelo judiciário por simples apegos excessivos a uma forma de procedimento, o que impedia uma justa composição do litígio, a pacificação social e, de fundo, a resolução do mérito da demanda posta à análise do Poder Judiciário.

7.2. OS LIMITES DA SUA APLICAÇÃO.

O princípio da gestão processual, seja de ordem material ou formal, é marcado pelo debate doutrinário acerca da suposta *quebra de imparcialidade do magistrado* na condução do feito judicial. Com efeito, a imparcialidade é condição essencial ao bom andamento de um processo judicial, sendo um dos requisitos de instauração do procedimento de forma regular e válida, tal como confere justiça e efetividade.

BARBOSA MOREIRA, define muito bem o que se conceitua por imparcialidade: “Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar

¹¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 49, 1º trimestre. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1986. p. 61.

¹²⁰ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, nº 3995, 2015, p. 108.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 77.

a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar provas de que disponha”¹²².

No que tange à parte formal da gestão, também mencionada como princípio da adaptabilidade, diz-se que se trata de aplicação subsidiária, podendo o magistrado modificar o procedimento desde que verificado objetivamente que o previsto na legislação não se adequa de maneira condizente com o direito invocado pelas partes. Nesse sentido, cabe ao sistema jurídico buscar a melhor forma de tutelar o direito das partes litigantes e o dever de solucionar o litígio da maneira mais eficiente, funcional e em harmonia com a natureza instrumental e axiológica do direito processual.

De toda sorte a adaptabilidade do procedimento não pode ser utilizada como forma a tornar o processo instável, sem previsibilidade e com o fomento efetivo da insegurança jurídica, o que representaria um sentimento de injustiça imbuído no Poder Judiciário.

Feito este breve introito, de bom alvitre, por ser mais didático e eficiente no entendimento, que se faça a análise pontual de cada um dos requisitos a serem observados pelos magistrados quando da aplicação da gestão processual.

7.2.1. A IMPARCIALIDADE

É grande a divergência sobre a aplicabilidade da gestão processual no que tange à quebra de imparcialidade do juiz que possui maiores poderes instrutórios na condução do processo. Exemplifica-se com o magistrado que determina a *produção de uma prova* específica, sendo a sua imparcialidade quebrada justamente nesse momento processual. Para esses doutrinados o juiz passará à condição de *jugador parcial*, pois demonstrará maior apoio à tese levantada pela parte que seria beneficiada com a produção de determinada prova, podendo mesmo que sem intenção, ao começar a investigar os fatos processuais prever o resultado do seu exame imparcial sobre o feito.¹²³

Apesar da alegação de parte da doutrina ser, num breve momento, bastante atraente aos olhos do jurista, passado um pouco mais de tempo da análise do método invocado acerca

¹²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Imparcialidade: Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz*. Revista Jurídica de Porto Alegre, síntese, nº 250. Porto Alegre, 1998, pp. 12-13.

¹²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile Principi*. 7ª edição. Editora Giuffrè. Milão, 2007, p.136.

do exemplo de produção de prova, é nítido que tal sentimento de parcialidade não poderá se sustentar.

É que para levarmos em consideração uma suposta parcialidade do juiz que determina a produção de uma prova, que entenda ser essencial à elucidação dos fatos e justa composição do litígio, precisamos também levar em consideração o juiz que não produz a prova e acaba por beneficiar a outra parte. Nesse mesmo sentido: *“Do mesmo modo, o princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução. Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para elucidação da matéria fática, se queda inerte.”*¹²⁴

Nem mesmo a sugestão de complementação ou alteração do pedido pode ser considerada objetivamente como quebra da imparcialidade, pois o que o juiz busca é a elucidação dos fatos e a justa composição do litígio. Se essas fossem confirmações de quebra de imparcialidade, o magistrado desde sempre seria vedado de interrogar as partes, requerer explicações ao perito, promover quesitos à perícia etc.

A perda de imparcialidade, de certo, pode ocorrer em qualquer momento do processo, mas o fato isolado de ampliação do poder instrutório do magistrado não pode ser fator determinante a uma guinada pela parcialidade. A questão imparcialidade deve ser analisada de maneira muito mais ampla e, certamente, um magistrado que abuse dos seus poderes, sem fundamentá-los e com nítida inclinação preferencial por uma das partes estará incidindo na vedação à parcialidade. Porém, isoladamente, a sugestão de complementação ou alteração do pedido, produção de provas e outros poderes instrutórios não são motivos suficientes à suscitação, tampouco serem consideradas como risco ao seu dever de imparcialidade.¹²⁵

TARUFFO¹²⁶ disserta que *a ampliação dos poderes instrutórios se traduz na busca pela verdade real de forma objetiva e imparcial*, com vias a uma justa composição e pacificação social.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 451

¹²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. Revista de Processo, v. 9, nº35. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1984, p. 180. Nestes termos, o célebre autor refere que “Ora, em primeiro lugar, quando o juiz toma a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, quando o juiz, por exemplo, ordena uma perícia, não dispondo de bola de cristal, nem sendo futurólogo, não pode, evidentemente, prever, adivinhar qual vai ser o resultado daquela diligência e, portanto, a qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará.”

¹²⁶ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, p. 140.

Nos aparenta muito mais uma certa restrição cultural dos aplicadores do direito que impõem uma barreira de imparcialidade para entender que aquele que julga não pode ser alheio à verdade dos fatos, sob pena de ser parcial para aquele que omite ou altera o que de fato ocorreu. O risco de quebra da imparcialidade não deve permear o nosso direito, assim como se torna inconteste a necessidade de relativização dessa barreira cultural da imparcialidade, a fim de que os novos valores sociais, que inspirem um processo justo, possam finalmente capilarizar e assumir o patamar de proeminência processual.¹²⁷

Ao determinar, de ofício, a produção de determinada prova, em regra, o juiz busca a elucidação dos fatos, por entender que aquela prova poderá contribuir significativamente a uma justa composição do litígio. Como outrora mencionado, o *jugador não tem como prever o resultado de determinada prova*, tampouco imagina qual das partes irá se beneficiar. Assim, para considerar essa atitude parcial, também deve se desvelar a conduta oposta, que seria a de não produção da prova, pois sabe a quem não beneficiaria, de tal sorte que sua inércia também deveria ser considerada parcialidade.¹²⁸

Por oportuno, no momento em que decide pela determinada produção de uma prova, o juiz ainda não está convencido de nada, supostamente – pois não podemos afastar casos específicos que devem ser analisados casuisticamente -, entretanto apenas percebeu que aquela prova será eficiente para o deslinde do litígio. No momento da valoração daquela prova ele deverá ser estritamente imparcial.

De fato, o juiz não pode ser considerado parcial por se imiscuir na busca pela verdade real, a fim de julgar o processo de maneira justa e efetiva, com vias a tutelar o direito daquele que realmente foi vilipendiado. A ampliação do poder de gestão processual do magistrado somente auxiliará nesse fim. Porém, o contraditório deverá permear toda a sua gestão, o que falaremos a seguir.

7.2.2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

É indispensável à aplicação da gestão processual pelo juiz (material e formal) a estrita observância do princípio do contraditório. Dando continuidade ao tema, a análise da

¹²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*, p. 8.

¹²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático*. Revista dos Tribunais, v. 32, n.53. São Paulo, 2007, p. 36

imparcialidade não pode se vincular tão somente à ampliação dos poderes do magistrado, mas sim ao casuísmo de sua atuação sem a observância do contraditório.¹²⁹

O contraditório é uma norma-princípio estruturante de um ordenamento jurídico, muitas vezes prevista na Carta Magna e, sequencialmente, repisada no códex adjetivo. Segundo isto, nenhuma providência poderá ser tomada sem antes ser ouvida a outra parte sobre qualquer questão de fato ou de direito, assim como nenhuma decisão poderá ser exarada sem que previamente as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciarem a respeito.

É um princípio que estabelece a vedação à indefesa, significa dizer que é impedido que as partes possam participar de um processo sem que haja a possibilidade de se defender de tudo aquilo que lhe é impingido, seja expressa ou tacitamente.

É graças a esse princípio que ficará o magistrado adstrito à imparcialidade e garante uma efetividade jurisdicional, de forma justa e igualitária.¹³⁰ Neste mesmo jaez “[...] a paridade de armas não quer dizer que as partes de um mesmo processo devem ter os mesmos poderes, até porque isso seria ignorar a obviedade de que elas podem ter diferentes necessidades. O que importa é que tais poderes tenham fundamento racional na diversidade das necessidades das partes e que, diante de qualquer poder conferido a uma delas, outorgue-se à outra o correlato poder de reação.”¹³¹

As partes têm o direito não apenas de serem ouvidas, mas de ter a capacidade de influenciar ativamente nas decisões judiciais, o que compreende um efetivo direito a se reunir com o magistrado, ampla defesa e uma paridade de armas ou igualdade de tratamento.¹³²

Ainda tratando sobre a paridade de armas, ou igualdade, torna-se pertinente dizer que é um dos corolários principiológicos mais importantes para o contraditório e que deve necessariamente servir de norte para o processo. *Ambos sujeitos processuais devem estar em*

¹²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 89-94; BATISTA, J. Pereira. *Reforma do Processo Civil: Princípios fundamentais*. Lisboa: Lex, 1997, p. 66

¹³⁰ GUASP, Jaime. *Juez y Hechos en el Proceso Civil: Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1943, p. 61, quando expõe que “*En primer término hay que hacer notar que la intervención del Juez en el proceso – aun con el carácter de investigador – no supone merma ni disminución alguna para las garantías del justiciable.*”

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 449

¹³² Cfr. GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In Revista Dialética de Direito Processual. Nº. 24, março de 2005, São Paulo, p. 74-78.

pé de igualdade perante o Tribunal, de modo a sempre equilibrar a relação jurídica entre eles, sempre por meio da legislação. A igualdade deve ser observada pela legislação e pelos juízes com vistas a garantir uma efetiva participação no decorrer da lide. Em alguns casos, como na relação consumerista, algumas ponderações ao princípio da igualdade servem como forma de diminuir a discrepância havida entre consumidor e fornecedor que na imensa maioria dos casos assume uma posição muito mais cômoda e denota a hipossuficiência do consumidor.¹³³¹³⁴

No modelo jurídico brasileiro, por exemplo, o juiz pode decidir pela *dinamização do ônus probatório*, conforme disposto no §1º do art. 373 do CPCBR/2015, o que demandará tópico específico para a explicação pormenorizada de mais um belo instituto do neoprocessualismo. Porém, esse poder instrutório do juiz não pode ser usado de forma subjetiva, ao seu bel prazer, mas justamente naqueles casos específicos de que é muito mais fácil e simples para uma das partes a produção de determinada prova, com o objetivo primordial de atingimento da verdade real.

Sendo assim, há uma manifesta *correlação entre o princípio do contraditório e o da igualdade*, sem o que ambos não podem se manifestar em sua completude na ausência do outro. Diz-se, em tempo, que o princípio do contraditório é composto pelo trinômio do conhecimento, participação e influência.¹³⁵

É por isso que as legislações mais modernas e esculpidas num Estado Democrático, atribuem uma força vinculativa ao princípio do contraditório. Considerando o exposto, num processo existem as posições ativa e passiva, onde a decisão necessariamente somente poderá ser tomada após ouvidas ambas as partes. Mesmo que o juiz entenda por modificar a distribuição do ônus da prova, somente poderá fazê-lo após a oitiva de ambas as partes, o que torna a decisão mais justa e com a efetiva participação de todos os sujeitos processuais.¹³⁶

¹³³ Esse princípio está disposto no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 13º da Constituição da República Portuguesa, no art. 5º da Constituição Federal Brasileira, no art. 4º do CPC português e no art. 139, I do CPC brasileiro. Isso mostra a sua importância tanto no âmbito constitucional, como no âmbito processual

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 445.

¹³⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 90.

¹³⁶ BUJOSA VADELL, Lorenzo; HUERTAS MARTÍN, Isabel; POZO PÉREZ, Marta del; VICENTE JIMÉNEZ, Carmen. *Derecho Procesal Penal*. 2º Edición. Ciencias de la Seguridad Universidad de Salamanca. Salamanca, 2007, p. 34.

Esse princípio é tão obrigatório nos atuais ordenamentos, que mesmo as partes optando pela solução alternativa para o conflito, também deverá ser verificado o seu cumprimento, sendo certo que uma vez tomada qualquer decisão sem o dever de consulta prévio, essa decisão será nula ou passível de anulação.

A tradição do princípio do contraditório era somente garantir a ação e reação sobre as alegações entre os litigantes, sem envolver o Tribunal, mas atualmente se veda, como vimos, as decisões surpresas, o que exige a prévia manifestação específica das partes sobre qualquer matéria de direito ou de fato, além de provas ou sobre qualquer outro fundamento, para que só assim o magistrado possa conhecer do conteúdo e decidir sobre.

Trata-se, agora, de um princípio que inclui o próprio juiz na sua realização, de maneira proativa e efetiva, como dever fundamental do exercício de sua função.

Em Portugal a norma do contraditório foi positivada no n.º 3 do art. 3.º do CPCPT/2013¹³⁷. O conteúdo desse normativo é o mesmo que ocorre no CPCBR/2015, em seu art. 10, que, em ambos os casos, proíbe que o magistrado conheça de questões sem a manifestação prévia das partes, mesmo aquelas que devesse conhecer de ofício.

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.

O Tribunal Constitucional português, inclusive, concretizando a norma estabelecida no n.º 3 do artigo 3.º do Código de Processo Civil de Portugal: *“Nesse sentido, julgou o TC, no ac. n.º 582/00, in AcsTC, 48.º vol., pág. 611, inconstitucional, por violação do preceituado no art.º 20.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do n.º 3 do art.º 8º do DL n.º 185/93, de 22/5, quando interpretada no sentido de que, no recurso jurisdicional da decisão do organismo de segurança social que rejeite a candidatura a adoptante, não é necessária a notificação ao recorrente do parecer que o M.º P.º emita, sendo esse parecer desfavorável ao recorrente e versando sobre matéria relativamente à qual o recorrente ainda não tenha tido oportunidade de se pronunciar (cfr., ainda o decidido no ac. n.º 185/01,*

¹³⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Portugal. 3— O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” A redação desse dispositivo não foi alterada com a vigência em 1.º de setembro de 2013, da Lei n.º. 41/2013, que aprovou o novo Código de Processo Civil português, permanecendo a mesma aprovada pelo Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de setembro, quando foi inserido o número 3 ao artigo 3.º do Código de Processo Civil português, exatamente com esse mesmo texto.

em que o Plenário do TC julgou não inconstitucional a norma resultante da alínea c) do art.º 27º, conjugada com o art.º 53º do DL n.º 267/85, de 16/7, segundo a qual, em recurso contencioso interposto por um particular contra acto praticado por um órgão do Estado, não há que notificar o recorrente particular para se pronunciar sobre o parecer que o M.º P.º emite, na vista final do processo, no qual não levante nenhuma questão nova que possa conduzir à rejeição do recurso: a ‘ratio’ determinante do juízo de não inconstitucionalidade foi, neste caso, a natureza manifestamente não inovatória do conteúdo do parecer do M.º P.º e o seu estatuto de garante da legalidade objectiva e não de ‘parte’ no processo administrativo contencioso.”¹³⁸.

Essa vedação às decisões surpresa também pode ser encontrada no ordenamento germânico, pelo § 139-1 da *Zivilprozessordnung* – ZPO¹³⁹, tal quanto no ordenamento francês, pelo art. 16 do Código de Processo Civil¹⁴⁰, e podem ser consideradas expressões análogas no direito comparado, já que buscam o mesmo objetivo.

Todas essas manifestações demonstram cabalmente que a função do contraditório não é mais fomentar a disputa de ideias entre as partes, e sim atribuir uma força vinculante a todos para influenciar ativa e previamente nas decisões judiciais e consiste na regra estruturante do moderno direito processual, atribuindo deveres em relação ao juiz.

A ampliação dos poderes do magistrado, mesmo que considerado por alguns um distúrbio capaz de afetar a imparcialidade e segurança jurídica, para o direito processual o seu remédio não é a redução dos poderes instrutórios, mas aplicação efetiva do sistema de freios e contrapesos previstos na legislação moderna, como uma vedação à decisão surpresa, efetividade do contraditório, paridade de armas etc. É daí que se verifica a necessidade e importância desse princípio para o atual modelo processual que se defende nesse trabalho, pois se constitui em uma técnica essencial ao controle racional dos poderes do juiz.

¹³⁸ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 26.

¹³⁹ BARBOSA MOREIRA, “De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambas valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se (2.ª alínea).”, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. In *Revista de Processo*. Ano 28, São Paulo: RT, julho/setembro 2003, p. 105

¹⁴⁰ “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.”, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 130

Quando o juiz, exercendo seus poderes instrutórios o faz de modo fundamentado e com observância ao princípio do contraditório, possibilita que as partes o auxiliem na formação do seu convencimento e, com isso, torna-se o processo mais justo, colaborativo e sem a mácula capaz de nulifica-lo.

CAPELO, Maria José¹⁴¹, ao tratar da determinação oficiosa da verificação não judicial aduz que *“Neste contexto, no procedimento que desencadeia a opção pela verificação não judicial, o juiz deverá ouvir previamente as partes (cfr. n.º3.º do CPC). No actual modelo processual, o exercício dos poderes por parte do juiz (o “juiz-gestor”) ocorre num espírito de colaboração profícua entre os sujeitos processuais (artigos 3.º, 4.º e 7.º do CPC), distanciando-se de uma “estruturação dialética ou polémica do processo”.*”. A autora dispõe ainda que *“Previne-se por esta via, uma “decisão-surpresa”, sendo ocasião para convencer as partes da pertinência e da oportunidade da verificação não judicial, fundada na singeleza das “atestações”.*

Como explica TEIXEIRA DE SOUSA¹⁴², o princípio da cooperação é aquele que estabelece o dever das partes, do órgão jurisdicional e dos mandatários judiciais de colaborarem entre si, no processamento da demanda, para um julgamento justo do litígio, com brevidade e eficácia, contribuindo para construção de um processo verdadeiramente cooperativo.

Some-se ao contraditório também o dever de consulta prévia do magistrado, seja para ordenar a instrução, seja para modificação do procedimento, tudo como forma de fazer valer a atual concepção do princípio debatido para a vedação às decisões surpresa.

O escopo do contraditório, efetivamente, deixou de ser a simples oposição de ideias e passou a um sentido de influência positiva para incidir no desenvolvimento e êxito do processo. Serve como um limitador da atuação do magistrado, mas também como forma a validar a participação ativa dos sujeitos processuais e garantem um processo justo e efetivo, afastando de vez qualquer abuso de poder.

É somente com respeito ao princípio do contraditório e sucessivamente da paridade de armas que o juiz poderá ter meios e instrumentos para a aplicação da ampliação de seus poderes, com vistas a um processo colaborativo e extirpando as decisões surpresa e buscando uma decisão justa.

¹⁴¹ *As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 144, n° 3992, 2015, p. 337

¹⁴² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62.

7.2.3. SEGURANÇA JURÍDICA

Outro fator de importância para o processo civil é a previsibilidade dos eventos processuais. Traduz-se em segurança jurídica para os jurisdicionados que devem ter a possibilidade de prever o que vai acontecer no processo.

Essa previsibilidade é mais um limite que deve ser observado na aplicação da gestão processual, com vistas a garantir o julgamento de mérito (primazia do mérito) no novo sistema processual.

Denota-se que a previsibilidade é mais *uma garantia individual para as partes*, já que ao se impor determinado conhecimento prévio, impede-se que as autoridades judiciárias possam cometer arbitrariedades e abusos.

Esse conhecimento da segurança jurídica, em muitos dos casos, vincula-se a um sistema rígido de controle formal processual, que também são reconhecidos por não se desapegarem da letra fria da lei. Essa vinculação, na clássica doutrina processual, à rigidez da Lei é fruto de uma associação do rigor da forma à liberdade dos jurisdicionados.

Podemos citar, por exemplo, o ensinamento de MONTESQUIEU, em sua célebre obra – O espírito das Leis¹⁴³ - para quem “*As formalidades da justiça são necessárias à liberdade*”. Assim também segue IHERING quando afirma que “*A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade*”¹⁴⁴.

Essa noção de associação entre formalismo e garantia de liberdade dos indivíduos é uma decorrência lógica da imposição de limites rígidos ao exercício do poder jurisdicional, sem o qual seria desarrazoado, arbitrário e abusivo. Porém, não decorre do sistema rígido de normas a segurança jurídica que se espera de um processo judicial.

O que deve se ter em mente é que somente uma ausência absoluta de normas procedimentais poderia se traduzir em abuso de poder e quebra de imparcialidade por parte dos magistrados. Como já dissemos, não é a rigidez do formalismo que imporá tais limites aos poderes do magistrado, mas a garantia ao contraditório, ampla defesa e igualdade de tratamento entre as partes.

¹⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 591.

¹⁴⁴ JHERIN *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

A segurança jurídica que se busca em um processo judicial reside na previsibilidade e anterioridade das normas procedimentais e, conseqüentemente, daqueles atos que ainda serão realizados, bem como suas conseqüências, com vistas a viabilizar o controle jurisdicional e evitar abusos.¹⁴⁵

Neste sentido, o sistema que busca maior flexibilização das normas não coincide com a total ausência de previsibilidade, o que culminaria num processo anárquico, e sim a garantia da previsibilidade dos eventos processuais com base não apenas na legislação, mas também em outra fonte do direito, o que garante a segurança jurídica das partes, tal quanto a eficiência do processo.

O dever de consulta é medida que se impõe em todo o novo ordenamento processual que se defende neste trabalho, já que com isso a maleabilidade da forma processual ainda garantirá efetiva segurança jurídica a todos os sujeitos processuais, pois nenhuma decisão poderá ser proferida sem antes conceder efetivamente às partes a manifestação prévia, evitando decisões surpresas.

Esse exercício do dever de consulta adequa perfeitamente o procedimento às suas finalidades, garante também o prévio conhecimento das partes acerca dos atos posteriores, o que viabiliza sua previsibilidade e segurança jurídica.

Neste mesmo sentido, *“Também constitui uma garantia das partes a exigência de um mínimo de certeza quanto à sequência processual. Assim, realizada a adequação pelo juiz, ela não pode vir a ser alterada em função das circunstâncias. Está vedado o ajustamento do processo aos condicionalismos do seu desenvolvimento. A necessidade de segurança e o próprio direito de acesso aos tribunais impõem que se garanta aos sujeitos um conhecimento efectivo da totalidade do procedimento que há de ser respeitado. Uma indefinição quanto à tramitação que se irá seguir pode constituir uma restrição inadmissível daqueles direitos.”*¹⁴⁶

Posto isto, a previsibilidade dos eventos processuais é necessária à aplicação do formalismo valorativo ou Neoprocessualismo, mas a rigidez da forma legal também não pode ser considerada como impedimento à aplicabilidade da gestão processual, pois a

¹⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 85

¹⁴⁶ BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação formal*. in Aspectos do novo processo civil. Lisboa: Lex. 1997, p. 64.

previsibilidade deve seguir o dever prévio de consulta com vias a evitar decisões surpresa, cabendo ao magistrado garantir a segurança jurídica não apenas com base na letra fria da lei, e sim em todas as fontes do direito.

7.2.4. VEDAÇÃO À REDUÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS.

Sem maiores delongas, a gestão processual não pode ser utilizada de forma a reduzir as garantias processuais das partes, pois é impedimento lógico ao arbítrio estatal.

Veja-se que nenhum magistrado detém o poder de modificar o procedimento com a intenção de abrandar as garantias processuais dos sujeitos processuais, posto que do contrário essa situação traria somente prejuízos e não se chegaria a uma justa composição do litígio, em total dissonância com os princípios balizadores do Neoprocessualismo.

A justa composição é o que fundamenta a nova versão dada ao processo judicial, com a aplicação de uma gestão processual formal e material, com nítido *objetivo de julgamento do mérito do litígio* posto em análise, atendendo o contraditório e ao devido processo legal, em consonância com a ordem constitucional vigente.

Quando se diz que as partes exigem o cumprimento de um procedimento adequado, há correspondência direta ao princípio do contraditório, consubstanciado no direito material deduzido em juízo, além da conformidade com todas as garantias processuais, sem exceções.

Sendo assim, veda-se ao juízo propor a modificação de um procedimento, adequando-o ao caso concreto, com o intuito de restringir o direito de defesa de uma das partes; tampouco promover a alteração procedimental sem qualquer decisão, ou mesmo com uma decisão sem fundamentação.

A motivação das decisões é o que garante um processo justo, adequado, bem como o efetivo contraditório aos sujeitos litigantes. Sem essa observância, jamais o juiz poderá promover qualquer alteração procedimental, pois não haverá como as partes efetuarem o controle do ato decisório, seja com pedido de esclarecimento ou interposição dos recursos necessários.¹⁴⁷

¹⁴⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94-95.

7.3. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: AUTORREGRAMENTO DAS VONTADES E NEGÓCIOS PROCESSUAIS.

O Código de Processo Civil brasileiro, adotado a partir do ano de 2015, é completamente arraigado com as noções do Neoprocessualismo, demonstrando farto desapego ao excesso de formalidade e tendo como princípio norteador a primazia do julgamento do mérito.

Este trabalho é totalmente baseado nas noções do Neoprocessualismo, com atenuação das formalidades e do princípio do dispositivo, seja pela gestão processual formal e material pelo magistrado, mas também com a atuação efetiva e cooperativa das partes para o atingimento de uma justa composição por meio da análise do mérito do litígio.

Há de se destacar, nessa nova jornada processualística, que o CPCBR/2015 possui ferramenta específica que atribui o mesmo poder de gestão formal do processo às partes, por meio do art. 190, que assim dispõe:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Esse dispositivo nos demonstra que foi garantido às partes a gestão formal do processo, com a formalização de negócios jurídicos processuais, convencionando sobre ônus, deveres, poderes e faculdades processuais.

Sobre o artigo 190 do CPCBR/2015, DIDIER¹⁴⁸, refere ainda que “*Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances e êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objetivo não admita autocomposição.*”.

¹⁴⁸ DIDIE JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 18ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador, 2016, p. 385

Esses negócios jurídicos processuais, portanto, se comportam a demonstrar que as partes podem gerir seus atos, mas nunca alterar o objeto do processo. Neste mesmo sentido, cuidam-se os enunciados 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas:

257. (art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (Grupo: Negócios Processuais)

258. (art. 190) As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa. (Grupo: Negócios Processuais)¹⁴⁹

Os negócios jurídicos processuais, ou convenções processuais, não eram novos no ordenamento brasileiro, posto que o Código de Processo Civil de 1973 já trazia algumas possibilidades típicas (aquelas em que a própria Lei já prevê quem são os sujeitos, as formalidades, pressupostos e requisitos de validade e eficácia), como ocorria no ônus da prova. Já as *convenções atípicas*, segundo CABRAL¹⁵⁰, são as praticadas em razão da autonomia das partes, mesmo que na legislação não exista um modelo próprio ou uma formalidade a ser seguida, senão a própria vontade dos sujeitos; a grande inovação do CPCBR/2015 é a possibilidade de os sujeitos processuais formalizarem os negócios atípicos.

Dessa forma, a gestão processual, no ordenamento adjetivo brasileiro, pautou-se na substituição de titularidade de determinadas situações processuais para as partes e não mais somente o juiz. Assim sendo, não é mais o juiz o detentor dos atos processuais.

Houve um verdadeiro rompimento de paradigma do estilo publicista do processo, com a inserção do princípio da adequação de procedimento (gestão formal) em nome das partes. Nos dizeres de REDONDO, houve “*ampliação dos poderes das partes para a adequação do procedimento e preponderância da vontade das partes, sobre a do juiz no que tange à disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*”¹⁵¹.

¹⁴⁹ FÓRUM Permanente de Processualistas Civis. [consultado em 02 de março de 2022]. Disponível em: <<https://www.fppc.com.br/>>.

¹⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Editora JusPodivum. Salvador, 2016, pp. 85-86.

¹⁵¹ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPodivum. Salvador, 2016, pp. 360-363.

Entretanto, não é pela ampliação dos poderes das partes para formalização de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos que o magistrado deve somente observar o processo, como no período privatista do processo. Fato é que o próprio artigo 190 do CPCBR/2015 estabelece que em casos específicos o juiz deverá promover a revisão dos negócios.

Art. 190 – Parágrafo único. “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”.

Assim, o *poder das partes não é irrestrito e irretocável*, cabendo ao juiz exercer o controle sobre a validade do negócio, devendo rejeitá-lo sempre que for *prejudicial ao processo ou à igualdade* das partes, como nos casos de manifesta nulidade, inserção de cláusulas em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade. Destaca-se que esse controle de validade somente será exercido posteriormente à celebração do negócio e sempre limitado aos vícios de inexistência ou invalidade¹⁵².

Para alguma parte da doutrina¹⁵³, essa situação de controle limitado e posterior dos negócios processuais promove uma radical alteração do modo de agir do magistrado, especialmente diante de direitos disponíveis e de sujeitos capazes, como se o processo voltasse a ter um caráter privatista, onde o juiz era pessoa inerte que somente assistia o desenrolar das discussões travadas pelas partes. Outra parcela¹⁵⁴, da qual se filia o autor deste trabalho, entende que não há qualquer correlação com o privatismo do direito romano, ou mesmo uma tendência ao modelo americano do processo adversarial, mas somente uma redução dos poderes do magistrado no que tange a uma atuação mais cooperativa das partes.

¹⁵² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 361.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob,cit, p. 527 “Enfim, vê-se que o Código ampliou extraordinariamente os poderes de disposição das partes sobre os atos do processo. Especialmente diante de direito disponíveis e de sujeitos capazes, é admissível uma radical alteração da feição do processo, o que certamente repercute na forma de agir e de decidir do magistrado.”.

¹⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Editora JusPodivum. Salvador, 2016, p. 137 menciona que “Nesse sentido, as convenções processuais não significam um retorno impensado ao privatismo romano, ou uma guinada ao formato anglo-americano do processo adversarial, mas um tratamento mais balanceado da tensão entre publicismo e privatismo, com a redução (não eliminação!) dos poderes do juiz em razão da atuação legítima das partes.”.

Continuando sobre o instituto dos negócios processuais firmados entre as partes, nos termos do art. 200 do CPCBR/2015, produzem efeitos imediatos, não sendo sequer passível de homologação pelo juízo. Vale dizer que uma vez celebrado o negócio processual ele já está vigente, devendo ser seguido pelas partes, até que seja anulado pelo juízo. Exceção a essa regra cabe somente nos pedidos de desistência, que necessariamente dependem da homologação para o fim de arquivamento do processo.¹⁵⁵

Nesse exato sentido foi exarado, no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o enunciado 133: *Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.*

DIDIER, entabula que “*somente é possível negociar comportamentos lícitos.*” ou ainda “*Não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível.*”¹⁵⁶

Então, uma vez que o negócio processual siga as determinações que existem para a validade de qualquer negócio jurídico, o que podemos verificar na legislação material, por meio do art. 104 do Código Civil Brasileiro: *1- Agente Capaz; 2- Objeto Lícito, Possível ou Determinável; e 3- Forma Prescrita ou Não Defesa em Lei.* Caso não estejam presentes um ou mais desses requisitos legais, as convenções formuladas entre as partes não possuirão validade jurídica. O mesmo vale para aquelas convenções que venham a prever violação de direito fundamental (contraditório), sendo consideradas nulas de pleno direito.¹⁵⁷

O direito das partes em gerir o processo na sua parte formal é lícito, mas não irrestrito. Veja-se que todo o Neoprocessualismo, o qual defendemos veementemente, produz diversas ferramentas que auxiliam na busca de uma justa composição, com julgamento de mérito, seja com a ampliação dos poderes do magistrado, ou mesmo das partes, mas toda essa situação deve vir sempre acompanhada com a força contramotora, a fim de dar eficiência, mas sem perder de vista o equilíbrio e razoabilidade dos atos processuais.

Outrossim, é lícito às partes convencionar, mas somente sobre seus direitos, não podendo limitar ou restringir os poderes e deveres do magistrado, principalmente aqueles

¹⁵⁵ REDONDO, Bruno Garcia, ob. cit., p. 361.

¹⁵⁶ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.* Volume 1. 18ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador, 2016, pp. 392-393.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil.* Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 529.

poucos conferidos à observância da veracidade de determinadas alegações, sob pena de impedir a justa composição do litígio.¹⁵⁸ Seria contraproducente ao processo judicial tal situação, já que estaríamos diante de um procedimento pautado na anarquia e sem qualquer controle jurisdicional, vez que poderia haver nítido desrespeito aos poderes do juízo.

Ainda sobre o Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, há menção ao que pode e o que não pode ser objeto de convenção entre as partes, conforme se depreende do *Enunciado 20 – modificação de competência absoluta e supressão de primeira instância*. Sucessivamente, trata-se dos negócios permitidos, consoante *Enunciado 21- redução de prazos processuais, distribuição do ônus da prova, julgamento antecipado de mérito e sustentação oral*.

Saliente-se que nenhum dos enunciados citados em nosso trabalho tem o caráter vinculativo. Todavia, o Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis serve como norte para a doutrina, pois reúne os maiores estudiosos sobre o tema e remetem a uma posição dominante da doutrina.

Dúvida se suscita no que tange à possibilidade de as partes convencionarem sobre as provas, posto que a sua limitação ou definição prévia do tipo de prova, etc., poderia levar a uma análise desvirtuada dos fatos alegados e não se chegar a uma justa composição do litígio. Aliás, ao se convencionar sobre as provas, as partes estariam determinando diretamente o que poderá constar da decisão judicial, podendo até mesmo ser considerada uma limitação aos poderes de atuação do magistrado.

Ocorre que o ordenamento brasileiro, direta ou indiretamente, passou a consagrar mais um princípio processual, que é o de autorregramento da vontade das partes no processo, sob o pálio de que a vontade das partes é determinante e deve ser observada e seguida pelo juiz como regra geral.¹⁵⁹

Sobre mais esse princípio processual, DIDIER, CABRAL e NOGUEIRA¹⁶⁰, já escreveram que: “*O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes*

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, p. 309

¹⁵⁹ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 362

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. *Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 31

que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas (gênero do qual as relações jurídicas são espécies).”

Suscita-se na doutrina uma dúvida que é uma das maiores discussões processuais nos dias atuais: O respeito ao autorregramento da vontade das partes transforma o processo civil em simples vontade das partes?

Primeiramente, devemos entender que o direito ao autorregramento, assim como nenhum outro poder, princípio e norma, é irrestrito e ilimitado, devendo sempre ser pautado pela razoabilidade, proporcionalidade e com observância aos direitos constitucionais fundamentais e seus princípios básicos¹⁶¹.

O juiz não tem nenhuma vontade na elaboração do negócio processual, não tendo que haver intermediação de nenhum outro sujeito que não as próprias partes processuais, sendo a atuação do magistrado limitada à validade de homologação do negócio jurídicos, quando necessário.

Fazendo alguns questionamentos bastante oportunos ao estudo do tema (gestão processual sob o enfoque das partes), CUEVA¹⁶² elenca: *“Afinal, no novo CPC, aparentemente inverte-se a atual situação e as partes passam a ter mais poderes que o juiz, que somente poderia flexibilizar o procedimento de dois modos, na fixação de prazos e de ordem das provas, enquanto as partes poderiam convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres. A ser assim, quais os limites objetivos para os acordos processuais? O que poderá ser neles pactuados? São eles uma fonte normativa de legitimação extraordinária, ativa e passiva como sustenta Fredie Didier Jr.? Poderão ser objeto de acordo quais os atos processuais deverão ser realizados, sua forma, sua conveniência e oportunidade, sua ordem sequencial e todo e qualquer tipo de procedimento? Mesmo a previsão de controle de validade das convenções, pelo juiz, é vazada em termos vagos, com referência a casos de nulidade, não especificados, e à inserção abusiva em contratos de adesão ou situações de manifesta vulnerabilidade de uma das partes.”*

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie, ob.cit. p. 34.

¹⁶² CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Flexibilização do Procedimento e Calendário Processual no Novo CPC*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 501

Os entusiastas da gestão processual pelas partes, por meio da formalização de convenções, entendem que o novo princípio do autorregramento constitui a materialização do modelo de processo cooperativo, uma vez que para o processo atingir o objetivo de cooperação não deve ter qualquer apego à noção de que a justiça só pode ser alcançada com um juiz ativo e gestor, de tal sorte que a nova percepção de gestão formal do processo alcançou o nível desejado de desapego ao juiz e maior apego às partes.

É claro que a busca pelo processo cooperativo pressupõe uma articulação entre todos os sujeitos do processo, sejam as partes (autor e réu) e também o juiz. Mas essa articulação não deve ser encarada como atribuição de poderes somente a uma das partes; tanto é assim que em todo o nosso trabalho explicitamos que o novo modelo de processo civil (Neoprocessualismo), com desapego à forma, somente pode existir com a observância irrestrita ao contraditório, igualdade, manifestações prévias e fundamentação das decisões.

Seguindo o que dissemos até aqui, DIDIER menciona que “*O processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra*”.¹⁶³

As convenções processuais, sob o princípio do autorregramento da vontade das partes, ainda são muito novas no ordenamento processual para definirmos se será algo bom ou ruim para a busca de uma justa composição do litígio, o que vai demandar diversos debates sobre a gestão processual em função das partes, seja pela doutrina ou pelos precedentes dos Tribunais.

Fato é que esse novo instituto não poderá ser convertido ao arbítrio privado para a solução dos litígios, já que essas convenções devem ter sob suas razões de fundo a justa composição, com o caráter publicista de dar uma resposta efetiva não só às partes, mas também à sociedade.

8. A CARGA PROBATÓRIA

Defendemos, até então, que a função principal do processo civil é entregar às partes a justa composição do litígio, com o intuito de julgar o mérito do processo, cabendo a todos

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 34.

os sujeitos processuais atuar com cooperação em busca da verdade real e, conseqüentemente, proceder à compreensão da sanabilidade do processo.

Ato contínuo, chegamos ao ponto de grande debate na doutrina, acerca da produção de provas e os poderes dos magistrados para a requisição de outras, quando a instrução probatória¹⁶⁴ se demonstrou insuficiente à justa composição.

A vasta doutrina defende que a carga probatória deve ser analisada sob o aspecto de trazer ao juiz os elementos necessários à formação de seu convencimento acerca da realidade do processo, como dito por ROSEMBERG¹⁶⁵: ““*Las reglas sobre la carga de la prueba dan la contestación a esas preguntas. Ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso.*”

A carga probatória existe para que o Tribunal seja impedido de decidir não decidir, ou comumente chamado no direito de *non liquet*. Assim, quando alguma das partes não puder comprovar o fato alegado, ao juízo incumbe atrair o critério jurídico do ônus da prova para lhe desfavorecer naquele fato específico.¹⁶⁶

A origem desse sistema de cargas probatórias se dá com o direito romano e germânico. No direito romano, que influenciou fortemente o desenvolvimento desse conceito jurídico no direito brasileiro e português, o ônus da prova incumbia a que dava início à ação, onde o autor deveria provar tudo o que viesse a alegar. Para o réu surgiria o mesmo ônus quando suscitasse alguma exceção que pudesse extinguir ou modificar os fatos alegados pelo autor. Já na Alemanha havia uma divisão nítida das fases do processo, sendo a primeira considerada a sentença sobre a prova e a segunda sobre quem recairia o ônus da prova.¹⁶⁷

Tanto no Brasil, como em Portugal, ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, em regra.

¹⁶⁴ ROSEMBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956, p. 2.

¹⁶⁵ ROSEMBERG, op. Cit., p 2.

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, pp. 143 e 146.

¹⁶⁷ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 3ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2006, p. 82 e 83.

De bom alvitre definirmos que há premente distinção teórica entre o que se considera uma obrigação e o que se considera ônus, de tal sorte que no que tange às provas, estaremos diante de um ônus das partes.

A definição de carga probatória (ônus) para o direito se deve aos eminentes doutrinadores JAMES GOLDSCHIMIDT e FRANCESCO CARNELUTTI, para o primeiro o processo era composto por um conjunto de cargas e liberações de cargas, além de direitos e obrigações, sendo que no que tange às cargas o seu incumprimento geraria prejuízo processual àquela parte que deixou de observá-la. Já o segundo defendia que apesar de ambas trazerem a ideia de vontade da parte, o cumprimento da obrigação busca o interesse alheio e o da carga o interesse próprio, além disso defendia que o incumprimento da obrigação traz para a parte uma punição, por cometimento de um ato ilícito, enquanto que o descumprimento de um ônus somente haveria prejuízo processual, como os efeitos da prova não produzida.¹⁶⁸

Podemos resumir o ônus como uma faculdade da parte em agir ou não, recebendo a punição meramente de suportar os efeitos daquilo que decidiu não produzir, enquanto que a obrigação, uma vez não cumprida, surte efeitos jurídico positivos, com imposições legais, diante do ato ilícito ora praticado.¹⁶⁹

RANGEL define “[...]quando o exercício de uma faculdade é colocado como condição para obter certa vantagem. Daí que ônus seja uma faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse.”¹⁷⁰

Não é o fato de produzir, ou não, a prova, com o exercício da liberdade do ônus da prova, que irá decidir quem terá razão em um processo judicial, mas o fato de não o exercer atrairá a impossibilidade de convencer o juízo acerca de determinado fato. MARINONI e ARENHART defendem que “A ideia de ônus não tem o objetivo de ligar a produção de prova a um resultado favorável, mas sim relacionar a produção de prova a uma maior chance de convencimento do juiz.”¹⁷¹

¹⁶⁸ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª edición. Editora Thomson Civitas. Navarra, 2005, p. 108 – 109.

¹⁶⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editora Aguiliar. Madri, 1966, pp. 8-9.

¹⁷⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 3ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2006, p. 93.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 11ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 266.

Feita a observação inicial acerca do porque a produção de prova ser considerada um ônus e não uma obrigação, tal quanto acerca do modelo de cargas probatórias que influenciou o desenvolvimento do instituto no Brasil e em Portugal, passemos agora a análise das duas maiores teorias que permeiam os ordenamentos: Teoria Estática e de Distribuição Dinâmica.

8.1. TEORIAS DE DISTRIBUIÇÃO DA PROVA: ESTÁTICA E DINÂMICA

Jazia no período anterior ao Neoprocessualismo, que a distribuição do ônus da prova entre as partes deveria ser estática, ou seja, sem mudança em quem deveria provar o que, de super rígida, onde ao autor lhe incumbia provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito daquele que alegou.

As teorias clássicas previam que a distribuição do ônus da prova devia ser uma regra, vinculada à posição das partes no processo. Todavia, mesmo assim, CHIOVENDA¹⁷² já alertava que nem sempre essa distribuição rígida seria lógica e justa.

Portanto, vigorava de forma bastante clara a necessidade de previsibilidade do evento posterior, como já salientamos anteriormente, razão pela qual o ônus da prova deveria seguir uma forma clara e precisa para todos os envolvidos no processo *sub judice*. Sucessivamente, o réu deveria ter interesse direto em fazer a contraprova do alegado pelo autor, porém, caso esse não tivesse trazido nenhuma prova do que alegou, também não caberia ao réu desconstituir o que foi dito, já que não haveria qualquer prejuízo.

Ainda sobre a teoria de CHIOVENDA, nem sempre o ônus da prova caberia ao autor, mas sempre que o réu não se limitasse a negar o direito daquele, a este caberia provar os fatos modificativos e extintivos do direito invocado. Finalmente, para esse célebre jurista o ônus da prova e sua distribuição significava não a valoração da prova, mas a pré-constituição do direito invocado; se ao autor caberia produzir a prova que constituísse seu direito; se ao réu caberia produzir a prova que extinguisse, impedisse ou modificasse o direito do autor.¹⁷³

¹⁷² CHIOVENDA, José. *Principio de Derecho Procesal Civil*. Tradução José Casáis Y Santaló. Tomo II. Editora Reus (S.A). Madri, 1925, p.252.

¹⁷³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução da Quinta Edição Italiana por Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Editora Europa-América. Buenos Aires, 1973, p. 345.

No entanto, com o passar do tempo evolutivo da ciência processual essa teoria estática da distribuição do ônus da prova foi se mostrando mais e mais ultrapassada para o novo modelo processual que a sociedade impunha: o Neoprocessualismo. Sobre a insuficiência da regra da distribuição estática do ônus probatório para abarcar toda e qualquer situação, aduz Alexandre Freitas Câmara¹⁷⁴:

"Este é texto normativo muito tradicional no direito processual civil brasileiro, mas que é claramente insuficiente para explicar todas as situações. É que de sua leitura ressalta a (falsa) impressão de que em um processo só poderiam ser discutidos quatro tipos de fato: constitutivo do direito, impeditivo do direito, modificativo do direito e extintivo do direito. Assim não é, porém"

Dito isto, surge uma nova teoria para tal distribuição, com um viés dinâmico, a fim de propiciar um ambiente capaz de julgar o litígio com busca à pacificação social e entregar à sociedade uma justa composição, com fundamento na real verdade. O grande objetivo da nova teoria é trazer o maior número de provas ao processo para o alcance dessa verdade, sempre por meio de uma flexibilização do ônus probatório.¹⁷⁵

Sistematizada por WALTER PERAYANO¹⁷⁶, a distribuição dinâmica impõe àquele que possui maiores condições e aptidão para produzir a prova caberá arcar com o seu ônus. Em outras palavras, se o autor está em posição de desvantagem em relação ao réu para a produção de determinada prova, esse ônus probatório será reconduzido para os ombros do réu e não mais do autor.

Veja que a regra ainda é a distribuição estática do ônus da prova, sendo repisado tanto com a reforma processual no Brasil, quanto em Portugal, mas a grande inovação é que agora fica admissível e possível alterar a carga probatória para aquele que puder dar uma melhor resposta ao Poder Judiciário no caso sob litígio. Ao magistrado fica mais ampliado o poder de produção probatória, de modo que caso entenda que as provas até então carregadas aos autos se mostram insuficientes ao deslinde, poderá determinar sua produção, de ofício ou não.

¹⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230/231.

¹⁷⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Principio de la Buena Fe Procesal*. J.M. Bosch Editor. Zaragoza, 2003, p. 155.

¹⁷⁶ PEYRANO, Jorge Walter. *La Carga de la Prueba*. Apresentado no XXXIV Congresso Colombiano de Derecho Procesal em Medellín – Colombia, 2013, pp. 970-971

Com base na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁷ (STJ) manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) que, em ação de divórcio litigioso, apoiado no artigo 373, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil (CPCBR/2015), atribuiu ao ex-marido e coproprietário do imóvel o ônus de comprovar que as acessões e benfeitorias não foram realizadas na constância do casamento.

O ministro do STJ, Villas Bôas Cueva¹⁷⁸, relatou que, para dar concretude ao princípio da persuasão racional do juiz, disciplinado no artigo 371 do CPC, em conjunto com os pressupostos de boa-fé, cooperação, lealdade e paridade de armas previstos no código processual, foi introduzida a faculdade de o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso entre os sujeitos do processo, em virtude de situações peculiares – a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Cabe ressaltar que o *caput* do art. 373 do CPCBR continua estabelecendo como regra a parte estática da distribuição do ônus da prova, mas a aplicação da teoria dinâmica da distribuição é amplamente praticada na jurisdição brasileira, como citado na doutrina e jurisprudência:

*"(...) a) Lesões pré-natais: a prova de que a doença do recém-nascido deriva do acidente que a suma mãe sofreu quando em gestação, não pode ser dela exigida, para a procedência da ação ressarcitória; b) atividades perigosas ou de responsabilidade pelo perigo: tal hipótese não pode ser tratada como as outras, pois, guarda inúmeras peculiaridades, não podendo do autor se exigir a prova da causalidade entre a atividade e o dano; c) responsabilidade por violação de dever legal: de igual modo, ao autor não pode ser imposta prova do nexo entre a violação do dever legal e o dano sofrido"*¹⁷⁹

A intenção dessa nova teoria não é de colocar a parte em situação de desvantagem exagerada, com o ônus de produção de prova diabólica. Tanto assim o é que há premente necessidade de que a decisão de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova *deve*

¹⁷⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Distribuição dinâmica do ônus da prova permite afastar presunção de que proprietário fez benfeitorias no imóvel. Brasília. [12 de abril de 2022]. [acesso em 03 de maio de 2022]. Disponível em: <[Melhorias no imóvel e distribuição dinâmica do ônus da prova \(stj.jus.br\)](http://melhorias.no.imovel.edistribuiçãodinamica.do.onus.da.prova.stj.jus.br)>.

¹⁷⁸ "Desse modo, é indiferente procurar saber simplesmente quem teria realizado as construções ou edificações no imóvel objeto do litígio, mas é imprescindível definir em que momento elas teriam sido realizadas, se na constância ou não da união conjugal, mostrando-se mais adequado carrear a produção dessa prova para quem é o (co)proprietário do imóvel – no caso, o ora recorrente", concluiu o ministro ao manter o acórdão do TJPR.

¹⁷⁹ LOURENÇO, Haroldo. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2015, p. 136

*ser precedida de contraditório, ampla defesa, e com base em decisão bem fundamentada, tudo com o intuito de minimizar eventual abuso de poder por parte do magistrado.*¹⁸⁰

Além do Brasil, a Argentina, Uruguai e Espanha¹⁸¹, já consagram em seus Diplomas Adjetivos a concretização dessa teoria dinâmica, sempre com aplicação restrita a determinados casos, devendo ser sua necessidade analisada casuisticamente pelo magistrado. Em Portugal¹⁸², entretanto, ainda não houve a positivação dessa teoria, apesar de haver parte da magistratura já a aplicando com fundamento em analogia aos princípios que hoje norteiam a atuação judicial processual. Entende-se que em Portugal também se verifica a presença dos princípios autorizadores da dinamização, notadamente em razão do princípio da gestão processual, que exige do juiz uma conduta ativa na direção do processo. Dessa forma, defende-se que a aplicação da teoria possibilita maior aproximação aos ideais do processo justo e cooperativo.

Fato é que os diplomas processuais mais modernos, e que se fundamentam no Neoprocessualismo, começam a afastar as teorias mais rígidas e estáticas de distribuição do ônus da prova, filiando-se mais e mais à distribuição dinâmica, que pode proporcionar maior

¹⁸⁰ "A norma legal deixa evidente a necessidade de atender as peculiaridades da causa, garantir o efetivo contraditório, além de proferir decisão fundamentada e, por fim, de não atribuir prova diabólica a uma das partes. Ainda que a norma legal não traga de fato todas as hipóteses expressas de dinamização do ônus da prova, traz ela importantes elementos para minimizar excessos de poderes do julgador, como a decisão fundamentada e o efeito contraditório" (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. O ônus da prova e a carga dinâmica das provas no CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio (et. al. org.). Principais inovações do Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2019, p. 300).

¹⁸¹ Na Espanha, o artigo 217º da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (lei 1/2000 - Código de Processo Civil espanhol) prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova, em especial nos números 4, 5, 6 e 7 do artigo. As regras para aplicação da teoria estão dispostas no número 7, que determina que deve existir a *disponibilidad y facilidad probatoria* que corresponde a cada uma das partes do litígio.

¹⁸² "Mas, sublinhe-se que a identificação da norma constitutiva ou de base, donde se retira o facto fundamentador (cujo risco da prova compete ao beneficiário dela), requer uma análise teleológica do material jurídico existente nos textos legais substantivos (como, por exemplo, os artigos 3º/1 e 9º/a) da L.N. e 57º do Regulamento da Nacionalidade de 2006), para se poder estabelecer quais são os elementos que representam o fundamento ou a justificação substancial do efeito jurídico pretendido por quem tem um direito substantivo a afirmar ou a exercitar. E daí haver normas clarificadoras como as do artigo 343º do nosso Código Civil. E daí também ser importante considerar a dificuldade de prova de certos tipos de factos da vida. Enfim, o nosso sistema instituído nos artigos 342º ss do Código Civil de 1966 para a distribuição do ônus da prova (uma pura necessidade de ordem prática, segundo LEO ROSENBERG) exprime uma equilibrada ou pragmática "teoria normativa e estática da distribuição do ônus da prova" (esta teoria estática, curiosamente, já foi mitigada no Brasil (17) - cfr. artigos 357º/III (18) e 373º (19) do novo Código de Processo Civil brasileiro e em Espanha - cfr. artigo 217º do novo Código de Processo Civil espanhol (20) - cujos novos sistemas se integram na "teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova", mas para acautelar, ainda com mais segurança, as situações de prova impossível ou diabólica, ou de desigualdade no acesso das partes à possibilidade real de demonstração dos factos, ou de violação da máxima constitucional da proporcionalidade na distribuição do peso da prova dos factos fundamentadores - negativos ou positivos - das situações jurídicas subjetivas benéficas para cada uma das partes)". Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo nº 12843/15, de 10/03/2016. Relator Paulo Pereira Gouveia.

efetividade e objetiva a uma resolução do mérito do litígio, com fulcro em minimizar as situações de provas diabólicas e reduzir a discrepância de posição de vulnerabilidade da produção de determinado tipo de prova, sendo mais uma amplitude dos poderes dos magistrados.

9. CONCLUSÃO.

Com o presente estudo foi buscado desenvolver o Neoprocessualismo, ou formalismo-valorativo, como o grande modelo processual a ser adotado no século XXI, trazendo à baila seus principais institutos, bem como princípios norteadores, que se preocupam com o alcance de uma justa composição do litígio.

A *decisão justa e meritória do litígio* se mostra de suma importância para o atingimento da pacificação social e efetividade das decisões judiciais. A fim de conquistar esse objetivo o formalismo-valorativo se preocupa com a atenuação das formalidades e do princípio do dispositivo, ampliando os poderes das partes e magistrados.

Essa evolução, paulatina, da ciência processual se deu com a concepção hodierna de que o processo tem natureza pública e não mais admite o juiz, enquanto representante do poder estatal, estático e que atua como mero observador dos atos praticados pelas partes. Essa visão publicística fez com que o processo deixasse de ser das partes e tivesse um maior escopo de justiça para toda a sociedade.

A primazia da resolução de mérito somente poderia ser atingida caso o juiz e partes tivessem maior altivez e cooperação no andamento do processo judicial. Se no século XX os pressupostos processuais e condições da ação foram a grande inovação que possibilitou até mesmo o escoamento de litígios pelo Poder Judiciário, atualmente se observa que aquela jurisprudência defensiva, lastreada no julgamento sem mérito, se mostra inoperante para o que a sociedade como um todo busca.

Diante disso, amplia-se o poder das partes (autor, réu e tribunal), sem que com isso torne o processo em um modelo autoritário e parcial. Tal situação é alcançada também com a confirmação de princípios e garantias fundamentais, mediante igualdade, contraditório e vedação às decisões-surpresa no decorrer do liame jurídico.

O novo modelo processual cooperativo pressupõe um dever de prevenção, auxílio, esclarecimento e consulta pelo juiz e partes, como forma de defender uma maior gestão

formal e material do processo pelo magistrado. Essa gestão ocorre no princípio do pedido e do dispositivo em sentido estrito.

Em tempo, precisou-se apresentar o instituto dos negócios jurídicos processuais, presente expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, já que de grande debate entre os processualistas, em que alguns sustentam a tese de que o processo volta ao poder exclusivo das partes e ao tribunal cabe somente homologar o que ficou decidido.

De toda sorte, o que se defendeu até aqui foi que o processo civil no século XXI deve ser voltado à cooperação entre todos os sujeitos, pautado na boa-fé, com vistas a mudança de cultura até mesmo pelos advogados das partes, para que a verdade real possa ser atingida.

Neste cotejo, podemos ver que a sanabilidade é regra e a exceção se torna a impossibilidade de correção. A primazia da resolução de mérito é nova ordem do dia para o processo civil moderno e para isso existem diversas ferramentas expressas e até mesmo implícitas nos ordenamentos processuais do Brasil e de Portugal. Buscou-se, enfim – e este era o objetivo primordial da pesquisa realizada – dimensionar como se materializava o princípio da primazia da resolução do mérito.

Espera-se, finalmente, que este trabalho possa contribuir com a divulgação necessária do Neoprocessualismo, mediante a exposição sumária e contumaz do seu panorama objetivo, em especial com a fixação da primazia pela resolução do mérito do litígio, a fim de uma justa composição para a pacificação social.

10. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, out. 2015.
- ALECRIM, Felipe Regueira. *O princípio da primazia do julgamento de mérito e as invalidades processuais*.
- ALEXANDRE, Isabel. *O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil*. In Caderno I (2.ª edição) O novo Processo Civil. Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil. Centro de Estudos Judiciários. Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Processo_Civil.pdf>. Acessado em 07/03/2022.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Forense, 1987.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Edersa, 1997.
- AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª edición. Editora Thomson Civitas. Navarra, 2005.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 1ª ed. em e-book baseada na 8ª ed. impressa, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: 2009, Malheiros, 10ª edição.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 49, 1º trimestre. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1986.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Imparcialidade: Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz*. *Revista Jurídica de Porto Alegre*, síntese, nº 250. Porto Alegre, 1998.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. *Revista de Processo*, v. 9, nº35. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1984.
- BEBBER, Júlio César. *Princípios da simplicidade, da cooperação e da primazia do mérito para concretização da jurisdição útil*. *Direito Unifacs* [recurso eletrônico], n. 193, jul. 2016.

[Acesso em: 10 de fevereiro de 2022]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4555/2968>.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação formal*. In Aspectos do novo processo civil. Lisboa: Lex. 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUJOSA VADELL, Lorenzo; HUERTAS MARTÍN, Isabel; POZO PÉREZ, Marta del; VICENTE JIMÉNEZ, Carmen. *Derecho Procesal Penal*. 2º Edición. Ciencias de la Seguridad Universidad de Salamanca. Salamanca, 2007.

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Editora JusPodivum. Salvador, 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Librería “El Foro”. Buenos Aires, 1969.

CAMANHO DE ASSIS, Arnaldo. *O Princípio Da Primazia Da Resolução De Mérito: Sua Materialização No Âmbito Do Tribunal De Justiça Do Distrito Federal E Dos Territórios*, Intituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de processo civil*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set-out. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático*. Revista dos Tribunais, v. 32, n.53. São Paulo, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1974.

- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução da Quinta Edição Italiana por Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Editora Europa-América. Buenos Aires, 1973.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986.
- CHIOVENDA, José. *Principio de Derecho Procesal Civil*. Tradução José Casáis Y Santaló. Tomo II. Editora Reus (S.A). Madri, 1925.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Flexibilização do Procedimento e Calendário Processual no Novo CPC*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. [consult. Em 10 de fevereiro de 2022] Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniaio-49-principio-da-primazia-do-merito>>.
- DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DIDIE JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 18ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo, v. 198. São Paulo: 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – Das Normas Processuais Cíveis e da Função Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DINAMARCO, Cândido. Rangel. *A Instrumentalidade no Processo*. 14ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: 1979, Harvard University Press, 6th printing.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editora Aguilar. Madri, 1966.
- FARIA, Paulo Ramos de. *O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6.º do Código de Processo Civil português (excertos)*. In Caderno I (2.ª edição) O novo Processo Civil. Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil. Centro de Estudos Judiciários.
- FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*. Porto Alegre: 2009, Sergio Antonio Fabris Editor.
- FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. rev. e atual., 5ª reimpressão, 2016.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no Processo Civil brasileiro*. Revista de Processo, nº 172.
- GOUVEIA, Mariana França. *A acção especial de litigância de massas*. In Novas Exigências do Processo Civil. Organização, celeridade e eficácia. (Org.) Associação jurídica do porto. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Ação Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar nº1: Associação Sindical dos Juízes Portugueses. Lisboa, 2007.

GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In Revista Dialética de Direito Processual. Nº. 24, março de 2005, São Paulo.

GUASP, Jaime. *Juez y Hechos en el Proceso Civil: Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1943.

JHERIN *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2009.

JOBIM, Marco Félix; e CARVALHO, Fabrício de Farias. *Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo. vol. 298. ano 44. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

JUSBRASIL.GARCIA, Matheus. A POLÊMICA WINDSCHEID-MUTHER ACERCA DO CONCEITO DA "ACTIO". [consultado em 07 de fevereiro de 2022]. Disponível em: <[A polêmica Windscheid-Muther acerca do conceito da "actio" \(jusbrasil.com.br\)](https://jusbrasil.com.br)>

LEMOS, Vinicius Silva. *O princípio da primazia de mérito na fase recursal de acordo com o novo Código de Processo Civil*. Extraído de DIDIER JR. Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; e FREIRE, Alexandre (organizadores). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coleção Novo CPC – Doutrinas Seleccionadas*, v. 6. Salvador: 2016, JusPodivm, 2ª ed.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile Principi*. 7ª edição. Editora Giuffrè. Milão, 2007.

LINS, Artur Orlando. *O princípio da primazia do julgamento do mérito e suas repercussões práticas no Código de Processo Civil Brasileiro*. Publicações da Escola da AGU, v. 9, n. 4, 2017.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e suas Influências no Novo CPC. Revista eletrônica da Advocacia Geral da União, Brasília, ano 11, n. 33, jul./set. 2012.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 272, out. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 11ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil V. 1 - Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, nº 3983, novembro-dezembro/2013.

MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, nº 3995, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126, AASP. São Paulo, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução (...)*. São Paulo: SaraivaJur, 4ª ed., 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. In Revista de Processo. Ano 28, São Paulo: RT, julho/setembro 2003.
- MOREIRA, Victória Hoffmann. *A Gestão Material No Processo Civil E A Busca Da Decisão Justa*. 122 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC: Inovações, Alterações, Supressões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, 3ª edição.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: 2013, Martins Fontes.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Marcelo Porpino. A sentença do art. 795 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 72, out./dez. 1993.
- OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte; ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz. *A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC*. [Acesso em 10 de fevereiro de 2022]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>>.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. Revista de Processo, vol. 31, nº 137, pp. 7-31. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo 2006.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O novo CPC e o princípio da primazia do julgamento do mérito recursal*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 147, junho de 2015.
- PEIXOTO, Ravi. *Rumo à Construção de um Processo Cooperativo*. Revista de Processo, ano 38, vol. 219. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.
- PEYRANO, Jorge Walter. *La Carga de la Prueba*. Apresentado no XXXIV Congresso Colombiano de Derecho Procesal em Medellín – Colombia, 2013.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El Principio de la Buena Fe Procesal*. J.M. Bosch Editor. Zaragoza, 2003.

PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “Actio”*. Buenos Aires: EJEA, 1974.

RAATZ, Igor; e ANCHIETA, Natascha. *Cooperação processual: um novo rótulo para um velho conhecido*. [Consultado em 25 de fevereiro de 2022.]. Disponível na internet: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/50-cooperacao-processual-um-novo-rotulo-para-um-velhoconhecido>>.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 3ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2006.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004.

ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956.

SARRO, Luís Antônio Giampaulo; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; e LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*. São Paulo: Rideel, 2020.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Julho/Setembro de 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2007, p. 104; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luís; ROQUE, Andre; DUARTE, Zulmar. *Execução e recursos. Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017; WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, Vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19ª ed., 2020.

STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; e LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. [Consultado em 24 de fevereiro de 2022.]. Disponível na internet:

<<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>.

TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo*, Revista de Processo, São Paulo, vol. 86, abr./jun. 1997 e *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, vol. 3, out. 2011.

TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa*. Revista de Processo, vol. 17/1980, p. 44, Jan - Mar / 1980.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil: Do Antigo ao Novo Código*. Editora Almedina. Coimbra, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª ed., 2016.

WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “Actio”*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do STJ - REsp: 1721648 RJ 2017/0334247-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 24/04/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2018.

ACÓRDÃO do STJ, AgInt no AREsp 1.327.349/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça. Portugal. [Consultado em 02 de fevereiro de 2022]. Disponível em: <[Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça \(dgsi.pt\)](#)>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da Paraíba nº 0805782-16.2016.8.15.2001. 1ª Câmara Especializada Cível, publicada em 13 de julho de 2021.

Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, [consultado em 25 de fevereiro de 2022].

Disponível em: <[Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra \(dgsi.pt\)](#)>

ACÓRDÃO do Tribunal de Relação de Coimbra, [consultado em 25 de fevereiro de 2022].

Disponível em: [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra \(dgsi.pt\)](#).

Civil Procedure Rules, Código de Processo Civil da Inglaterra

Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Lei Brasil, nº 13.015/2015, Código de Processo Civil brasileiro.

Lei Espanha nº 1/2000, Código de Processo Civil - *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Estaduais do Brasil.

Lei Portugal, nº 41/2013, Código de Processo Civil português.

SENTENÇA, Segunda vara regional Cível da Mangabeira – Tribunal de Justiça da Paraíba, processo nº 0809853-21.2017.8.15.2003, publicada em 01 de setembro de 2021.

Zivilprozessordnung, Código de Processo Civil da Alemanha.