



Adalberto Fulco Feitosa Paes Barreto

## A FLEXIBILIDADE DO PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas,  
Menção em Direito Processual Civil, orientada pelo Senhor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita,  
apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Setembro de 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**ADALBERTA FULCO FEITOSA PAES BARRETO**

**A FLEXIBILIDADE DO PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO**

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Menção: Direito Processual Civil.

Orientador: Senhor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita

**COIMBRA**  
**2014**

Adalberto Fulco Feitosa Paes Barreto

A flexibilidade do princípio do dispositivo / Adalberto Fulco Feitosa Paes Barreto –  
Coimbra, 2014  
124 fls.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra,  
2014.

Bibliografia: f. 117

Orientador: Senhor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita

1. Princípio do dispositivo; 2. Poderes do juiz; 3. Princípio da autorresponsabilidade; 4.  
Gestão processual; 5. Contraditório; 6. Flexibilidade processual; 7. Justiça eficiente

**ADALBERTA FULCO FEITOSA PAES BARRETO**

**A FLEXIBILIDADE DO PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º  
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.

Data da defesa: \_\_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

\_\_\_\_\_  
**Senhor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita**  
**Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

\_\_\_\_\_  
**Examinador 1**  
**Instituição**

\_\_\_\_\_  
**Examinador 2**  
**Instituição**

**COIMBRA**  
**2014**

*Para minha mãe.*

## AGRADECIMENTOS

À Nossa Senhora da Conceição e Nossa Senhora de Fátima pela graça alcançada, e a Nosso Deus, pela fé inabalável na minha vida.

Ao Doutor Miguel Mesquita, pelo seu sacerdócio ao ensino, proporcionando-me o conhecimento do Direito Processual Civil e da vida.

À minha mãe pela sabedoria, amor e dedicação.

A João pelo amor constante.

À Marina, Joãozinho, Cesinha, Caio, e Camila, pela alegria do sol nos dias mais escuros.

Às minhas amigas queridas Ana Cláudia e Ana Carolina, pela força.

Ao que Coimbra me presenteou: Juliana, Tércia e Mylla, e a Sala de Revistas, nas pessoas de Dona Beleza e Elisabete.

Aos amigos Mário e Michele pela casa de Gravatá.

Ao Professor Leonardo da Cunha, pela oportunidade de conhecimento.

## RESUMO

O trabalho propõe-se a estudar o princípio do dispositivo à luz do Direito Processual Civil moderno e flexível. Adentra-se na verificação dos limites do princípio do dispositivo nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, considerando os posicionamentos da doutrina e jurisprudência dos referidos países. Para alicerçar o estudo, a delimitação e enumeração das espécies dos fatos passa a desempenhar uma função basilar. Cumulado a isto, a causa de pedir, apresenta-se como elemento fundamental, ao ser preenchido por fatos essenciais, complementares e concretizadores. Na continuação da sedimentação do estudo, a repartição dos poderes e deveres dos sujeitos processuais, compõem-se importante fator para a responsabilização no processo. A autorresponsabilidade das partes é, e sempre será, a travessa do Direito Processo Civil. Entretanto, não se pode conceber um juiz, como sujeito processual, obstado pelas regras formais, o juiz do processo moderno, é o juiz gestor. Dessa maneira, o tribunal através dos poderes inquisitórios e de direção material deve considerar na sentença fatos essenciais surgidos durante o transcurso do processo, ainda que alterem a causa de pedir e o pedido, mas desde que relevantes para a decisão da causa. O papel ativo do juiz não confunde-se com autoritarismo e parcialidade, no momento em que garante às partes o contraditório. Desta feita, o princípio do contraditório revela-se como elemento fundamental do processo, e deve ser acatado pelo tribunal, no momento de permitir a alteração da causa de pedir, e dessa maneira, a inclusão de novos fatos essenciais. Na moderna processualística fala-se em flexibilização, com o objetivo de alcançar à justa composição da lide e à justiça substancial. Desta feita, o juiz através do dever de gestão processual é capaz de conduzir um processo norteado da eficiência e efetividade da Justiça Cível.

**Palavras-chave:** 1. Princípio do dispositivo; 2. Poderes do juiz; 3. Princípio da autorresponsabilidade; 4. Gestão processual; 5. Contraditório; 6. Flexibilidade processual; 7. Justiça eficiente.

## ABSTRACT

This monograph examines the principle of party disposition from the perspective of a modern and more flexible Civil Procedural Law. It aims to research the principle's limits in Brazilian and Portuguese Law, also considering doctrine and jurisprudence about the subject. The development of the theme is enhanced with the delimitation of species and the set of facts. On the other hand, the cause of action is a fundamental element filled with essential facts, additional facts and achievers facts. The theme also comprises the analysis of party's powers and duties, which are essential for accountability during judicial process and evidence collection. Certainly the principle of self-accountability, which guides complainants and defendants, is the cornerstone of Procedure Law nowadays. We cannot conceive judges as passive decision makers hindered by formal rules, though. In effect, the courts must consider in sentencing the essential facts arising during the course of the process, through inquisitional powers, even changing the cause of action, since they are relevant to the decision. This judicial active role must not be taken as authoritarianism or partiality, since guaranteed the adversarial principle. Judicial activity must comply with this fundamental element when admitted modification in the cause of action, all in order to include new essential facts. Modern Procedural Law is guided by flexibility and it's goal is achieving fair trail and substantial justice. Therefore, through duty of procedural management, judges are able to reach efficiency and effectiveness in Civil Jurisdiction.

**Key-words:** 1. Principle of Self-accountability; 2. Judge's Powers; 3. Principle of Party Disposition; 4. Process management; 5. Adversarial Principle; 6. Procedural Flexibility; 7. Efficient Justice

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Al.	Alínea
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal (Brasil)
Cf.	Confira/confronte
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPC	Código de Processo Civil/ Codice di Procedura Civile/ Code de Procédure Civile
Ibid.	Ibidem (Mesma Obra)
NCPC	Novo Código de Processo Civil
PNCPC	Projeto do Novo Código de Processo Civil (Brasil)
STJ	Superior Tribuna de Justiça (Brasil)
ss.	seguintes
ZPO	Zivilprozessordnung
Op. Cit.	Opus citatum (obra citada)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I - O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E OS FATOS.....</b>	<b>14</b>
1.1 PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E SUAS ACEPÇÕES.....	15
1.2 MODELO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS E O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO .....	24
1.3 MODELO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO .....	28
1.4. OS FATOS E A CAUSA DE PEDIR .....	30
1.4.1. OS FATOS, SUA DELIMITAÇÃO E ESPÉCIES .....	31
1.4.1.1 FATOS ESSENCIAIS .....	33
1.4.1.2 FATOS COMPLEMENTARES E FATOS CONCRETIZADORES .....	34
1.4.1.3 FATOS INSTRUMENTAIS .....	37
1.4.1.4. FATOS DE CONHECIMENTO OFICIOSO: FATOS NOTÓRIOS, FATOS DE QUE O TRIBUNAL TEM CONHECIMENTO POR VIRTUDE DO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES E FATOS QUE RESULTEM DO USO ANORMAL DO PROCESSO PELAS PARTES.....	39
1.4.1.5. FATOS SUPERVENIENTES.....	43
1.4.2 CAUSA DE PEDIR: TEORIAS, DEFINIÇÃO E ELEMENTOS INTEGRANTES .....	45
<b>CAPÍTULO II - O PAPEL DAS PARTES E DO JUIZ NA INTRODUÇÃO DOS FATOS NO PROCESSO .....</b>	<b>50</b>
2.1. RESPONSABILIDADE DAS PARTES PELO MATERIAL FÁTICO .....	50
2.1.1. ÔNUS DA ALEGAÇÃO .....	52
2.1.2 RESPONSABILIDADE DAS PARTES PELO CONTEÚDO DAS ALEGAÇÕES FEITAS EM JUÍZO – PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE .....	56
2.2. O PAPEL ATIVO DO JUIZ NA AVERIGUAÇÃO DA MATÉRIA DE FATO .....	58
2.2.1. FATOS ALEGADOS PELAS PARTES.....	59
2.2.2. FATOS RESULTANTES DE INDAGAÇÃO OFICIOSA DO TRIBUNAL .....	61
2.2.3. FATOS INVOCADOS POR TERCEIROS DURANTE A INSTRUÇÃO DA CAUSA .....	63
2.3. PODERES DE DECISÃO, DIREÇÃO E INSTRUÇÃO .....	64
2.4. IMPARCIALIDADE, AUTORITARISMO E DISCRICIONARIEDADE .....	73

2.5 O DIÁLOGO ENTRE AS PARTES E O JUIZ POR MEIO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL .....	79
<b>CAPÍTULO III - ANÁLISE CRÍTICA AO SISTEMA.....</b>	<b>84</b>
3.1 O FATO ESSENCIAL, A CAUSA DE PEDIR E O JUIZ.....	85
3.2 ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR .....	93
3.3 RELEITURA DO ART. 5º DO CPC PORTUGUÊS SOB À LUZ DO PROCESSO FLEXÍVEL.....	99
3.4 A TESE DEFENDIDA. ALARGAMENTO DA BASE INSTRUTÓRIA AOS FATOS ESSENCIAIS RELEVANTES, NA BUSCA DA EFICIÊNCIA DA JUSTIÇA CÍVEL .....	104
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>113</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>117</b>

## INTRODUÇÃO

A trave-mestra do Processo Civil é e será sempre o princípio da autorresponsabilidade das partes (*Prinzip der Parteiherrschaft*, na língua tedesca), ou princípio do dispositivo. O processualista moderno desafia-se a pensar nesta trave, abrandando o rigor formal que a persegue, em prol da eficiência da Justiça Cível. Estabelecido está o maior problema desta tese.

Apresenta-se, como objeto principal, o estudo do princípio do dispositivo. Nas normas atinentes a este princípio, o Código de Processo Civil português (art. 5º) traz à evidência os fatos que “devem” ser alegados pelas partes e evidencia os fatos que podem ser aproveitados pelo tribunal. Diferente, a legislação processual brasileira atenta para determinar que os fatos essenciais (arts. 2º, 128, 460 do CPC) sejam alegados pelas partes, não apresentando explicitamente quais as outras espécies de fatos aproveitáveis pelo juiz no decurso do processo. Essas duas premissas contidas na legislação processual resultam em várias indagações. A quem cabe a alegação de fatos no processo? E que poderes tem ou deve ter o juiz nesse domínio? Nenhuns ou alguns? Em que consistem os fatos, e quais espécies de fatos existem? Qual o papel das partes e do juiz na introdução dos fatos no processo?

O correto balanceamento entre ação e inércia judicial há muito tempo se discute e provavelmente não se chegará a um consenso, mas esse será o desafio deste trabalho.

Investiga-se a existência de limitação aos poderes do juiz no sistema português. E a partir disto, se é possível mitigar o princípio do dispositivo em nome de uma decisão que represente a justa composição do litígio. O modelo português é flexível e pode ser um exemplo para o sistema processual do Brasil?

Tem-se a intenção de defender um processo mais próximo à realidade fática, em que até os fatos não alegados pelas partes possam ser aproveitados, desde que, de alguma forma cheguem ao processo e o princípio do contraditório seja garantido.

É nesta seara que o presente trabalho edifica suas bases e traça suas raízes em duas faces de problemas mediatos.

O primeiro problema é o dilema da prevalência entre o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório no processo civil. Sedimenta-se nas normas relativas ao princípio do dispositivo que, no Código de Processo Civil português, permeia os ônus de alegações das partes e os poderes de cognição do tribunal (art. 5º). O dilema, neste instante, identifica-se no princípio que deverá prevalecer no processo, o dispositivo ou inquisitório.

Os fatos existentes no processo, pela via da alegação das partes (em momento inoportuno processualmente) ou advindos da instrução probatória, não podem ser matéria de decisão, se compreenderem fatos essenciais. O princípio do dispositivo limita os poderes do juiz, e a conseqüente justa composição do litígio. Dessa maneira, qual princípio deve prevalecer no processo? Os ciclos processuais precludem a possibilidade de aproveitamento dos fatos?

Se no decurso da audiência de julgamento em uma determinada ação de despejo julgada no Tribunal da Relação do Porto, em 16 de dezembro de 2009, (Acórdão n.º 577/08.2TBVNG-A.P1), cujo objeto era o descumprimento de contrato de locação, já que o imóvel era locado para comércio – serralharia, e segundo a parte autora não estava sendo destinado para o fim contratado, uma testemunha evidencia um fato que não constava no processo. Não existia no processo, porque a parte ré não entendia como necessário para sua defesa, e a parte autora desconhecia. Houve inspeção judicial e verificou-se que no local não possuía energia elétrica, mas continha máquinas de cortar madeira e uma extensão de fiação de 15 metros. A parte ré sustentava que estava em funcionamento a serralharia, contudo não relatou em momento algum como estava a funcionar. O fato era que, a testemunha era vizinha da serralharia e, em audiência, atestou que emprestava energia elétrica ao réu, através de uma extensão de 15 metros que se encontrava no local. O juiz deve considerar o fato (essencial) não existente no processo, pelo óbice do princípio do dispositivo? E o princípio do inquisitório, não poderia o juiz agir inquisitorialmente nessa situação? E se for um juiz ativo, estaria violando a imparcialidade e sendo autoritário? O que deve prevalecer no processo moderno, o inquisitório ou o dispositivo?

É dentro deste campo que o trabalho revelará a problemática dos limites entre a atuação do juiz e os fatos trazidos durante o transcurso do processo, na busca de uma verdade histórica, não mais limitada pelo formalismo processual, e sim, conduzida pela substância e mérito.

A segunda face do problema é o princípio do dispositivo como “impedimento” à justa composição do litígio, em face do princípio da autorresponsabilidade das partes. A visão ainda formalista do ônus da alegação prega que qualquer omissão ou imprecisão na alegação dos fatos acarreta o risco às partes da privação da matéria que o carrear do pleito viesse a ser identificada. Trata-se da autorresponsabilidade das partes pelo material fático do processo.

Dividido em espécies, os fatos no Código de Processo Civil lusitano, com a reforma introduzida em 2013, considera apenas os fatos essenciais como integrantes do ônus da alegação. Os fatos essenciais são aqueles que integram a causa de pedir, num primeiro momento. Os fatos *concretizadores*, *complementares*, *instrumentais* e de conhecimento oficioso podem, no decorrer da ação, ingressar ao processo através da atuação do juiz, com o fim de trazer à justa composição do litígio.

O sistema processual brasileiro, estabelece a limitação da atuação do juiz à matéria alegada pelas partes (art. 128 do CPC), por outro lado prescreve que o juiz atenderá aos fatos constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131 do CPC), desde que não sejam fatos essenciais.

A doutrina tradicional traduz que os poderes dos juízes no campo fático ficam restritos aos fatos essenciais. O limite é a causa de pedir constituída pelos fatos essenciais. Mas os fatos secundários não são essenciais também? Se a diferença entre esses fatos for a relevância que possuem para a decisão, se um complementa e até concretiza o fato essencial, não pode dizer-se que é relevante e estariam constituindo a causa de pedir?

O estudo será edificado sob à luz do Direito Processual Civil moderno e flexível. Defenderá a gestão do juiz para com os fatos essenciais no processo, para no fim detectar a necessidade, ou não, da flexibilização do princípio do dispositivo.

Dentro deste contexto fático de atuação do juiz e das partes no processo, e a imagem que a sociedade atrela ao falar em Direito Processual Civil, seja no Brasil ou em Portugal, da ineficiência da justiça processual cível, que surgiu o estímulo, tão sensível, à busca a uma solução compatível com o Estado Democrático de Direito. Nas linhas a seguir, será iniciada uma “caçada” para estabelecer as diretrizes para o alcance da Justiça eficiente, na seara minuciosa dos fatos.

## CAPÍTULO I - O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E OS FATOS

SUMÁRIO: 1.1. Princípio do dispositivo e suas acepções. 1.2. Modelo processual civil português e o princípio do dispositivo. 1.3. Modelo processual civil brasileiro e o princípio do dispositivo. 1.4. Os fatos e a causa de pedir; 1.4.1 Os fatos, sua delimitação e espécies; 1.4.1.1. Os fatos essenciais; 1.4.1.2. Os fatos complementares e os fatos concretizadores; 1.4.1.3. Os fatos instrumentais; 1.4.1.4. Os fatos de conhecimento oficioso: fatos notórios, fatos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções e fatos que resultem do uso anormal do processo pelas partes; 1.4.1.5. Os fatos supervenientes; 1.4.2 Causa de pedir: teorias, definição e elementos integrantes.

O sistema jurídico adota o modelo normativo de princípios e regras, o que proporciona uma maior atuação do juiz na seara da “valoração”. Nesta perspectiva de sistema, os princípios assumem um papel intermediário entre o valor e a regra<sup>1</sup>. É assim que “o socorro aos princípios surge como mecanismo viabilizador da moderna concepção de sistema jurídico aberto, sujeito às influências das demais ciências<sup>2</sup>”.

Espécies de um mesmo gênero norma, as regras e princípios diferem-se. Os últimos são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes<sup>3</sup>”. Isto quer dizer que os princípios são “mandamentos de otimização” (permissões ou proibições) que podem ser satisfeitos em graus diversos, e em possibilidades fáticas ou jurídicas. Regras tem um sentido diferente, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas<sup>4</sup>”, ou seja, a permissão ou proibição contida na regra, deve ser cumprida ou não, de forma absoluta, ou é ou não é.

Dentro deste campo, ALEXY pontua como sendo o critério utilizado com mais frequência para distinguir princípio e regras, é o da generalidade. Os princípios possuem um grau de generalidade alto, e as regras, um grau relativamente baixo<sup>5</sup>. Nessa toada, CASTRO MENDES atenta que por não se ter a dimensão do elevado grau de generalidade atribuído aos princípios, domina nessa área, uma larga dose de arbítrio<sup>6</sup>.

No fundo, são os princípios que estabeleceram a atuação das partes e do juiz no processo. A presença dos princípios no ordenamento permite a aplicação valorada das regras,

---

<sup>1</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 89-90.

<sup>2</sup> Ibid., 2008, p. 90.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 90.

<sup>4</sup> Ibid., 2014, p. 91.

<sup>5</sup> Ibid., 2014, p. 87.

<sup>6</sup> MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 119.

o que serve de fundamental técnica alocada à disposição do juiz “*para outorgar tutelas diferenciadas e adequadas às mais variadas situações fáticas que se apresentam*”<sup>7</sup>.

Se o que pretende é disciplinar um meio pacífico de debate dialético entre dois antagonistas perante um terceiro que figura como diretor do processo, é preciso estabelecer os princípios essenciais para se chegar a este meio. Os princípios serão as linhas mestras fundamentais que devem ser respeitadas para se alcançar um mínimo de coerência que pressupõe todo o sistema<sup>8</sup>.

Barbosa Moreira preceituava que a doutrina alemã, do início do século XIX, já anunciava a preocupação em compendiar em princípios as diretrizes políticas-jurídicas para a ordenação do processo<sup>9</sup>.

É por este caminho principiológico que o estudo escavará as suas bases.

## 1.1 PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E SUAS ACEPÇÕES

O liberalismo processual determinou os sistemas processuais baseados em princípios técnicos liberais: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura e o princípio do dispositivo. A finalidade de tais princípios era garantir a manutenção da imparcialidade e passividade do juiz<sup>10</sup>. É nesta dimensão que o processo edificava-se, na dimensão privatística, de mero instrumento privado de resolução de conflitos das partes<sup>11</sup>. Às partes é dado o reconhecimento de *senhoras da própria lide*<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Nesse caminho, continua o autor, e enfatiza que os princípios possuem várias funções e aponta três grupos. A função é a conhecida como a normatização constitucional dos princípios. O segundo grupo de função é a interpretativa, integrativa, supletiva, servindo como um caminho para a aplicação das demais normas no sistema. O último grupo de função dos princípios, surge como “*mecanismo de controle da própria atuação do juiz, visto que todo esse raciocínio de valoração e de argumentação deve, necessariamente, estar contido na fundamentação da decisão judicial*”. SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 94-95.

<sup>8</sup>VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O devido processo*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 60 e VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo Processual*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 15.

<sup>9</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Revista de processo, v. 41, 1986, p. 9.

<sup>10</sup>NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2012, p. 73.

<sup>11</sup>O sistema dispositivo pressupõe o poder geral de disposição das partes no processo. O mecanismo judiciário somente será movido através do exercício de solicitação das partes, - *nemo iudex sine actore – ne procedat iudex ex officio* -, e também, serão as partes que circunscreveram o âmbito da decisão judicial – *ne eat iudex ultra – extra – petita partium*<sup>11</sup>. VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. XXI, 1945, p. 174-175.

<sup>12</sup> Op. Cit., 2012, p. 74.

No antigo processo civil as partes que comandavam o processo, a vontade das partes é que prevalecia. Não só porque elas tinham a salvaguarda de iniciar o processo, como também de delimitar o objeto do processo. As partes também delimitavam os termos da sentença, através do que elas traziam para o processo<sup>13</sup>.

Somente mais tarde, como o estímulo da inovação legislativa e uma atenta análise se fez um caminho para distinguir, de um lado, o direito exclusivo das partes em propor a ação e obter a tutela jurisdicional de próprio interesse, e por outro lado, a iniciativa da parte em expor os fatos e instruir à causa<sup>14</sup>.

Com foco no princípio do dispositivo do processo liberal, de um lado tinha o poder monopolístico das partes, e do outro, o veto ao tribunal de instaurar e agir de ofício dentro do processo (independente da provocação das partes). Idealizado estava o liberalismo processual, as partes como protagonistas do processo e o juiz, o estranho ao objeto do litígio<sup>15</sup>.

É ainda no século XIX que a força do liberalismo enfraquece em razão do sistema preconizar uma “guerra” entre as partes, em que o mais esperto vencia o jogo. O novo pressuposto surge como medida balizadora da guerra, é a chamada socialização do processo, na qual é reforçado o papel do juiz, e assim, é criado um novo modelo de processo<sup>16</sup>.

Do lado oposto ao liberalismo clássico, o modelo autoritário ou social – democrático, determinou, ao menos, a coparticipação do juiz no processo<sup>17</sup>.

Na concepção socialista do processo civil em que emergiu o “social” (o novo modelo de processo à época), aos litigantes foi recusado a possibilidade de determinar soberanamente o andamento do processo. Ao juiz foi concedido maiores poderes, deixando de ser mero vigia das regras do jogo, assim, “*equaciona-se em novos termos o capital problema da ‘divisão de tarefas’ entre as partes e o órgão de jurisdição*”<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> LIEBMAN, Eurico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XV, 1960, p. 551-552.

<sup>14</sup> LIEBMAN, Op. Cit.

<sup>15</sup> Op. Cit., 2012, p. 76-77.

<sup>16</sup> NUNES, Op. Cit., 2012, p. 77.

<sup>17</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 59.

<sup>18</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. *Revista de Processo*, ano X, v. 37, 1985, p. 145.

Neste percurso, hoje, exige-se do tribunal e das partes à cooperação<sup>19</sup>. É o terceiro “tempo”, o de hoje, o do Estado Democrático de Direito. É a repartição da direção do processo entre partes e juiz, através da técnica da cooperação, na qual propõe a autorresponsabilização de todos os sujeitos processuais<sup>20</sup>. É o Processo Civil do juiz gestor, da gestão processual – material e formal.

Estruturado estão as diretrizes históricas (preliminares) do modelo dispositivo, que a todo momento será lembrado.

Inicia-se, neste instante, os traços conceituais preliminares do princípio do dispositivo. Afirma-se que o princípio do dispositivo é restrito a área cognitiva do juiz às alegações dos fatos e ao provado pelas partes, sendo balizado pelos pedidos<sup>21</sup>. Pode-se tirar alguns aspectos conclusivos. Primeiro, este é o conceito clássico e “puro” do princípio do dispositivo. Às partes incumbem a alegação dos fatos e as provas. No estágio atual, retiram-se as provas do campo do dispositivo “puro”, pois já pertencem também ao tribunal (princípio

---

<sup>19</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 156. Neste sentido há doutrina que defende ser o terceiro modelo de processo, o modelo cooperativo, vide: DIDIER JR. Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora; MITIDIEIRO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

<sup>20</sup> NUNES, Op. Cit., 2012, p. 123.

<sup>21</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno*. Revista de Processo, ano 11, nº. 44, out-dez/1986, p. 166.

Preocupa-se apenas com a matéria de fato, a matéria de direito, como se sabe, é orientada pelo adágio *iura novit curia*. Com efeito, resultante desse adágio, a parte não tem que provar o direito, e nem indicar qual a regra jurídica que baseia o seu pedido. Contudo, importa atentar que “*a máxima iura novit curia permite ao juiz aplicar o direito à espécie, desde que respeitada a causa de pedir, mantendo-se coerência com o princípio dispositivo*”. Isto implica na limitação que o juiz tem no processo à causa de pedir, ou seja, não pode o juiz decidir com fundamento jurídico diverso do alegado pelas partes, sem ter oportunizado o debate entre às partes, isto é, o contraditório, senão estará o tribunal a proferir decisão surpresa. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 48-49.

Em outras palavras, tem-se que está máxima, “*na conceituação tradicional, o princípio iura novit curia não só impõe ao juiz conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, mas torna também o órgão judicial totalmente independente na sua aplicação, desvinculando-o dos pedidos e alegações das partes a respeito. Nem a aceitação da existência de determinada norma jurídica, nem a investigação de seu sentido e conteúdo, nem a subsunção dos fatos introduzidos no processo podem ser impostos pelas partes ao juiz*”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. p. 1. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

No digesto processual português, verifica-se esta adágio no art. 5º, 3, do novo CPC, ao preconizar que “*o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras do direito*”. No direito brasileiro apenas a avocação dos casos que devem as partes alegarem matéria de direito, consoante art. 337, não sendo necessária a alegação nos demais casos.

do inquisitório). O clássico do conceito esposado é também verificável quando lhe é atribuído os pedidos, além dos fatos.

Passa-se a análise crítica das delimitações conceituais do princípio do dispositivo, para no fim, ser estabelecido a conclusão sobre este setor.

É sabido que grande parte da doutrina conjuga o princípio do dispositivo aos pedidos e aos fatos. Mas será proposto neste trabalho a desvinculação dos pedidos ao princípio do dispositivo. A ideia é o deleito à alegação de fatos, dissociando os pedidos, este último cuidado pelo princípio do pedido<sup>22</sup>.

Nesse ponto, tem-se que atentar para a situação fundamental de que o princípio do dispositivo é um instituto e, o princípio do pedido, é outro instituto. Um não é subprincípio do outro. Não obstante, não se deve confundir o princípio do pedido e princípio do dispositivo, o primeiro refere-se aos questionamento do processo, ligado ao que se pede, enquanto o princípio do dispositivo trata dos fatos e das provas no processo<sup>23</sup>. É está a proposta de LIEBMAN, seguida por MESQUITA, e também adotada neste trabalho.

Em contrapartida à exposição da defesa da acepção do princípio do dispositivo, é preciso verificar o que a doutrina delimita sobre o assunto.

Para começar, como muito bem sugere BARBOSA MOREIRA, é preciso fazer uma análise terminológica do termo “princípio do dispositivo” para não utilizar-se desta expressão de forma errônea e, assim, perigosa para o processo civil<sup>24</sup>.

A primeira razão para isso é a de que o princípio do dispositivo não pode continuar a ser invocado para designar a situação de iniciativa das partes em contraposição aos poderes do tribunal. É mais correto falar em preponderância (no lugar de exclusividade) do princípio

---

<sup>22</sup>No presente trabalho, será seguida a orientação fornecida pela doutrina de Miguel Mesquita. O que significa dizer que o princípio do dispositivo será encarado como disposição das partes ao material fático, desapegado dos pedidos, que tem uma análise particular e não será objeto de deleito. MESQUITA, Miguel. *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 135.

Em contraposição, a maior parte da doutrina entende que o princípio do pedido é englobado pelo princípio do dispositivo, como sendo o pedido e a causa de pedir. CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 109.

<sup>23</sup>LIEBMAN, Eurico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XV, 1960, p. 551-552.

<sup>24</sup>E assim acresce o ilustre processualista: “a invocação do princípio dispositivo ameaça às vezes, entre nós, converter-se em slogan cômodo, capaz de dar solução rápida a uma série de questões, que se tende a supor análogas com facilidade tanto maior quanto menor o tempo, ou a vontade, de investigar se a suposição verdadeiramente se justifica. É uma simplificação perigosa; entre outros motivos, pelas falsas correlações de idéias que pode ocasionar ou favorecer”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Revista de processo, v. 41, 1986, p. 12.

do dispositivo ao princípio do inquisitório, é o chamado “*compromisso com relação ao princípio antitético*”<sup>25</sup>. Significa dizer que prepondera o dispositivo relacionando-se com seu oposto, o inquisitório.

É nesta toada de CASTRO MENDES também enfatiza que o princípio do dispositivo destrincha-se em vários subprincípios<sup>26</sup>. O princípio do pedido corresponde ao início do processo, o princípio do debate como referente ao objeto do processo, princípio do impulso oficial em sendo a marcha ou desenvolvimento do processo, dois outros pontos, o termo do processo e o conteúdo da sentença<sup>27</sup>.

É tendência do pensamento jurídico ocidental, nas doutrinas, de logo estabelecer genericamente o modelo dispositivo de processo, sem fazer as divisões da matéria que de fato o princípio do dispositivo é tendencioso. Fica parecendo que o processo é dispositivo. A divisão da matéria, para detectar a preponderância ao princípio do dispositivo ou ao princípio do inquisitório, é um bom começo, como bem ressalta a doutrina de Barbosa Moreira<sup>28</sup>.

A depender da matéria tratada: iniciativa na instauração da ação, delimitação do objeto do litígio, impulso processual, formação da matéria fática e de direito, extinção e suspensão do processo por ato dispositivo, maior ou menor será a atuação do juiz e das partes no processo. Ver-se, assim, que “*admite a disciplina uma série de matizes e combinações, sendo raras – se alguma jamais existiu – as soluções ‘quimicamente puras*”<sup>29</sup>.

Volta-se à terminologia do princípio do dispositivo. Se for destrinchado, por sua origem, a palavra “dispositivo”, *prima facie*, liga-se à disponibilidade, ou seja, direitos disponíveis (relações jurídicas disponíveis). A vontade do particular estaria conectado à disponibilidade do direito, em contraposição às relações jurídicas indisponíveis. Ora, é correto a análise: dispositivo ligado diretamente às relações jurídicas disponíveis? Claro que

---

<sup>25</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno*. Revista de Processo, ano 11, nº. 44, out-dez/1986, p. 167.

<sup>26</sup> Por outro lado, mas dentro do campo da relação do princípio do dispositivo com outros princípios, faz-se um observação trazida pela doutrina. O princípio do dispositivo além de possuir um princípio antitético, origina outros princípios, os corolários lógicos, são eles: da congruência, da demanda, da controvérsia, do pedido. É por isso que ao flexibilizar ou mesmo “quebrar” o princípio do dispositivo, pois este se inter-relaciona e decorrem em outros princípios, é preciso ter cuidado, “*mexer com o princípio dispositivo, pois, importará em mexer com todo o sistema processual*”. JARDIM, Op. Cit., 1986. Entretanto, não é isto que defende, como já frisado, o princípio do dispositivo refere-se as alegações dos fatos e provas, e basta, não se dividindo ou ramificando outros.

<sup>27</sup> MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 128.

<sup>28</sup> MOREIRA, Op. Cit., 1986, p. 7

<sup>29</sup> Ibid., 1986.

não. Pois os indivíduos podem “dispor” dos direitos indisponíveis e o Estado, de direitos disponíveis. Assim, mostra-se incorreto afirmar que a impossibilidade do juiz iniciar o processo é resultante do caráter disponível da relação material. Não é, pois o monopólio da parte em dar início ao processo independe da disponibilidade do direito<sup>30</sup>.

É nessa perspectiva que BARBOSA MOREIRA indaga: “*será verdade que, ao excluir para o órgão judicial a possibilidade de proceder ex officio, está a lei obedecendo a uma sorte de imposição lógica resultante do caráter disponível da relação material?*”<sup>31</sup> É lógico que uma coisa não tem nada a ver com a outra. A disponibilidade do direito não está ligado à atuação do juiz, oficiosamente, no processo. O juiz pode atuar, de ofício, na relação disponível ou indisponível, e as partes, de igual maneira poderá instaurar o processo<sup>32</sup>.

A outra situação que merece pontuar refere-se ao julgamento conforme o pedido. A disponibilidade do direito não se liga à possibilidade de o juiz poder julgar *extra e ultra petita*.

Da mesma forma, no que diz respeito à matéria de prova, não estará conectado o caráter da disponibilidade ou indisponibilidade<sup>33</sup>.

Ora, se o princípio do dispositivo é utilizado para referir-se a tantos contextos, a expressão está sendo mal usada. Por isso, a doutrina alemã, inconformada com as complicações esposadas sobre o princípio do dispositivo, identificou a existência de dois fenômenos diferentes.

De origem germânica os primeiros passos dados a respeito da divisão do princípio do dispositivo, conta Barbosa Moreira que o primeiro fenômeno referia-se à propositura da demanda, “*para designar a diretriz que subordina a atividade do juiz à iniciativa da parte*”<sup>34</sup>, que recebeu o nome de *Verhandlungsmaxime*. Este primeiro fenômeno traduzido

---

<sup>30</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

<sup>31</sup> Op. Cit., 1986, p. 8.

<sup>32</sup> Nesse caminho, discorre BEDAQUE, “*qualquer outra limitação à atividade do juiz, quer no tocante à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorre da natureza do direito substancial. Constitui equívoco afirmar, por exemplo, que a impossibilidade de o juiz dar início ao processo é consequência do caráter disponível da relação material. Nele incorre, aliás, a maioria da doutrina. O monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso*”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Juiz, processo e justiça*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 122.

<sup>33</sup> Referente à matéria provas “*mesmo aqueles que admitem haver nexos entre disponibilidade do direito e o monopólio da demanda pela parte defendem a iniciativa oficial quanto à prova*”. BEDAQUE, Op. Cit., 2013, p. 123.

<sup>34</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Revista de processo, v. 41, 1986, p. 9.

como “*máxima (ou princípio) do debate*”<sup>35</sup>, representava a limitação material utilizada no julgamento, e apresentada pelas partes, ou seja, era a liberdade do titular do direito de utilizar-se do processo. Depois ganhou nova denominação, a *Dispositionsmaxime*.

*Dispositionsmaxime*, corresponde ao poder de decidir sobre a instauração do processo, “*é a tradução processual do princípio constitucional do direito à propriedade privada e da autonomia da vontade*”<sup>36</sup>. Denominado, também, de disponibilidade, define-se como a “*plena liberdade dos indivíduos de intentar ou não intentar ação, de narrar ou não narrar fatos e de pedir ou não pedir*”<sup>37</sup>. É o princípio do dispositivo propriamente dito ou *strito sensu*, como nomeia LEBRE DE FREITAS. Traduz-se em quatro liberdades, “*liberdade de decisão sobre a instauração do processo, sobre a conformação do seu objeto e das partes na causa e sobre o termo do processo, assim como, muito mitigadamente, sobre a sua suspensão*”<sup>38</sup>.

Entretanto, tal classificação apontada por LEBRE DE FREITAS não é a mais apropriada, porque divide um instituto que não tem repartições. Ora, como já defendido, o princípio do dispositivo é apenas um, refere-se aos fatos e provas, enquanto o princípio do pedido diz respeito aos pedidos. Desse modo, é desnecessário uma classificação tão exaustiva para explicar um instituto tão simples.

O segundo momento, ou fenômeno, (já movido o Judiciário) é o *Verhandlungsmaxime*, na doutrina alemã, sendo nominado de *Verhandlungsmaxime* –

---

<sup>35</sup> Ibid., 1986.

<sup>36</sup> GOUVEIA, Mariana França. *O princípio dispositivo e a alegação de fatos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2014, p. 602

<sup>37</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 123.

<sup>38</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 156-157.

Cumpra aqui trazer a classificação de LEBRE DE FREITASO princípio do dispositivo *strito sensu* é dividido em *disponibilidade da instância em si mesma* e *disponibilidade da conformação da instância*, de acordo com a proposta deste autor. A disponibilidade da instância em si mesma, significa o impulso processual em que a parte aciona o tribunal. Uma parte pede e a outra opõe-se, e ao tribunal, cabe providenciar o andamento do processo. A conformação da instância, como o próprio nome já identifica, é a conformação do objeto do processo. O objeto do processo é formado pelo pedido (providência requerida e afirmação de uma situação jurídica) e pela causa de pedir.

Não obstante, cumpre acentuar que em situações excepcionais elencadas pela lei impõem-se às partes o ônus de impulsionar o processo, art. 6º, 1 (primeira parte) do CPC português e art. 128 do CPC brasileiro. Ônus, porque não é dever, as partes têm a escolha de impulsionar ou não, caso não impulsionem, o processo pode ser extinto sem resolução do mérito por falta de legitimidade da parte (por exemplo), como ocorre na morte de uma das partes, sendo preciso a habilitação dos herdeiros. Não ocorrendo a habilitação, que não é dever do tribunal, às partes sofreram com a falta do impulso que lhe era devida.

*Untersuchungsmaxime*<sup>39</sup>. Traduzido como o poder de introduzir ao processo a matéria fática, de tomar a decisão sobre a necessidade de verificação e iniciativa da matéria de fato. Diz respeito ao modo de funcionar do processo em relação aos fatos e às provas, em outras palavras, refere-se a estrutura interna do processo<sup>40</sup>. As partes passam a se submeter ao princípio do debate<sup>41</sup> ou princípio da controvérsia<sup>42</sup>.

Invocando o direito italiano, verifica-se lá que o princípio do dispositivo é o *Verhandlungsmaxime*. A liberdade de ação, torna-se, nesse segundo princípio, uma liberdade limitada pelo próprio processo, enquanto instrumento estatal. As partes dispuseram do seu objeto, agora cabe o tribunal dar continuidade ao curso do processo.

Com intuito de evitar atropelos terminológicos do princípio do dispositivo, BARBOSA MOREIRA defende que a nomenclatura é adequada somente a um único tópico: “o dos atos de disposição que as partes pratiquem no curso do processo<sup>43</sup>”. Isto é, princípio do dispositivo é unicamente o *Dispositionsmaxime*<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> MOREIRA, Op. Cit., 1986, p. 9.

<sup>40</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

<sup>41</sup> Nomenclatura dada por Portanova. Contudo, citado autor confunde ao atribuir como sinônimo do princípio do debate, o princípio do dispositivo em sentido formal. O mais correto seria atribuir a sinonímia ao princípio do dispositivo em sentido material. (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 151). É assim que pontua BARBOSA MOREIRA para a existência da divisão do princípio do dispositivo em sentido material e processual. No sentido material ou impróprio corresponderia ao *Verhandlungsmaxime*, e no sentido processual ou próprio, estaria o *Dispositionsmaxime*.

<sup>42</sup> Segundo nomenclatura de LEBRE DE FREITAS, vide: FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 156/157.

<sup>43</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Revista de processo, v. 41, 1986, p. 11. E continua citada doutrina a pontuar que “com efeito, afigura-se lógico referir à disponibilidade da relação litigiosa, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem dúvida aprecia a matéria pelo prisma da validade – verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível -, mas não pode pronunciar-se sobre o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes. *Aí está, na verdade, fenômeno que faz sentido ligar a um princípio chamado ‘dispositivo’*”. E continua a defender e negar a aplicação do princípio do dispositivo aos outros institutos, dizendo que “quanto aos outros que se costumam mencionar neste contexto, parece-nos altamente duvidosa, para não dizer o menos, a propriedade da correlação”.

<sup>44</sup> Uma das doutrinas fundadoras do princípio do dispositivo, a de CARNACINI, enfatizada por CAPPELLETTI, preceitua que o *Dispositionsmaxime*, não possui caráter de princípio processual e de caráter de princípio autônomo, e situa-se na esfera de atos fora do processo propriamente dito, ou seja, tem-se atos formalmente, mas não substancialmente processuais. Contudo, CAPPELLETTI critica acertadamente a conclusão de CARNACINI, pois o princípio do dispositivo é um princípio processual, e não a disponibilidade do direito substancial. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza dela parte nel sistema dell’Oralità* (Contributo ala Teoria dela Utilizzazione probatória del sapere dele parti nel processo civile). Milano: Giuffè, 1962, p. 310-315 *apud* BELLON, Murilo Tropea. *A técnica de efetivação da tutela jurisdicional na perspectiva do princípio da congruência*. Tese (Monografia) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 11-13.

Neste panorama, é possível, atualmente, verificar uma atenção um pouco maior a este importante problema tendo o princípio do dispositivo desatrelado seu conceito à negativa dos poderes do tribunal. Entretanto, ainda não é o suficiente, é preciso que os pensamentos marchem para a evolução de que o princípio do dispositivo caminha com os poderes do juiz e vice-versa, e as dimensões dadas pela doutrina alemã necessita de uma maior expansão no Brasil, e até em Portugal.

Diante da explanação até agora pontuada, é de concluir que hoje o princípio do dispositivo, segundo Portanova, resume o seu âmbito na limitação do juiz aos fatos, ao conflito e à lide. Assim sendo, não poderá o juiz conhecer de controvérsia não suscitada pelas partes, procurar fatos não alegados pelas partes, escolher quais as controvérsias que vai julgar e considerar no julgamento fatos não alegados pelas partes<sup>45</sup>.

Em resumo, apesar da preocupação do presente estudo ser o princípio do dispositivo na sua versão *Dispositionsmaxime*, não se pode negar que o princípio do dispositivo possui dois sentidos na legislação processual. O primeiro sentido tem a ver com a ligação dos fatos, significa dizer, que às partes cabem as alegações dos fatos, princípio do dispositivo em sentido material, ou princípio da demanda, de acordo com a doutrina de CAPPELLETTI<sup>46</sup>. Era representado na sistemática processual pelo art. 264º, nº. 1, hoje é refletido no art. 5º, nº. 1. No CPC brasileiro é evidenciado nos arts. 2º, 128, 460. Isto representa o direito exclusivo da parte de propor o processo e requerer a tutela jurisdicional em busca dos próprios interesses.

O segundo sentido teria a ver com a faculdade que a lei confere as partes de dentro de certos limites traçarem o destino do processo, ou seja, diz respeito a possibilidade de disposição do processo pelas partes<sup>47</sup>, princípio do dispositivo em sentido processual. A segunda vertente é refletida nos antigos arts. 293º (liberdade de desistência, confissão e transação) e 279º (suspensão por determinação do juiz), e atualmente nos arts. 272º e 283º

---

<sup>45</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 123.

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'Oralità (Contributo alla Teoria della Utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile). Milano: Giuffè, 1962, p. 310-315 *apud* BELLON, Murilo Tropea. *A técnica de efetivação da tutela jurisdicional na perspectiva do princípio da congruência*. Tese (Monografia) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 16.

<sup>47</sup> MESQUITA, Miguel. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 09 de nov. de 2012.

do CPC/2013 português. No ordenamento processual brasileiro, pode-se ver este segundo sentido nos arts. 265; 267, VIII; 269, II, III, do CPC.

Apresentado estão as diretrizes das acepções do princípio do dispositivo, sendo a partir de agora adentrado no mundo particular e minucioso dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

## 1.2 MODELO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS E O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO

Do tempo, retiram-se as fases vivenciadas pelo processo civil.

Do liberalismo do século XIX, acarretou a concepção liberal do processo civil, o juiz representava a figura do árbitro e às partes era imbuído dispor do início e desenvolvimento do processo. O princípio do dispositivo assim se edificava sob o paradigma individualista. É nessa época que vigorava o Código de 1876 (o primeiro código de processo português), de feição liberal, o juiz tinha poucos poderes, ou quase nenhum. Não se nota ainda o ativismo judicial.

No tempo da ditadura, foi concebido um processo autoritário<sup>48</sup>, o juiz como centro de tudo<sup>49</sup>. A questão é saber qual o modelo de processo civil atual, o liberal, do juiz limitado pela legislação processual, ou o guiado pela gestão processual (processo cooperativo)?

---

<sup>48</sup> Na lição de Mariana França Gouveia, “*o processo autoritário caracteriza-se pela maximização da função do juiz no processo, fazendo dele o sujeito processual mais relevante. Isto é operado através da atribuição de poderes não só em aspectos formais da causa, como o saneamento de exceções dilatórias, mas também em matérias objectivas, como poderes oficiosos na investigação dos factos da acção*”. GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Julgar, Coimbra Editora, nº. 1, 2007, p. 49.

É na visão de Barbosa Moreira, que aqui também se defende, o desligamento do modelo de governo ao modelo de processo. O Governo pode ser autoritário (ditatorial) e o modelo de processo pode ser inquisitorial ou adversarial, se houvesse ligação de uma coisa com a outra, o Poder Judiciário no Estado autoritário nem deveria existir, seria consumido pelo Poder executivo.

A doutrina associa o modelo adversarial ao regime não-autoritário, e o inquisitorial ao regime autoritário. Na verdade essa doutrina, é em sua maior parte, a garantista, ou neoprivatista, como bem diz Barbosa Moreira. Como é o caso da doutrina de Teixeira de Sousa que apesar de não se enquadrar como garantista, enfatiza que a ideologia política do Estado tem forte influência no processo. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 58/59.

Contudo tal conclusão não merece razão. É verdade que a cultura influencia a formação do processo, mas não é certo falar que o regime autoritário acarrete o modelo inquisitorial de processo, e o regime democrático occasione o modelo adversarial de processo. DIDIER se manifesta afirmando que “*nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário*”. (DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 210).

Barbosa Moreira faz uma análise das principais características do modelo inquisitorial, tomando como partida os principais argumentos dos autores que defendem o garantismo. Justifica sua defesa levando em consideração cada argumento da corrente garantista, que tem como representantes de peso CIPRIANE na Itália e MONTERO AROCA na Espanha. Também o são representantes desta linha Adolfo Alvarado Velloso, na Argentina, Luís Correia de Mendonça, em Portugal, e Hugo Cavero, no Peru.

As reformas processuais tendem a ampliar os poderes do juiz na direção do feito na atividade instrutória, na defesa de um processo mais justo e célere. Afinal, as partes que estão em litígio tem interesses conflitantes, e logo, a parte que tem razão busca a celeridade do processo, já a que não possui, tende a retardá-lo. E sempre vão atuar na busca da vitória. É diante deste contexto que a figura essencial do juiz ingressa como uma figura imparcial, na busca de regular a marcha processual e proferir uma decisão que mais se aproxime da realidade. Contudo, as reformas não são suficientes para fomentar um cenário ativo do juiz, não são as leis concedendo maiores poderes ao juízes que se poderá pensar nesse tipo de processo mais célere e justo. É preciso que o ambiente enxergue que o processo justo é aquele no qual o juiz consegue trazer a igualdade substancial para as partes.

O modelo “garantístico” de processo espera um juiz passivo. Essa corrente garantística defende que as coisas devem ficar sob o cuidado das partes, e não do juiz, afinal, os litigantes são quem sabem melhor os interesses em conflito, e não o juiz. Da concessão de muitos poderes ao juiz, “*enxerga-se nela uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo*”.

Nesta toada são as palavras de Barbosa Moreira que mais esclarecem sobre a desvinculação do regime político ao modelo processual, *in verbis*: “*afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob o governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias*”.

Essa assertiva é confirmada no Brasil, por exemplo, com a edição das leis que regulam a ação civil pública e a ação popular, editadas no período militar. Na Alemanha pode-se verificar, durante o período ditatorial, o reforço dos poderes dos juízes na direção e esclarecimento do processo, mesmo diante de um Estado socialista.

O desafio é latente, requer cuidado, e no fim, é escolástico.

O Código de Processo Civil de 1939 é um código autoritário, por ter sido lançado em plena ditadura militar, apenas por ter negado o juiz fantoche e manequim? Parece que não. O modelo de governo não vincula o modelo de processo, afinal, até hoje se vê o código de Alberto dos Reis, diante de reformas e mais reformas.

E o Código de 1995/1996, é um “novo” código, ou apenas veio a complementar o Código de 1939, ao incluir o princípio da cooperação? E CPC de 2013? Está edificada a dúvida que norteia à doutrina<sup>50</sup>.

Volta-se ao passado histórico e verifica-se que o CPC de 1939 pôs de lado a visão liberal do Código, atribuindo ao juiz uma série de poderes impensáveis à época do século XIX. Esse código atribuiu ao juiz o *poder de instrução*, e o poder de oficiosamente procurar a verdade, foi posto o juiz forte e ativo<sup>51</sup>. O Código do século de XIX pensava que se o juiz procurasse a verdade, e oficiosamente determinasse a produção das provas tornaria um juiz

---

Barbosa Moreira acentua o equívoco de condicionar os governos autoritários costumem ao fortalecimento de juízes. É engano, pois os poderes que o governo autoritário objetiva fortalecer são, geralmente, os do executivo, não os do judiciário<sup>48</sup>. Como prova tem-se que no Brasil, no período do autoritarismo ditatorial, o executivo podia demitir os juízes (mesmo sendo de cargo vitalícios). Não obstante, o judiciário não estava totalmente privado de sua autonomia, e não era apenas instrumento do executivo. Conclui-se, assim, que o regime autoritário não acarreta, por consequência, mais ou menos poderes ao juízes, e logo, não é condicionante do ordenamento jurídico.

Na perspectiva do estudo de Barbosa Moreira, cumpre indagar se é peculiar a regimes autoritários, imbuídos de desprezo pelas garantias dos jurisdicionados, a concessão ao juiz de poderes instrutórios exercitáveis de ofício? Ao aplicar referida indagação a cinco ordenamentos: suíço, francês, inglês, alemão e brasileiro, Barbosa Moreira conclui que em todos se verifica a evolução do deslocamento do comando do processo, das partes para o juiz, sem no entanto, caracterizar um regime autoritário.

E finaliza o autor que “*hoje o papel primacial do processo civil se está deslocando da simples solução de litígios para a geração de benefícios sociais – numerosos e variados, inclusive o desenvolvimento do direito por meio de decisões judiciais*”. E conclui denominando o garantismo como processo civil “anti-social”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Cadernos de Direito Privado, Abril/junho, nº. 10, 2005, p. 3/12.

Também nesta defesa aponta Maria França Gouveia, para o estudo de Michele Taruffo, que “*conclui que não é possível estabelecer uma conexão entre regime autoritário e atribuição ao juiz de poderes instrutórios, na medida em que os sistemas democráticos convivem bem com esta atribuição. Esta conexão é, aliás, de alguma forma descabida ou absurda nos tempos em que vivemos*”. GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Julgar, Coimbra Editora, nº. 1, 2007, p. 58.

<sup>49</sup> GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Julgar, Coimbra Editora, nº. 1, 2007, p. 49.

<sup>50</sup> Cf. GOUVEIA, Op. Cit., 2007. MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar, Coimbra Editora, n. 1, 2007.

<sup>51</sup> PIMENTA, Paulo José Reis Alves. *A fase do saneamento do processo civil*. Dissertação de Mestrado, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 17.

parcial. O Código de 1939 veio ao encontro do Código austríaco, que inicia a partida em prol do ativismo judicial<sup>52</sup>.

Em 1961 houve uma grande reforma no CPC, o que para uns configurou a criação de um novo código<sup>53</sup>, por alterar bastante o Código de 1939. Todavia, os princípios essenciais do Código de 1939 ficaram intactos<sup>54</sup>.

No ano de 1995/1996 foi introduzido à cooperação, mas nunca deixou de ter a alma do Código de 1939, inclusive porque, no Código de Alberto dos Reis, já previa o princípio da cooperação através do princípio da colaboração, art. 265.º, ou seja, mesmo que de forma primária já previa a colaboração das partes, além de prever no art. 264.º a direção do processo pelo juiz<sup>55</sup>. Mas o Código de 1995/1996 é um novo código? Não, pois desde 1939 o princípio da cooperação já existia no ordenamento<sup>56</sup>.

Nesse caminho, pergunta-se: o Código de Processo Civil de 95/96 era autoritário? E resposta é negativa, mas há doutrina que entende ser autoritário, ao ter sido incluído a cooperação<sup>57</sup>. Na verdade, com a cooperação não é reforçado os poderes do juiz, ao contrário, implicará numa maior aproximação de todos os sujeitos processuais, de forma que as partes contribuem ativamente com a decisão, com o conseqüente comprometimento e corresponsabilidade de todos, no objetivo último do processo, a justa composição do litígio<sup>58</sup>.

O Código de 2013 vem reforçar a ideia do Código de 1939, a concepção publicística do processo civil, ao prestigiar a gestão processual no art. 6º<sup>59</sup>.

---

<sup>52</sup> MESQUITA, Miguel. *Concepções de direito processual civil*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 10 de out. de 2012. O Código austríaco de 1895, edificado no fim do século XIX como o grande monumento legislativo com caracteres sociais. Nesse decorrer do tempo, o realce publicístico foi sendo incorporado no processo. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de direito processual, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

<sup>53</sup>MESQUITA, Op. Cit., 2012.

<sup>54</sup>GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Julgar, Coimbra Editora, nº. 1, 2007, p. 49.

<sup>55</sup>MESQUITA, Miguel. *Princípio da cooperação*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 08 de mar. de 2013.

<sup>56</sup>Entretanto há posicionamento contrário que entende que o CPC de 95/96 é sim um novo código, PIMENTA, Paulo José Reis Alves. *A fase do saneamento do processo civil*. Dissertação de Mestrado, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 3.

<sup>57</sup>Para Luís Correia de Mendonça, a cooperação propicia um modelo ainda mais acentuado no autoritarismo, e por isso, deveria ser negado. Defende que o modelo privatístico é o melhor para as partes, por garantir uma maior segurança para elas, pois são as partes que conduzirão o processo, e não o juiz. MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar, Coimbra Editora, n. 1, 2007.

<sup>58</sup>PIMENTA, Op. Cit., 2000, p. 5.

<sup>59</sup>MESQUITA, Miguel. *Concepções de direito processual civil*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 10 de out. de 2012.

Dessa forma, a nova configuração do princípio do dispositivo retratado no art. 5º do CPC de 2013, vem evidenciar uma nova roupagem aos fatos que as partes devem alegar na ação. Agora, necessário se faz apenas a alegação dos fatos essenciais.

### 1.3 MODELO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO

A história do direito processual civil brasileiro alinha-se com o momento político presente na década de 30. Na época vivia-se um Estado autoritário e o aspecto totalitarista era evidente<sup>60</sup>, em face disso, o Código de Processo Civil de 1939<sup>61</sup> surge com o objetivo principal de restaurar o autoritarismo do governo e ao mesmo tempo, o caráter popular. Era uma tentativa de aproximar governo e povo. Foi assim, a primeira sistematização das normas processuais com nuances já sociais<sup>62</sup>.

O modelo brasileiro desde a reforma processual de 1973 traz ao seu ordenamento a feição social do processo, apesar de ter sido confeccionado na época da ditadura, tendo a tendência para a socialização legislativa iniciado no Código de Processo Civil de 1939. Foi a partir do papel ativo posto ao juiz no processo que tentou-se combater à concepção liberal do processo, e assim, estabeleceu-se a prevalência do interesse social ao individual. Foi sob a influência de LIEBMAN, que o seu discípulo ALFREDO BUZAID construiu o Código de 1973<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup>Com esse fator histórico, atesta-se que a assertiva de Barbosa Moreira, da não vinculação do modelo de governo com o modelo de processo, é verdadeira. O modelo de governo brasileiro ditatorial não significou um Código de Processo Civil com um juiz “ditador”, pelo contrário, nascia um código eivado de aspectos sociais, desligado também, dos caracteres individualista-liberal. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Cadernos de Direito Privado, Minho: CEJUR, Abr/jun, nº. 10, 2005, p. 3/12.

<sup>61</sup>Influenciado de maneira grandiosa por três doutrinas: na Itália, com Giuseppe Chiovenda, na Áustria com Fran Klein, e em Portugal com José Alberto dos Reis. RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. *Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973*. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucha/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf)>. Consulta realizada em: 02 de jul. 2014, p. 7-8.

<sup>62</sup>RAATZ; SANTANNA, Op. Cit., p. 1-11.

<sup>63</sup>BUZAID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405). Acesso em: 31 de agosto de 2014, p. 140.

A legislação processual de 1973, apresentava uma caracterização bastante técnica, para não dizer formalista. Emanada de um período autoritário, o processo civil deste código era denominado como um fenômeno técnico<sup>64</sup>.

O processo de cunho liberal imputava ao processo uma instituição destinada à realização dos direitos privados. As partes dominavam a relação processual, o início, o andamento e o conteúdo, justificando à existência do princípio do dispositivo, a mera falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia<sup>65</sup>.

De fato, a concepção liberal-individualista ainda persiste na cultura processual, tanto do ângulo dos litigantes, como do órgão judicial, entretanto, o caráter privatístico foi rompido, e processo civil brasileiro é sem dúvida publicístico, não há como negar.

É certo que o princípio do dispositivo orienta o CPC de 1973, consoante está preconizado na exposição dos motivos, item 18. Desse modo, se o princípio do dispositivo determina a forma de aquisição dos fatos no processo, de certo, é vedado ao juiz analisar fatos não alegados pelas partes. As partes são livres para alegar os fatos que quiserem e se silenciarem os fatos que não pretendem ser investigados, “*as partes dispõem do objeto litigioso do processo e fixam o thema decidendum*”<sup>66</sup>. O CPC de 1973 representou, nessa esteira, a conjugação do princípio do dispositivo com o fortalecimento dos poderes do juiz, resultado este, da doutrina de Liebman<sup>67</sup>.

O processo civil, no Brasil, é assim conduzido pelo princípio do dispositivo, na versão da língua tedesca, como *Dispositionsmaxime*. Significa dizer que as partes tem o monopólio da propositura da demanda, e assim, de ditar as dimensões subjetivas e objetivas da controvérsia<sup>68</sup>.

O conteúdo do princípio do dispositivo edifica-se, conforme a doutrina, nos artigos 2º, 128, 262, 459 e 460 do CPC. O valor da autonomia individual constrói o formalismo processual, pois há a necessidade de pedido pela parte para começar o processo, e ainda, os

---

<sup>64</sup>MITIDIEIRO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

<sup>65</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. p. 2. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

<sup>66</sup>PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 123.

<sup>67</sup>BUZAID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405). Acesso em: 31 de agosto de 2014, p. 147.

<sup>68</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 183.

limites que as partes dão à atuação do juiz no processo (*nemo iudex sine actore e procedat iudex ex officio*)<sup>69</sup>. Ver-se o *nemo iudex sine actore*, princípio do dispositivo em sentido material, no art. 2º do CPC. Por conseguinte, depois da instauração do processo, tem-se o princípio do dispositivo no sentido processual, no art. 128, no qual, limita a atuação do juiz ao que foi proposto pelas partes.

Entretanto, o princípio do dispositivo com arcabouço restritivamente formalista deixou de existir no ordenamento brasileiro, com a evolução da sociedade após os ideais influenciadores da doutrina de LIEBMAN. A indicação do material fático, antes tarefa exclusiva das partes, passou a ter o contributo do juiz, mas nunca perdendo o princípio do dispositivo como trave-mestra do sistema. As partes ficaram com a atribuição de alegar os fatos essenciais (constitutivos da causa de pedir), estando os fatos secundários sob o enfoque de apreciação do tribunal, “*dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios, ou pertencerem à experiência comum*”<sup>70</sup>.

#### 1.4. OS FATOS E A CAUSA DE PEDIR

Os fatos são a essência deste trabalho, em conjunto com a causa de pedir. É preciso entendê-los, delimitá-los e caracterizá-los. A causa de pedir, por sua vez, também necessita ser compreendida para ser encaixada no estudo como ente fundamental da defesa apresentada neste trabalho. É preciso enquadrar a correspondente teoria da causa de pedir nas sistemáticas processuais portuguesa e brasileira, pois a depender da teoria defendida, mais fácil será a defesa da possibilidade de alteração da causa de pedir. Neste ponto, dedicar-se-á junto a teoria da individualização e substanciação.

A identificação dos elementos apresentados pela doutrina e jurisprudência, importará para a base do estudo, e assim, passará a ser compreendida a defesa homenageada nas linhas a seguir. É passível de debate as espécies de fatos, a localização de um fato limitado a outro e a importância dentro do processo.

---

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 5ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Op. Cit.

Na causa de pedir, divagar-se nos pormenores que a doutrina preconiza a qualifica-la e enquadra-la no processo.

#### 1.4.1. OS FATOS, SUA DELIMITAÇÃO E ESPÉCIES

Os fatos abrangem as ocorrências concretas da vida real, o estado, a qualidade ou situação real das pessoas e das coisas<sup>71</sup>, e ainda, “*processos psíquicos e ações, com abrangência do seu lado ‘interior’*”, ou seja, tudo aquilo que tem uma localização no tempo<sup>72</sup>.

Não obstante as várias dimensões dos fatos, os fatos dedicados no trabalho serão os fatos relevantes processualmente. Por sua vez, englobam duas categorias, os acontecimentos do mundo exterior, e os eventos do foro interno (vida psíquica, sensorial ou emocional)<sup>73</sup>. O trabalho aqui ficará nos fatos enquadrados no primeiro grupo, os fatos externos da vida do homem.

Outrossim, na lição de MANUEL DE ANDRADE, “*facto jurídico é todo o facto em sentido comum (acontecimento natural ou acção humana, que produz consequências jurídicas*”, isto é, é todo acontecimento da vida que tenha repercussão do mundo jurídico. Dessa maneira, o fato jurídico constitutivo é o indispensável para que se forme uma relação jurídica, sem o fato jurídico não há relação jurídica<sup>74</sup>.

Na doutrina de JAUERNIG, “*a matéria de fato é, portanto, o conjunto histórico do naturalmente ocorrido*<sup>75</sup>”. Disto, entende-se, que a matéria de fato será a retratação do que ocorreu, do historicamente vivido<sup>76</sup>.

Nesse ínterim, percebe-se os fatos delineados serão os acontecimentos da vida com repercussão na esfera jurídica-processual.

---

<sup>71</sup>VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 406-407.

<sup>72</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 433.

<sup>73</sup>VARELA, Op. Cit., 1985.

<sup>74</sup>ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 21.

<sup>75</sup>JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 212.

<sup>76</sup> Por sua vez, a demanda, deve compreender uma alegação específica, detalhada e completa (quando possível) dos fatos da causa, consoante o sistema *civil law*. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012, p. 66.

Realizado este ínfimo introito, deleita-se sobre as espécies dos fatos, que tanto importam para o trabalho.

Os fatos trazidos ao processo devem ser os essenciais e os que circundam estes – os secundários. Dentro dos essenciais encontram-se os principais, únicos obrigatórios para a ação. Os complementares e concretizadores, duas outras espécies dos fatos essenciais, não são obrigatórios para a ação, tão somente, para a procedência da ação.

Os fatos simples ou secundários possuem relevância por constituírem premissas de interferências probatórias relativas aos fatos essenciais<sup>77</sup>, não obstante integrarem o rol dos fatos não obrigatórios ao processo<sup>78</sup>.

Os fatos essenciais integram a causa de pedir, devendo ser trazidos ao processo pelas partes. Os fatos principais individualizam a causa de pedir, enquanto os demais fatos essenciais participam da causa de pedir.

A título de didática será considerado a nomenclatura da reforma do Código de Processo Civil português, como consta a redação do art. 5º, nº. 1, ao tratar dos fatos essenciais, como sendo os fatos principais até agora pronunciado. Em palavras esclarecedoras, os fatos essenciais corresponderão de agora em diante, aos fatos principais<sup>79</sup>. Ou seja, ter-se-á três espécies de fatos “essenciais”: os essenciais, complementares e concretizadores.

---

<sup>77</sup>TARUFFO, Op. Cit., 2012, p. 227.

<sup>78</sup> A doutrina não é unânime em caracterizar como não obrigatórios os fatos secundários, e será alvo de debate nas linhas a seguir referida questão. Neste entender tem-se Miguel Teixeira de Sousa e Miguel Mesquita.

<sup>79</sup> Até o presente momento utilizou-se da classificação de Miguel Mesquita. Para este doutrinador a classificação mais adequada é a de fatos essenciais e secundários. Os fatos essenciais compreenderiam os principais, complementares e concretizadores. MESQUITA, Miguel. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 09 de nov. e 16 de nov. de 2012.

Lebre de Freitas classifica os fatos em principais e secundários. Os principais é englobado pelos essenciais, complementares e concretizadores. Logo, prefere utilizar a nomenclatura “fatos principais”, os apontados no art. 5º, nº. 1, como sendo os fatos essenciais, isto porque, entende que o fato essencial é o fato identificador da fatispécie normativa. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 71; e FREITAS, José Lebre de. *Sobre o novo código de processo civil: uma visão de fora*. ROA, Lisboa, Jan-Mar., 2013, p. 36. Na posição de Miguel Teixeira de Sousa “essencial” é aquele fato que cumpre a função individualizadora da causa de pedir, sendo assim, dentro dos fatos principais, distingi os fatos essenciais e complementares. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 71.

Entretanto, em razão da nomenclatura exposta no Código de Processo Civil de 2013 português, irá se adotar neste trabalho a nomenclatura de fato essencial como sendo o fato “principal” da causa de pedir, de acordo com a redação esposada no art. 5º, e porque no Brasil, a divisão dos fatos recebe a nomenclatura de fatos essenciais e secundários.

Ora, mas apenas as partes podem trazer os fatos essenciais? Os que surgem durante a instrução da causa não podem ser considerados pelo tribunal? Este é o ponto crucial do estudo.

Por outro lado, os fatos secundários são de livre conhecimento pelo juiz, ainda que não alegado pelas partes<sup>80</sup>.

Diversamente do ordenamento português, o brasileiro, não traz a sistematização da divisão dos fatos secundários, isto é, a individualização dos fatos<sup>81</sup>.

#### 1.4.1.1 FATOS ESSENCIAIS

As partes são as únicas legitimadas a alegar os fatos essenciais, o que corresponde a *causa petendi*, consoante o preconizado no art. 5º, nº. 1, do CPC português, e arts. 2º, 128, 460 do CPC brasileiro.

Nomeado como fatos fundamentais<sup>82</sup>, principais ou essenciais, ocupam uma posição cimeira da causa de pedir. Significa dizer que são os fatos que integram e constituem a causa de pedir de maneira central e também ocupam o núcleo essencial da situação jurídica. Os fatos essenciais tem o condão de individualizar a situação jurídica<sup>83</sup> ou causa de pedir<sup>84</sup>.

Para MARINONI e MITIDIEIRO, apenas os fatos essenciais compreendem a causa de pedir<sup>85</sup>, todavia, será apenas nos fatos essenciais que se detecta a causa de pedir, ou os fatos complementares e concretizados também integram a *causa pretendi*? No Brasil pode-se afirmar que sim, pois não há a divisão dos fatos “essenciais”, ou seja, todos os fatos nomeados na doutrina portuguesa como complementares, concretizadores e essenciais (principais) recebem o nome de essenciais, sem qualquer distinção<sup>86</sup>.

---

<sup>80</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 5ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 178.

<sup>81</sup> A doutrina de Miguel Teixeira de Sousa critica intitulando a classificação dos fatos em “*demasiado esquemático*”. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 70.

<sup>82</sup> MACHADO, António Montalvão Machado. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 135.

<sup>83</sup> SOUSA, Op. Cit., 1997, p. 70-80.

<sup>84</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 71

<sup>85</sup> MARINONI, Op. Cit., 2013.

<sup>86</sup> Em Portugal, a resposta opinativa vai ser objeto de verificação, no decurso do trabalho e na análise do art. 5º (releitura do art. 5º, capítulo III da presente dissertação).

Os fatos dos quais decorrem as consequências jurídicas descritas pelas partes é tido como um fato essencial. São os fatos indispensáveis à consistência da ação e da defesa<sup>87</sup>. Significa dizer que os fatos essenciais são aqueles cuja falta inviabiliza a ação ou exceção<sup>88</sup>.

Admita-se o exemplo de numa ação de divórcio, em que o autor alega abandono do lar. Tem-se que a causa de pedir é o abandono do lar, ou seja, o fato essencial. De logo, indaga-se: é possível ter a procedência do pedido de divórcio apenas com o fato “abandono do lar”, sem qualquer outro fato que o complete ou concretize? Parece que não. E quais seriam os outros fatos? Se enquadrariam como fatos essenciais? São os chamados fatos complementares, que são também essenciais, que serão tratados a seguir.

Os fatos fundamentais ou essenciais são “*absolutamente indispensáveis à identificação, preenchimento e substanciação das situações jurídicas afirmadas e feitas valer em juízo pelas partes*”<sup>89</sup>. São os que integram a previsão da norma aplicável à pretensão ou exceção<sup>90</sup>.

Os fatos essenciais são aqueles que configuram o objeto do processo e que constituem a causa de pedir, numa posição central. São aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão, em outras palavras, são aqueles carregados de efeitos pelo ordenamento jurídico<sup>91</sup>.

#### 1.4.1.2 FATOS COMPLEMENTARES E FATOS CONCRETIZADORES

Os fatos complementares não ocupam uma posição cimeira da causa de pedir, como ocorre com os fatos essenciais. No exemplo já esposado, o divórcio por abandono do lar, pode-se ter como fatos complementares, *in casu*, “*a ausência de quaisquer notícias do réu há já longos meses, o abandono acompanhado do transporte de todos os bens próprios e objetos de uso pessoal do réu*”<sup>92</sup>. Ver-se, nesse campo, que os fatos complementares também são essenciais.

---

<sup>87</sup> MACHADO, Op. Cit., 2001, p. 135.

<sup>88</sup> Ibid., 2001, p. 348.

<sup>89</sup> REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I, 2ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2004, p. 252.

<sup>90</sup> CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 115.

<sup>91</sup> BRASIL, *STJ, Recurso Especial 702739*, Ministra Relatora Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgamento em 19 de dez. 2006.

<sup>92</sup> MACHADO, Op. Cit., 2001, p. 348.

Diferente dos fatos propriamente essenciais, a ausência dos fatos complementares, não inviabiliza o processo, pois existente no processo a causa de pedir – fato essencial, contudo, é tendencialmente improcedente<sup>93</sup>. É neste instante que importa distinguir fatos essenciais dos complementares. Explanou-se que os fatos essenciais individualizam a situação jurídica alegada na ação e exceção. E os fatos complementares? Estes, não individualizarão a situação jurídica (não estão “dentro” do núcleo essencial da situação jurídica), mas são imprescindíveis à procedência da ação ou exceção<sup>94</sup>.

Mas apesar de os fatos complementares não individualizar a causa de pedir, ele *participa*<sup>95</sup> da causa de pedir. Na dicção de Teixeira de Sousa, os fatos complementares tem a função de fundamentar a pretensão<sup>96</sup>.

No fundo, é constatável que ambos os fatos, essenciais e complementares, são indispensáveis para a procedência da ação, logo, ambas espécies de fatos são “fundamentais” para o processo. A ausência dos essenciais, acarreta a inépcia da petição inicial, e a falta dos complementares, acarreta a improcedência da ação.

Os fatos complementarem podem ingressar ao processo através do convite de aperfeiçoamento, da audiência preliminar e até da possibilidade do tribunal conhecer deste fato oficiosamente no momento da instrução da causa<sup>97</sup>.

Como bem diz Montalvão Machado, “*a existência dos factos complementares deriva exclusivamente, de uma pura insuficiência, de uma pura falta*”<sup>98</sup>. Significa dizer que faltava um pouco, mas o “pouco” era determinante para a procedência da pretensão ou da exceção.

Os fatos concretizadores, como o nome mesmo carrega, concretizam os fatos essenciais. A falta dos fatos concretizadores no processo, como ocorre com os complementares, não implica a constatação de manifesta inviabilidade da ação ou da

---

<sup>93</sup> Ibid., 2001, p. 349.

<sup>94</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 71.

<sup>95</sup> Expressão muito adequada de Miguel Teixeira de Sousa. Cf. SOUSA, Ibid., 1997, p. 70.

<sup>96</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*. *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, n.º 332, 2013, p. 396.

<sup>97</sup> A doutrina e jurisprudência portuguesa, na lição de Antunes Varela, preconiza que o termo “*instrução da causa*” possui um sentido e um alcance restrito. Refere-se apenas ao momento da instrução probatória, não compreendendo todo o momento de atividade probatória desenvolvida no processo, como é o caso de apresentação das provas documentais, estas que devem ser apresentadas ainda na fase dos articulados. Não obstante, em casos excepcionais. VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 430-431.

<sup>98</sup> MACHADO, Op. Cit., 2001, p. 351.

exceção, mas somente, a tendencial improcedência da pretensão<sup>99</sup>. Nesta esteira, qual a diferença entre os fatos concretizadores e complementares? *Prima facie*, parece que são iguais.

Nos ensinamentos de Montalvão Machado, os fatos concretizadores são mais específicos do que os complementares. Diversamente dos complementares que dizem respeito ausência de um fato complemento do fato essencial, o fato concretizador não é propriamente uma “falta” do fato, e sim a ausência da precisão do fato, ou seja, o fato não fora exposto de “*forma concreta, nem precisa, nem exacta*”<sup>100</sup>.

Os fatos concretizadores são pormenores dos fatos essenciais, isto é, eles particularizam os outros fatos. E mais uma vez afirma-se: os fatos concretizadores também são essenciais.

Partindo para a análise de um caso, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, o autor numa ação de reivindicação de posse, pleiteava a declaração da área de 16.600 m<sup>2</sup>, todavia, no decurso da instrução, através do levantamento topográfico, requerido de ofício pelo juiz, verificou-se que a área correspondia, na verdade, a 17.753,61 m<sup>2</sup><sup>101</sup>. Ou seja, tem-se como fato concretizador a referência exata da dimensão do terreno, trazido durante a instrução da causa por terceiro.

Constata-se que os fatos concretizadores também completam os fatos essenciais, entretanto, o complemento é específico, e não um simples complemento, como ocorre com os fatos complementares.

Da mesma forma como ocorre com os fatos complementares, os fatos concretizadores podem ser incluídos ao processo no convite de aperfeiçoamento, na audiência preliminar e no conhecimento oficioso do juiz.

Importa trazer o requisito indispensável para a introdução oficiosa do juiz dos fatos complementares e concretizadores, no processo. Trata-se do momento em que devem ser detectados e aproveitados referidos fatos. O momento, como a própria lei processual (art. 5º, nº. 2, b) determina é que “*resultem da instrução da causa*”.

---

<sup>99</sup> MACHADO, Op. Cit., 2001.

<sup>100</sup> Ibid., 2001.

<sup>101</sup> Exemplo colhido do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26/10/2010, Relator Nuno Cameira, disponível em [www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/), através da análise realizada por Miguel Mesquita. MESQUITA, Miguel. *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 148.

Anteriormente à reforma de 2013, além do requisito acima colacionado, existia um segundo requisito, que era a manifestação das partes de se aproveitar do fato complementar ou concretizador (art. 264º, nº. 3), *in verbis*: “*desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar*”.

#### 1.4.1.3 FATOS INSTRUMENTAIS

São fatos secundários, probatórios e indiciam se os fatos essenciais, complementares e concretizadores ocorreram de fato. Os fatos instrumentais permitem inferir a existência dos fatos essenciais, no entanto, apenas existindo isoladamente os fatos instrumentais no processo, não é possível falar em procedência da pretensão ou da exceção<sup>102</sup>.

Com a característica primeira de indiciar a existência dos fatos essenciais, os fatos instrumentais não são isoladamente “*factos absolutamente indispensáveis*”, como os fatos essenciais, “*mas podem tornar-se realmente necessários para a prova da existência destes*”<sup>103</sup>.

Os fatos instrumentais não necessitam de alegação das partes, podendo o tribunal deles conhecer, de ofício. Se é oficiosamente que o juiz pode conhecer destes fatos, de igual modo, pode investigar, buscar às respetivas provas<sup>104</sup>.

No Brasil, são chamados de fatos indiciários, mas não recebem relevo de previsão legal, é consagrado pela doutrina, tão somente.

O fato instrumental é investigado livremente no decurso da audiência, e em muitas vezes, o juiz toma conhecimento deste fato através de depoimentos testemunhais. O juiz, diante de um fato instrumental, concentra-se neste fato, e realiza um raciocínio presumido, chamado de presunção judiciária.

Traz-se, como exemplo, uma ação de cobrança em que o réu alega em sua defesa que pagou o valor, objeto do processo, ao autor, e no decurso da instrução, uma testemunha

---

<sup>102</sup> CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 115.

<sup>103</sup> MACHADO, António Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 136.

<sup>104</sup> Entretanto, não seria para todo processo que o juiz deveria buscar os fatos instrumentais, isso deve ser feito, caso a caso, ou seja, “*casuisticamente – e em face dos elementos ‘fornecidos’ pelo processo – detectar se eles potencialmente existiam ou não e, no caso de se mostrarem necessários para a prova dos factos essenciais alegados pelas partes, partir para essa ‘investigação oficiosa’*”. MACHADO, Op. Cit., 2001, p. 137.

alega que o autor lhe confessou ter o réu de fato adimplido a dívida. Diante do fato instrumental, a saber, a confissão do autor sobre o pagamento a terceiro, pode o juiz determinar a produção de prova sobre tal fato. Trata-se de um fato instrumental ao fato essencial (entrega de coisa devida), na lição Varela, Bezerra e Nora<sup>105</sup>. Entretanto, sopesado os fatores relatados, necessário se faz a reflexão de que tal fato instrumental, confirmação do pagamento, é na verdade, um fato essencial, pois sem ele não se chegaria a “verdadeira decisão”, à eficiência da justiça.

Apesar de não constituírem condicionantes direto da decisão, muitas vezes, sem a verificação dos fatos instrutórios, a demanda não prospera para a procedência. Pode-se concluir que os fatos instrumentais são de igual forma importantes para o processo, como o são os fatos essenciais.

Se analisado o art. 5º, nº. 2, al. *a* percebe-se que ausente se encontra a indicação do contraditório, não seria necessário? Sem ouvir as partes, parece que o juiz estaria por proferir uma decisão surpresa. Entende-se aqui, que deve ser respeitado o princípio do contraditório.

Uma outra faceta importante dos fatos instrumentais é a da limitação temporal para o seu ingresso ao processo. A norma processual (art. 5º, nº. 2, *a*) bem explicita que os fatos instrumentais apenas podem ser aproveitados se resultarem da instrução da causa. Contudo, tem entendido a jurisprudência sobre a possibilidade de introdução destes fatos nos articulados<sup>106</sup>.

Explanado os limites conceituais dos fatos instrumentais, cumpre trazer algumas outras ponderações. A primeira consideração é a indagação: de onde podem advir os fatos instrumentais considerados pelo juiz oficiosamente? Das alegações das partes, de iniciativa do próprio juiz e revelados por terceiros durante o julgamento da causa, sempre referindo-se à causa de pedir já existente no processo<sup>107</sup>. Em resumo, todos os fatos instrumentais podem ser considerados pelo juiz, porque essa espécie de fato está excluída da abrangência do princípio do dispositivo, como defende a quase absoluta maioria da doutrina<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 415-416.

<sup>106</sup> Vide acórdão da Relação de Coimbra, nº. 2611/12.2T2AVR.C1, julgamento em: 12/03/2013; e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº. 362333/10.7YIPRT.L1.S1, julgamento em: 24/04/2013.

<sup>107</sup> CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 117.

<sup>108</sup> Entretanto, não é esse posicionamento que aqui se defende, como se verá a seguir, ao falar do princípio da autorresponsabilidade.

A outra consideração que merece ser trazida à baila é a questão da *instrumentalidade*. A instrumentalidade do fato é tão somente ao fato essencial, ou seja, a causa de pedir já existente no processo. Fato instrumental liga-se ao fato essencial, como já firmado entendimento. Mas a instrumentalidade diz respeito a quê? Um fato pode ser instrumental para o processo (instrumental enquanto categoria jurídica), mas referir-se a outra causa de pedir, não exposta no processo<sup>109</sup>. Logo, a instrumentalidade refere-se ao fato essencial, já oportunamente, presente no processo.

Em conclusão, tem-se que os fatos instrumentais por ser de livre investigação na instrução da causa, e assim, constituem a primeira flexibilidade do princípio do dispositivo, na verdade, a flexibilidade já imputada pela lei processual.

#### 1.4.1.4. FATOS DE CONHECIMENTO OFICIOSO: FATOS NOTÓRIOS, FATOS DE QUE O TRIBUNAL TEM CONHECIMENTO POR VIRTUDE DO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES E FATOS QUE RESULTEM DO USO ANORMAL DO PROCESSO PELAS PARTES

Relativamente aos fatos de conhecimento oficioso, estes fazem parte das exceções ao princípio do dispositivo, elencados na lei processual, art. 5º, nº. 2, al. c, e art. 612 do CPC português. Na sistemática brasileira estão evidenciados nos arts. 334, I, do CPC.

---

<sup>109</sup> E acresce CASANOVA, que “*a instrumentalidade que, a nosso ver, importa não é a instrumentalidade relativamente à causa de pedir – temos por imperioso o princípio de que a admissibilidade de factos novos está condicionada sempre à causa de pedir invocada – mas a instrumentalidade respeitante aos factos essenciais que tenha sido alegados*”. Em continuidade citada doutrina, evidencia como exemplo a situação de numa ação de despejo por abandono da residência por mais de um ano. Durante a instrução, uma testemunha traz em depoimento que fora retirada da casa os móveis, constitui-se assim, como um fato novo, não alegado pelas partes, e instrumental, pois individualmente, por este fato não se pode ter certeza sobre o abandono do lar. Se por outro lado, o autor alegar sublocação do imóvel, e o réu apresentar exceção atestando que o sublocatário é um hóspede, sendo-lhe prestados serviços de alimentação. Ocorre que surgem fatos novos: que ao hóspede era também prestado os serviços de limpeza e arrumação do seu quarto. Logo, esse fato novo, se não provado o primeiro (prestação de alimentos), já conduz a procedência da exceção invocada pelo réu. Contudo, este fato novo não pode ser considerado, de ofício, pelo juiz, pois ele não é instrumental, e sim, essencial. E conclui o autor, que o fato novo, *in casu*, “*é instrumental relativamente à exceção invocada considerada na sua globalidade enquanto categoria jurídica mas não o é relativamente ao facto essencial alegado integrativo da aludida exceção*”. CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 116.

Das considerações expedidas, é de se concluir que a classificação dos fatos é relativa, ou seja, assenta num critério não absoluto, como ressalta Miguel Teixeira de Sousa, ao pronunciar que “*um facto pode ser essencial em relação a um certo objecto e complementar ou instrumental perante um outro objecto; por seu turno, um facto é sempre complementar ou instrumental em relação a um certo facto essencial*”. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 70.

Os fatos de conhecimento oficioso não prescindem de alegação das partes e através do poder inquisitório do juiz, passam a fazer parte do processo.

A lei processual lusitana já evidencia como sendo fato notório, os fatos de *conhecimento geral*, consoante preconiza o art. 412º, nº. 1.

Os fatos notórios são, por sua própria natureza, do domínio público, significa dizer que são fatos conhecidos pelas pessoas regularmente informadas. Um fato notório abrange uma esfera social, e pode ser de domínio em Coimbra, mas em Lisboa o fato é desconhecido, como pode ser conhecido mundialmente, por exemplo, a situação do Brasil ter perdido a copa do mundo de 2014 para a Alemanha.

Desta feita, o fato notório trazido ao processo abrange a esfera social das partes e do juiz da causa<sup>110</sup>. Tudo dependerá da localização do litígio e dos sujeitos do processo, para se ter um fato notório ou não<sup>111</sup>. Significa dizer que o fato notório possui um conceito relativo, e ainda, possui outras duas características fundamentais. Não precisa ser necessariamente conhecido, como a situação de que a colheita do café é realizada em determinada época do ano, e o juiz não precisa saber disso para que seja considerado como notório o fato. E última caracterização é que não precisa ter com o fato notório, um relação direta, ou seja, não é necessário que se tenha vivido este fato para qualificá-lo como notório, como é o caso do incêndio ocorrido em Lisboa<sup>112</sup>.

Os fatos notórios não carecem de alegação e de provas, consoante a lei processual enfatiza no art. 412º. Na sistemática processual brasileira, prevê a desnecessidade de provar tais fatos, através do art. 334, I.

---

<sup>110</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 170.

<sup>111</sup> Cumpre atentar para a situação de que fato notório não se confunde com as máximas de experiência de que se vale o juiz para as presunções no processo. As máximas de experiência caracterizam-se como sendo de natureza geral, enquanto que o fato notório é um fato notório de conhecimento geral. FREITAS, Op. Cit., 2013, p. 171.

Pode-se dizer que “as máximas da experiência são o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece, podendo formular-se em abstrato por todo aquele de nível mental médio. São regras formuladas pelo método indutivo (particular para o geral)”. Assim, “o juiz, como homem culto, no decidir e aplicar o direito, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos e artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares”, isso caracteriza-se como máximas de experiência, prevista no art. 335 do CPC brasileiro.

<sup>112</sup> DIDIER JR., Fredie.; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. II, 7ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 45-46. Contudo, a doutrina pontua como sendo única exceção, os fatos supervenientes, previsto no art. 462, no qual permite o conhecimento do juiz.

Mas, uma coisa é alegação do fato, e outra, é a apresentação de provas. A doutrina brasileira<sup>113</sup> entende que os fatos notórios precisam ser alegados, pois o juiz não tem o poder de conhecer de ofício questões de fato, de acordo com a prescrição da própria lei, que não traz qualquer anúnciação de não necessidade de alegação<sup>114</sup>.

Em contrário, o Código de Processo Civil português, evidencia no art. 412º, nº. 1: “*não carecem de prova nem de alegação os fatos notórios*”, ou seja, a sistemática processual portuguesa é muito mais avançada, ao possibilitar a consideração do fato notório, independente da alegação das partes.

É neste caminho, que não faz sentido que as partes tenham que alegar e provar tais fatos, pois os fatos notórios já encontram provados por sua própria natureza. Cumpre ressaltar, que algumas vezes os fatos são notórios, mas não para o tribunal, ou seja, são de notoriedade relativa, logo, as partes alegam e provam “a notoriedade” do fato<sup>115</sup>, assim, ver-se uma situação que espelha-se ao ordenamento brasileiro. É também, o fato notório, insuscetível de prova em contrário<sup>116</sup>.

Entretanto o problema surge ao deparar-se com a caracterização dos fatos notórios, a sua dessemelhança com os fatos essenciais, complementares e concretizados. A doutrina de MARIA JOSÉ CAPELO<sup>117</sup> traz um bom exemplo para discussão, ao analisar o acórdão de 22 de junho de 2010, do Tribunal da Relação de Coimbra, processo: 1803/08.3TBVIS.CI<sup>118</sup>. O caso trouxe à evidência o fato, qualificado como notório dos danos

---

<sup>113</sup> Op. Cit., 2012, p. 46.

<sup>114</sup> Nesta esteira, pode-se trazer como exemplo de fato notório uma situação colhida da jurisprudência do tribunal brasileiro. O Tribunal de Justiça de São Paulo determinou na data de 19 de dezembro de 2012 o bloqueio de R\$ 21 milhões da empresa de investimentos Blue Stone por conta de dívida contraída pelo empresário Naji Robert Nahas nos anos 80, depois da quebra da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa). A disputa envolve propriedade de terreno apresentado por Nahas como garantia em outra briga judicial. Para o relator do caso na 5ª Câmara de Direito Privado do TJ, desembargador Erickson Gravazza Marques, “as pedras sabem” que o empresário é o verdadeiro dono do terreno e está envolvido com a empresa, e “fatos notórios não precisam ser comprovados”, contudo, precisam ser alegados. BRASIL, *Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível*, Acórdão n.º 0114633-06.2009.8.26.0100, Desembargador Relator Erickson Gavazza Marques, julgamento em 19 de dez. 2012

Ainda, entende a doutrina brasileira que a notoriedade pode ser objeto de prova, no caso do juiz ficam em dúvida a respeito da característica da notoriedade do fato. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 475.

Em resumo, os fatos notórios não precisam de prova, como regra, mas existem exceções, e ainda, precisam ser alegados, consoante doutrina brasileira.

<sup>115</sup> MACHADO, António Montalvão Machado. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 133.

<sup>116</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 170.

<sup>117</sup> CAPELO, Maria José. *Os fatos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143º, n.º 3985, mar.-abr., 2014, p. 286-304.

<sup>118</sup> Disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

não patrimoniais. O debate centrou-se na dúvida de ser àquele fato *notório, essencial, complementar ou concretizador*. Ora, se a parte não alegou tal fato, a qual sob ela pesava o ônus da alegação.

*Os fatos de que o tribunal tem conhecimento em virtude da função do exercício de julgador*, é a segunda classe de fatos de conhecimento que passa a tecer considerações. Define-se essa categoria de fatos “de conhecimento oficioso” como àqueles que chegam ao conhecimento do juiz durante o decurso de outros processos<sup>119</sup>, excluindo-se os fatos de conhecimento privado.

Constante do n.º 2 do art. 412º do digesto processual, inclui-se tal fato, no rol dos excluídos do monopólio da alegação dos fatos essenciais.

Se no mesmo tribunal onde o juiz exerce sua função de magistrado, ocorrer um fato em um processo, pode utilizar deste mesmo fato para outro processo. Contudo, se faz necessário preencher dois requisitos: que seja do mesmo tribunal o referido fato e o juiz deve juntar ao novo processo a prova da ocorrência do fato do outro processo. É assim que prescreve a legislação processual.

Pode, contudo, um fato ocorrido num processo de um tribunal ser utilizado por outro tribunal, se a parte alegar e juntar a prova do fato<sup>120</sup>. Nesse caso, se faz necessário a alegação do fato.

Curioso se faz demonstrar que se lê no art. 412º “*factos que não carecem de alegação e de prova*”, e não obstante, no n.º 2 do referido artigo, consta que o juiz deve juntar documento que comprove (prova documental). Parece, no mínimo, contraditório. Ora, se é um fato que não precisa de prova, porque o juiz deverá juntar cópia do documento constante no outro processo? Não se trata de alegação, e sim de prova, já que é requisito “acostamento” do documento ao processo<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> MANSO, Luís Duarte; OLIVEIRA, Nuno Teodósio. *Direito processual civil*. Vol. I, Coimbra: Quid Juris, 2008, p. 27.

<sup>120</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 171-172; MACHADO, António Montalvão Machado. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Editora Almedina, Coimbra, 2001, p. 134.

<sup>121</sup> Se traz como exemplo a situação de correr “*no tribunal uma outra acção envolvendo as mesmas partes, com idênticas causa de pedir e pedido, o juiz deve juntar à nova acção certidão das peças relevantes daqueloutra, para, oficiosamente, conhecer das excepções dilatórias da litispendência ou do caso julgado, evitando, desse modo, que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior*”. ARAUJO, Henrique. *A matéria de facto no processo civil*. Disponível em: <

No Brasil este fato é representado através da prova emprestada. Refere-se a prova de um fato produzida em processo diverso do verificado, sendo extraído do art. 332 do CPC.

A terceira categoria dos fatos desse campo, são os *fatos que resultam do uso anormal do processo pelas partes*. Os fatos constitutivos do desvio da função processual praticada<sup>122</sup>, está previsto no art. 612º do CPC. Antes da reforma de 2013 estava previsto no art. 655º.

Os fatos resultantes do uso anormal do processo pelas partes, “*são os que denunciem situações de simulação ou de fraude processual, assentes em versões fácticas não correspondentes à realidade*”<sup>123</sup>. Significa dizer que são os fatos simulados, ou seja, não condignos com à verdade ocorrida, e que podem, ser resultantes de fraude, seja de uma parte, tão somente, como entre as partes.

O tribunal ao deparar com essas espécies de fatos deve atuar de ofício com os poderes discricionários que a legislação processual lhe atribui. A atuação do juiz é completamente ativa, pois caso seja passivo, estará indo de encontro com os valores do processo, e além, da própria Justiça.

Encontrando o juiz na situação das partes estarem a alegar e provar os fatos simulados ou com fim proibido por lei, deve anular, de ofício, o processo, “*na verdade, seria completamente inadmissível que o tribunal ‘colaborasse’ desta forma com um acto simulado ou um fim ilegal*”<sup>124</sup>. Afinal, a colaboração do juiz no processo é apenas com o fim de atingir à justa composição da lide.

#### 1.4.1.5. FATOS SUPERVENIENTES

O objetivo da colheita desses fatos ao trabalho, é tão somente caracteriza-lo e, assim, poder diferenci-lo dos fatos novos essenciais.

Fato superveniente é o fato que ocorreu posteriormente à formação da estabilidade da demanda e que poderá modificar o conteúdo da decisão. Diferem dos fatos novos ao

---

[http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo\\_materiafactoprocessocivil.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf)>. Acesso em: 31 de agosto de 2014, p. 14.

<sup>122</sup>FREITAS, Op. Cit., 2013, p. 172.

<sup>123</sup>ARAÚJO, Op. Cit., p. 15.

<sup>124</sup>MACHADO, António Montalvão Machado. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 144.

processo, mas antigos em relação à formação da estabilidade<sup>125</sup>. Afirma-se que os fatos supervenientes são àqueles que ocorreram após a fase dos articulados ou que as partes apenas tiveram conhecimento após este prazo. Destarte, “*a prova do conhecimento da superveniência está facilitada precisamente quando os novos factos resultam da indagação oficiosa levada a cabo pelo próprio tribunal ou da invocação de terceiros durante a instrução ou julgamento da causa*”<sup>126</sup>.

Os fatos supervenientes são os fatos novos que surgem no processo, desde que não alterem a causa de pedir<sup>127</sup>. Não obstante, há um corrente da doutrina defensora da possibilidade de alteração da causa de pedir remota, não podendo modificar a causa de pedir próxima. Em outras palavras, “*significa que há de ser mantida a mesma relação jurídica podendo ser considerado novo fato que ocasione o mesmo direito invocado e a mesma pretensão formulada*”<sup>128</sup>.

Para essa doutrina, que aqui segue, no momento em que o fato superveniente é submetido ao princípio do contraditório não há empecilho em resultar na alteração da causa de pedir, desde que obedeça o princípio da cooperação e os deveres processuais. O juiz ao considerar o fato novo, mesmo que modifique a causa de pedir, estará proporcionando um resultado eficiente. Isto é, não precisará ser proposta nova ação para tratar de fato superveniente, e a decisão ao considerar o fato novo, é eivada de utilidade, justiça e efetividade. E conclui, que “*tal postura não atrita com o princípio dispositivo, eis que ao juiz se conferem poderes instrutórios amplos, cabendo-lhe levar em consideração fatos relevantes, inclusive os supervenientes, para a adequada e justa apreciação do pedido do autor*”<sup>129</sup>.

Há doutrina que defende que mesmo em tratando-se de fato superveniente, o fato apenas pode ser aquele que refira-se a causa de pedir já existente no processo<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup>CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições estáveis*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 523.

<sup>126</sup>CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 115.

<sup>127</sup>Cf. MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. **O novo processo civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 246.

<sup>128</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p 104.

<sup>129</sup> Ibid., 2012, p. 104.

<sup>130</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 184.

Os fatos supervenientes podem ser conhecidos de ofício pelo juiz ou alegados pelas partes, consoante preconiza a lei processual brasileira no art. 462, do CPC. Isto é, não prescindem de alegação das partes.

#### 1.4.2 CAUSA DE PEDIR: TEORIAS, DEFINIÇÃO E ELEMENTOS INTEGRANTES

Preliminarmente, atenta-se para a circunstância da delimitação do instituto *causa petendi* ser de forma não tão aprofundada, devido a controvérsia que permeia este tema. É fundamento deste trabalho o entendimento da causa de pedir, já que será alicerce do estudo do princípio do dispositivo, mais precisamente da qualificação do fato essencial, objeto da tese.

Há várias teorias delimitadoras da causa de pedir, umas a qualificam como sendo a individualização da pretensão material e, outras, a entendem como a substanciação da pretensão. Discorrer-se-á sobre as duas teorias, e no final, será defendida uma, e em seguida, debruçar-se-á o estudo em diante.

Nos ensinamentos de BARBOSA MOREIRA, percebe-se que para identificar a causa de pedir se faz necessário responder a pergunta: “*por que o autor pede tal providência?*”<sup>131</sup>. O porquê sendo respondido, se chegará a identificação da causa de pedir. Figura-se a situação do autor ingressar com uma demanda indenizatória por danos morais e materiais, em razão de uma fraude na compra de unidades de um shopping center, sem contudo, descrever o comportamento intencional atribuível ao réu com objetivo de lesar os adquirentes das unidades<sup>132</sup>. Deste modo, se indaga: qual o fundamento da pretensão do autor? Tem-se como resposta: a fraude e sua descrição, o que constitui a *causa petendi*. De logo, ver-se que para essa doutrina, a teoria que representa a causa de pedir é a substanciação, pois pressupõe o fato essencial, *in casu*, a fraude, e os fatos secundários a este fato essencial, ou seja, a descrição de como ocorreu a fraude.

Para esta doutrina, não integram a causa de pedir, a qualificação jurídica atribuída ao fato pelo autor, e, a norma aplicável ao caso. A *causa petendi* é o fato (ou fatos) capaz de

---

<sup>131</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 17.

<sup>132</sup>BRASIL, *STJ, Recurso Especial* nº. 1.305.878, Ministra Relatora Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgamento em 05 de nov. 2013.

produzir os efeitos pretendidos pelo autor<sup>133</sup>, é um fato com repercussão na esfera jurídica<sup>134</sup>. Na lição de Castro Mendes, causa de pedir é além de um fato, pode ser também, um ato, e jamais pode resumir-se a um fenômeno jurídico<sup>135</sup>.

Os fatos ou fato que delimitam a pretensão e configuram o objeto do processo constituem a causa de pedir. No tocante, a causa de pedir possui como núcleo central, o fato jurídico<sup>136</sup>.

Pode-se ainda dizer que a causa de pedir compreende fatos ou acontecimento da vida que sucedem no tempo e possuem transcendências jurídicas<sup>137</sup>.

A *causa petendi*, ainda pode ser tida como “*uma síntese fática que justifique a pretensão deduzida*”<sup>138</sup>, ou seja, é uma causa que deve justificar o pedido que é direcionado ao tribunal<sup>139</sup>.

O tema é de bastante discussão. Várias teorias explicam a *causa petendi*, não obstante, a doutrina traçar três correntes: a causa de pedir como qualificação jurídica dos fatos, a causa de pedir como o conjunto de fatos naturais, sem qualificação e, a causa de pedir como sendo o acervo dos fatos constitutivos do direito ou dos elementos das diversas previsões normativas<sup>140</sup>.

A causa de pedir a depender da corrente que se segue, individualização ou substanciação, e até a que considera a causa de pedir como conjunto de fatos naturais, será encarada de forma diversa. Para compreender melhor esta temática, evidencia-se as caracterizações das teorias.

A teoria da individualização<sup>141</sup> é a primeira corrente. De origem no direito romano, bastava ao autor indicar o pedido e as causas possíveis de aquisição do direito poderiam ser

---

<sup>133</sup>MOREIRA, Op. Cit., 2010.

<sup>134</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 2, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

<sup>135</sup>MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 140.

<sup>136</sup>TUCCI, Op. Cit., 2001, p. 25.

<sup>137</sup>AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez e la oralidade*. Valencia: tirant lo blanch, 2001, p. 74.

<sup>138</sup>TUCCI, Op. Cit., 2001, p. 25.

<sup>139</sup>MARINONI, Op. Cit., 2011, p. 74.

<sup>140</sup>GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 57-84.

<sup>141</sup>A teoria da individualização encontra pouca doutrina em seu favor, tendo como principal argumento para desconsiderá-la, a relação com o princípio do dispositivo, “*segundo o qual não se permite ao juiz levar em conta, na sua decisão, fatos não alegados pelas partes, cabendo-lhe, na verdade, qualificar livremente os fatos, de sorte que a qualificação jurídica não haverá de integrar a causa de pedir. Ora, se o juiz somente pode considerar os fatos alegados pelas partes e se lhe é possível qualificar livremente os fatos, não é possível defender a aplicação da teoria da individualização, que considera a causa petendi como qualificação jurídica*”

consideradas no processo<sup>142</sup>. Significa que o objeto do processo consiste na identificação da relação jurídica em causa<sup>143</sup>, não importando-se com os fatos, ou seja, com a causa de pedir. Contudo, ao identificar a relação jurídica estará sendo qualificados os fatos em debate<sup>144</sup>.

O autor individualiza a relação jurídica na petição inicial, isto é, especifica a relação jurídica, que é o fundamento da demanda. Desta feita, “*a relação jurídica afirmada pelo autor constitui, enfim, o elemento singular da causa de pedir*”<sup>145</sup>. Para esta corrente importa apenas que o autor afirmasse ser proprietário de x, em face de B, e diante da indicação, o juiz investigaria os possíveis fatos constitutivos do direito do autor<sup>146</sup>. Em resumo, para essa teoria, os fatos são abstratos, apenas se concretizando durante o transcurso do processo.

A doutrina elenca uma segunda corrente<sup>147</sup>, a que considera a causa de pedir o conjunto de fatos naturais, sem qualquer qualificação, adquiridos no processo<sup>148</sup>. Os fatos, sem qualquer repercussão jurídica<sup>149</sup>, é o que importa para esta teoria. Como bem ensina CUNHA, “*as alegações do autor devem relatar os fatos secos, nus e atuais, sem qualquer influência do direito*”<sup>150</sup>. É possível verificar a influência desta teoria no ordenamento processual francês, como alerta Mariana França Gouveia, ao dissertar que no Code de Procédure Civile, a causa de pedir é apenas constituída por fatos sem influência do direito<sup>151</sup>.

A terceira corrente, é a da teoria da substanciação incorporada pelo ordenamento processual lusitano e brasileiro. A teoria da substanciação indica que a demanda deve conter todos os fatos relevantes, diversamente da teoria da individualização, ou seja, deve indicar o fundamento do pedido: a causa de pedir<sup>152</sup>. A causa de pedir é identificada no “*compêndio*

---

*dos fatos apresentada pelo autor em sua petição inicial*”. CUNHA, Op. Cit., 2012, p. 38. Vide: GOUVEIA, 2004, p. 61.

<sup>142</sup> FREITAS, Op. Cit., 2013, p. 66.

<sup>143</sup> CUNHA, Op. Cit., 2012.

<sup>144</sup> GOUVEIA, Op. Cit., 2004, p. 58.

<sup>145</sup> Op. Cit., 2012.

<sup>146</sup> MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 138.

<sup>147</sup> A segunda corrente não é vista nos ordenamentos jurídicos, pois seria ilusório pensar, como ressalta Leonardo da Cunha, que fatos naturais compusesse a causa de pedir. Desta feita, “os fatos narrados perante o juízo ou tribunal são selecionados, qualificados, instrumentalizados para o processo”, sempre juridicamente. CUNHA, Op. Cit., 2012, p. 39.

Nesta esteira, Mariana França Gouveia atenta a situação de que seria impossível falar em fatos naturais em processo civil, pois os fatos são qualificados e instrumentalizados para o processo, ou seja, “*os critérios de seleção, qualificação e unificação dos factos são sempre jurídicos*”. Afinal, os fatos não existem no direito como acontecimento puro. GOUVEIA, Op. Cit., 2004, p. 71.

<sup>148</sup> GOUVEIA, Op. Cit., 2004, p. 61.

<sup>149</sup> GOUVEIA, Op. Cit., 2004, p. 63.

<sup>150</sup> CUNHA, Op. Cit., 2012, p. 37-38.

<sup>151</sup> GOUVEIA, Op. Cit., 2004, p. 64-65.

<sup>152</sup> MENDES, Op. Cit., 1961, p. 139.

*dos fatos constitutivos*<sup>153</sup>”. Logo, a *causa petendi* compreende o fato, e somente os fatos, não perfazendo o fundamento jurídico, como defendido por grande parte doutrina<sup>154</sup>. Ora, porque o próprio nome já indica: *a causa do pedido*, logo, refere-se à fatos, e não fundamento de direito. Nesta teoria, os fatos são concretos situados no tempo e no espaço, não podem ser abstratos, como na teoria da individualização.

A causa de pedir, nessa esteira, é fundamento da pretensão e tida como elemento identificador ou definidor da matéria a ser decidida pelo juiz<sup>155</sup>.

Não obstante existirem diversos conceitos sobre a causa de pedir, defende-se aqui a causa de pedir como composta de fatos e fundamentos jurídicos, sendo os fatos que a compõe, os *essenciais, complementares e concretizadores*<sup>156</sup>.

Considerando a teoria da substanciação, se considerada a composição da causa de pedir restringindo-se aos fatos narrados pelo autor, estar-se-ia diante de um sistema dispositivo. Já no sistema guiado pelo princípio do inquisitivo, todos os fatos pertencentes a demanda poderiam integrar a causa de pedir<sup>157</sup>.

Vigora no ordenamento processual português e brasileiro o sistema do dispositivo, todavia, não o sistema dispositivo puro, àquele que homenageia à disposição privada da parte, com certos realces de poderes do juiz, como se verá no discorrer da defesa.

O art. 282, III, do Código de Processo Civil brasileiro, traz a teoria da substanciação, compondo a causa de pedir os fatos e fundamentos jurídicos<sup>158</sup>.

---

<sup>153</sup> CUNHA, Op. Cit., 2012, p. 38.

<sup>154</sup> Cf., CUNHA, Op. Cit., 2012.

<sup>155</sup> MENDES, Op. Cit., 1961.

<sup>156</sup> A maior parte da doutrina entende de modo diverso. Para Miguel Teixeira de Sousa, a causa de pedir é composta apenas pelos fatos essenciais, não enquadrando neste rol os fatos complementares e instrumentais. SOUSA, Op. Cit., 2013, p. 396. Também, Mariana França Gouveia, colocando que “*não se inserindo na causa de pedir, os fatos complementares ou concretizadores são aqueles cuja falta constitui motivo de inviabilidade, mas que participam de uma causa de pedir complexa e que, por isso, são indispensáveis à procedência da ação*”. GOUVEIA, Op. Cit., 2004, p. 350-363. Para essa doutrina, se considerada a causa de pedir na posição pluralista, e não monista, poderia se falar em fatos complementares e concretizadores como integrantes da causa de pedir, caso contrário, só os fatos essenciais constituem a causa de pedir. GOUVEIA, Mariana França. *O princípio dispositivo e a alegação de fatos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2014, p. 612-613.

<sup>157</sup> CUNHA, Op. Cit., 2012, p. 41.

<sup>158</sup> Há doutrina que aponta o sistema brasileiro como um ordenamento que adota a posição intermediária entre a teoria da individualização e da substanciação, pois existem normas que se assemelham mais a uma teoria e outras parecem com a outra teoria. CUNHA, Op. Cit., 2012, p. 50.

No Código de Processo Civil português a teoria da substanciação é consagrada nos arts. 467, n.º 1, al., *d* e 498, n.º 4. Contudo há doutrina<sup>159</sup> que defenda a exclusão desta teoria, quando da consagração do art. 5º do novo CPC.

Em consonância com a teoria da substanciação, vigente na sistemática processual lusitana e brasileira, a causa de pedir é composta de dois elementos: a causa de pedir remota e causa de pedir próxima.

A causa de pedir próxima consiste nos fundamentos e pedidos, e a causa de pedir remota, corresponde aos fatos, sejam eles principais ou simples (secundários). A causa de pedir próxima é constituída pelo fundamento jurídico do pedido, o que não significa lei ou fundamento legal, e sim, os fatos que justificam o pedido. Tem-se como fundamento jurídico o efeito jurídico pretendido.

A causa de pedir remota compreende o fato constitutivo do direito do autor e o fato do réu contrário ao direito posto pela parte autora. O fato constitutivo do direito do autor é chamado de causa ativa (aspecto ativo), por outro lado, o fato do réu contrário ao direito do autor constitui a causa passiva (aspecto passivo)<sup>160</sup>. Se o autor demanda o pagamento da venda do imóvel (ação de cobrança), a causa de pedir constitui a obrigação do pagamento em determinada data (fato constitutivo do direito do autor), e a causa negativa, corresponde o ato lesivo do não adimplemento do imóvel.

---

<sup>159</sup> A doutrina de Teixeira de Sousa, ao pronunciar que a causa de pedir é constituída pelos “*fatos necessários para individualizar a pretensão material alegada pelo autor*”, defende a teoria da individualização como consagrada no sistema processual português, mas não a teoria pura, e sim, a teoria da individualização aperfeiçoada. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil. Scientia Iuridica*, Tomo LXII, n.º 332, 2013, p. 395-399.

<sup>160</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 17.

## CAPÍTULO II - O PAPEL DAS PARTES E DO JUIZ NA INTRODUÇÃO DOS FATOS NO PROCESSO

SUMÁRIO: 2.1. Responsabilidade das partes pelo material fático; 2.1.1. Ônus da alegação; 2.1.2. Responsabilidade das partes pelo conteúdo das alegações feitas em juízo – Princípio da autorresponsabilidade das partes. 2.2. O papel ativo do juiz na averiguação da matéria de fato; 2.2.1. Fatos alegados pelas partes; 2.2.2. Fatos resultantes de indagação oficiosa do tribunal; 2.2.3. Fatos invocados por terceiros no decurso do processo durante a instrução da causa. 2.3. Poderes de decisão, direção e instrução. 2.4. Imparcialidade, autoritarismo e discricionariedade. 2.5 O diálogo entre as partes e o juiz por meio do princípio do contraditório substancial.

### 2.1. RESPONSABILIDADE DAS PARTES PELO MATERIAL FÁTICO

A tarefa da divisão do trabalho no processo entre juiz e partes, não é fácil. Referida “divisão de trabalho” é um problema que pode e costuma variar no tempo e no espaço, em razão de diversos fatores<sup>161</sup>, e até hoje não se chegou a uma conclusão definitiva<sup>162</sup>.

Pergunta-se: o princípio do dispositivo é limitado no que diz respeito à liberdade das partes em dispor da matéria fática? Sim. Apenas referente a proibição da mentira

---

<sup>161</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Revista de processo, v. 41, 1986, p. 7.

<sup>162</sup> O divisor de águas entre o *civil law* e *common law*, ou processo inquisitorial e processo adversarial, é o que se tira da “divisão de trabalho” entre as partes e o juiz. Acertadamente já dizia Barbosa Moreira, “*jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual ‘quimicamente puro’: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos*”. Desta feita, não existirá um ordenamento processual dispositivo ou inquisitivo, a junção dos dois formará o sistema, ou seja, as tarefas destinadas as partes ou ao juiz é sempre uma intercepção, são conjugadas, e nunca pura. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. In Temas de direito processual civil, 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

Em sentido contrário, ALVARADO VELLOSO, diz ser incompatível o sistema misto, dispositivo e inquisitivo, pois são antagônicos, geram sistemas de processamento incompatíveis na essência. E assim, conclui que “*ao permitir a coexistência incoerente de sistemas antagônicos, descartam per se a vigência do devido processo ao estabelecer, a um sem número de casos, meros procedimentos judiciais aos quais se lhes atribui – indevidamente – a denominação de processos*”. VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo Processual*. In: Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 23-25.

processual, pois fatos alegados em desconformidade com a realidade prejudica a parte contrária e a Justiça, isto é, o interesse público na boa administração da justiça, por isso é proibido. A liberdade não abrange o poder de lesar os outros<sup>163</sup>. Aqui ingressa o princípio da boa-fé processual, dever processual a ser cumprido por todos os sujeitos processuais<sup>164</sup>.

A concepção atual de Estado propõe garantir a liberdade do indivíduo à ação, limitando-o “à defesa e promoção do convívio social<sup>165</sup>”. Isto é, o indivíduo não pode agir ilimitadamente, achando que pela liberdade de dispor de seus direitos (principalmente pelo direito de ação), liberdade confunde-se com “sem limites”, indo de encontro com a liberdade de outro indivíduo e, até, do social.

É assim que de acordo com referida concepção de Estado (social), às partes são responsáveis pelo material fático, contudo, o juiz deve “ajudá-las por parte do Estado a que possam suportar a responsabilidade (§139) e, por outro lado, a impedir o falseamento dos factos a cargo da parte contrária (§138, I)<sup>166</sup>”.

Consoante defesa de JAUERNIG, a responsabilidade pessoal das partes é o princípio essencial do direito vigente, sendo mantido pelo princípio da instrução por iniciativa das partes (princípio do dispositivo, aqui tratado). E acrescenta que não há razão para substituir o princípio da autorresponsabilidade das partes pelo princípio da cooperação, pois para o referido autor, a cooperação renuncia à autorresponsabilização<sup>167</sup>.

Em contrapartida, há apontamento de que a autorresponsabilização é inerente a todos os sujeitos processuais, o que de logo inclui, o juiz<sup>168</sup>. Isto ocorre dentro da visão do princípio da cooperação, ensejando a inclusão do juiz como responsável pelo processo, de igual forma em relação as partes.

Substancialmente, o que interessa nesta parte do trabalho são dois problemas maiores, identificar a quem incumbe a responsabilização pela alegação dos fatos (partes ou

---

<sup>163</sup> JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 147.

<sup>164</sup> Alberto dos Reis propôs que eram dois os deveres das partes, o de probidade e o dever de colaboração. Deste modo, a boa-fé era naquele tempo essencial para o processo, e continua a ser. REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. I, 3ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 1948, p. 366.

<sup>165</sup> *Ibid.*, 2002, p. 148.

<sup>166</sup> JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 148.

<sup>167</sup> *Ibid.*, 2002, p. 148-149.

<sup>168</sup> A doutrina alemã que defende a autorresponsabilidade de todos os sujeitos processuais pelo resultado do processo é de Rudolf Wassermann., trazida por NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2012, p. 125; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 62.

juiz) e quando esses fatos dão entrada no processo – momento da alegação. Ao último problema, será dado uma maior ênfase.

### 2.1.1. ÔNUS DA ALEGAÇÃO

O ônus da alegação é um embaraço, e as partes desembaraçam deste ônus, atuando<sup>169</sup>. O ônus da alegação dos fatos pertencem as partes, desde o liberalismo. Ao juiz não é permitido a indagação de fatos, alocando-se no lugar das partes, pois o poder de disposição sobre o material fático, pertence às partes, através do ônus. Se as partes tem o ônus, o juiz não pode suprir esse ônus<sup>170</sup>.

Todavia, a evolução social do processo tem atenuado à visão do liberalismo. O juiz, desta feita, colabora com as partes e fomenta ao processo fatos não alegados (com as exceções que a legislação processual permite), através do seu poder instrutório.

Decorrente do princípio do dispositivo, o ônus é uma importante ferramenta para compreender o funcionamento da atuação das partes no processo.

Nesse caminho, o poder que as partes possuem de dispor das alegações acarreta, muitas vezes, resultados desvantajosos para as partes como a improcedência dos pedidos. O que era um poder, passa a ser um ônus. Isto é, as partes ao não alegarem os fatos, elas próprias sofreram com tal omissão.

Para a corrente formalista, a intervenção do juiz na esfera da alegação das partes é incompatível com princípio do dispositivo. Ora, se cabe ao autor a alegação do fato constitutivo (causa de pedir), e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, às partes cabem a responsabilização pela falta das alegações.

Dividido em espécies, os fatos no Código de Processo Civil lusitano, com a reforma introduzida em 2013, considera apenas os fatos essenciais como integrantes do ônus da alegação, e como já se é sabido, os fatos essenciais são os que integram a causa de pedir, de forma central. Ora, daqui já se tem um importante ponto para debate: se o fato essencial ocupa uma posição cimeira na causa de pedir, dessa forma, a causa de pedir é um ônus.

---

<sup>169</sup> MACHADO, António Montalvão Machado. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 24.

<sup>170</sup> LOPES, Luiz. *Dos poderes de instrução do juiz em processo cível*. Tomo XVII, *Scientia Iuridica*, 1968, p. 582.

É um ônus porquê? Porque caso a parte autora não alegue implicará inépcia da petição inicial<sup>171</sup>. Está contido no art. 552º, n.º 1, al., *d*, do CPC 2013<sup>172</sup>. Nesta esteira, já se tem a solução do primeiro problema “quem alega os fatos essenciais”? Segundo a lei processual somente a parte autora. E do segundo problema também “quando esses fatos essenciais dão entrada no processo”? Nos articulados iniciais, consoante o digesto processual.

Os fatos *concretizadores, complementares, instrumentais, notórios, de conhecimento oficioso e reveladores do uso anormal do processo*, podem no transcurso do litígio, ingressar ao processo através da atuação do juiz, com o fim de trazer à justa composição do litígio, é isso que diz a lei processual.

Leva-se em linha de conta uma situação muito perigosa. Apesar de não haver obrigatoriedade na alegação dos fatos complementares, concretizadores e instrumentais, será que não recairia um ônus? Parece acertado neste momento referir-se sobre o princípio da autorresponsabilidade.

Veja-se um exemplo: a parte autora ingressa com uma ação de despejo, com intuito de obter a moradia para uso próprio, alegando que está há mais de um ano sem residência própria. Logo, tem-se que o fato essencial é a ausência de moradia por mais de um ano. Contudo, o fato de ter sido transferida do local do trabalho, fato esse complementar, mas fundamental para a procedência da ação, pois justifica a razão da necessidade da residência para uso próprio, não foi alegado em momento algum e nem surgiu durante a instrução da causa. Por isso, é provável que a ação não seja julgada procedente. Pergunta-se: de quem é a responsabilidade pela ausência deste fato importante no processo? É o autor ou o juiz? É lógico que seria ônus do autor. Somente poderia dizer que recairia a “responsabilidade” para o juiz, se tal fato complementar tivesse surgido durante a instrução da causa e o juiz não tivesse o considerado. Mas há autorresponsabilidade do juiz? A resposta para essa pergunta tentará ser respondida a seguir, ao pronunciar-se sobre o princípio da autorresponsabilidade.

Volta-se a problemática: é possível falar em ônus da alegação quanto ao fato complementar (e aí, inclui-se os fatos concretizadores e instrumentais)? Parece que sim,

---

<sup>171</sup>Se o autor não concretiza os fatos, isto é, não evidencia os fatos essenciais, a petição inicial já é inepta. Nessas situações, há uma posição recente que o juiz pode chamar as partes para completarem, mas isso não acontece no Brasil e em Portugal. Na Alemanha isso é permitido. MESQUITA, Miguel. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 23 de nov. de 2012.

<sup>172</sup>Ao réu também é determinado pela nova lei processual portuguesa a alegação apenas dos fatos essenciais, consoante preconizado no art. 574º, n.º1, do CPC.

afinal, não alegando tais fatos no momento oportuno, e não tendo surgido durante a instrução da causa, recairá sobre o autor um prejuízo: o da provável improcedência da ação<sup>173</sup>. É como se dissesse que funciona o princípio do dispositivo de maneira ligeira, tardiamente<sup>174</sup>.

Com isso defende-se que o ônus da alegação vai além do preceituado no n.º 1 do art. 5º, do CPC, ao determinar apenas os fatos essenciais como objeto de alegação nos articulados. E mais, em momentos “justificantes”, até mesmo os fatos essenciais sofrem uma mitigação do que se refere ao ônus da alegação<sup>175</sup>.

Não se está aqui a negar o ônus da alegação dos fatos essenciais até porque, sem a alegação de tais fatos nos articulados, a ação ou exceção não seria viável. E no que se refere aos fatos complementares e concretizadores, a ausência da alegação, também<sup>176</sup>, pode ensejar a improcedência da ação ou procedência da exceção. No entanto, os fatos complementares e concretizadores se alegados nos articulados, podem ser corrigidos ou complementados no momento da instrução da causa, isto é, não há preclusão para estes fatos após os articulados.

Os fatos instrumentais, por outro lado, não são alegados no momento dos articulados, e sim no momento de indicação dos meios de prova, ou seja, não estão incluídos

---

<sup>173</sup> Referida situação também se aplica ao réu, apenas está a discutir o exemplo esposado que tem o autor como sujeito imbuído do ônus da alegação dos fatos constitutivos do seu direito.

<sup>174</sup> O termo “tardiamente” foi utilizado pela doutrina de Miguel Mesquita e segue-se este posicionamento. Referindo-se a questão aqui defendida, veja-se a seguinte situação. A limitação do poder inquisitório do juiz nos fatos instrumentais esbarra na temporalidade. Prescreve o art. 5º, n.º 2, al., a, que será considerado pelo juiz “*os fatos instrumentais que resultem da instrução da causa*”. Se não forem resultados da instrução da causa, não podem ser considerados, de ofício, pelo juiz.

Os fatos instrumentais apenas podem ser considerados pelo juiz, oficiosamente, se resultantes da instrução da causa, e os que não procederem deste momento processual, como ficarão no processo? Poderão ser considerados na sentença?

Tem-se que os fatos instrumentais é uma das exceções ao princípio do dispositivo, pois não dependem da alegação das partes para ser acatados pelo juiz no processo. Dessa maneira, verifica-se que a responsabilidade das partes não existe apenas quanto ao lapso temporal da instrução da causa. E fora desse tempo, não havia responsabilidade das partes? Se os fatos instrumentais fossem essenciais para o processo, e as partes não o alegaram, recairia sob elas à autorresponsabilidade.

Ainda, se o juiz não dispõe de poderes para ir além desta fase processual, porque considerar este fato como uma exceção ao princípio do dispositivo? Entende-se que poderia ser uma fuga a referido princípio, se as partes não fossem responsáveis em momento algum pela ausência da alegação. No entanto elas serão responsáveis, é a responsabilidade pela não prolação de uma sentença omissa de eficiência, por defeito da “justa composição do litígio”.

<sup>175</sup> Como se verá a seguir, em que os fatos essenciais mesmo não tendo sido alegados pelas partes, no momento oportuno, sofrendo preclusão, “devem” ser considerados para a justa composição da lide e eficiência da justiça cível.

<sup>176</sup> Utiliza-se o termo “também”, para expressar que não necessariamente a ausência da alegação dos fatos complementares e concretizadores nos articulados ensejarão a procedência ou improcedência, afinal, tais fatos podem surgir e serem aproveitados quando da instrução da causa, sem as partes terem alegado.

como fatos a serem alegados nos articulados, mas se assim, o forem, podem ser alterados quando do momento do elenco dos meios de prova<sup>177</sup>.

Desta feita, respondendo o primeiro problema quanto aos fatos secundários, “quem alega os fatos”? Os fatos complementares e concretizadores podem ser alegados pelas partes e pelas testemunhas e peritos. Mas “em que momento”? A resposta ao segundo problema é no momento dos articulados iniciais e na instrução da causa.

Os fatos instrumentais tem um regime diferenciado. O legislador não quer que as partes os aleguem no momento inicial do processo, para não carregar os articulados<sup>178</sup>. Logo, os fatos instrumentais são alegados pelas testemunhas, peritos e partes<sup>179</sup>. Está a resposta da primeira indagação. Agora, qual o momento da alegação? Na instrução da causa, e também nos articulados como vem entendendo a jurisprudência<sup>180</sup>.

Substancialmente, as partes tem a livre disponibilidade de demandar e contradizer, fazem se desejarem, são libertas para isso, mas o poder transforma-se em ônus quando são elas responsabilizadas pela sua omissão.

No sistema lusitano, o ônus da alegação está previsto nos arts. 467, n.º. 1, al., *d*, e 493, n.º. 3, do CPC.

É curioso apontar que a doutrina alemã atenta para a circunstância de estar presente dentro do ônus da alegação, o dever da verdade. Se as partes são livres para alegar os fatos

---

<sup>177</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 77.

<sup>178</sup> Se o advogado não alegar apenas os fatos essenciais, poderá ser aplicada uma multa para as partes, denominada de taxa sancionatória excepcional, prevista no art. 531º, do CPC de 2013. MESQUITA, Miguel. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 09 de nov. de 2012.

<sup>179</sup> Com a nova dicção após a reforma de 2013, os fatos instrumentais podem ser alegados pelas partes através da nova modalidade de prova por declaração de parte, conforme previsão no art. 466º. Apenas nessa situação as partes podem alegar tais fatos, nunca no momento dos articulados iniciais, porque assim quis o legislador.

<sup>180</sup> Vide acórdão da Relação de Coimbra, n.º. 2611/12.2T2AVR.C1, julgamento em: 12/03/3013; e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º. 362333/10.7YIPRT.L1.S1, julgamento em: 24/04/2013.

que julgarem convenientes para representar à demanda, tal liberdade (o ônus da alegação) esbarra no dever de verdade<sup>181</sup>. Trata-se de um dever, e não de um ônus<sup>182</sup>.

A infração ao dever de verdade, por sua vez, não implica em penalidades específicas, mas na maior penalidade, aquela que resultará na decisão final, em que o juiz analisará os fatos e decidirá ciente da não veracidade dos fatos. Na sistemática brasileira e portuguesa verifica-se a penalidade por apresentação de matéria fática não verdadeira, ou seja, quando as partes alegam fatos falsos<sup>183</sup>.

## 2.1.2 RESPONSABILIDADE DAS PARTES PELO CONTEÚDO DAS ALEGAÇÕES FEITAS EM JUÍZO – PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE

O processo é uma série de atos dirigidos a um fim - “*a decisão judicial que resolve o conflito entre as partes*”<sup>184</sup>. Por isso deve obedecer a formas e requisitos adequados a esse escopo. A anarquia ocorre quando o processo não possui regras, o que enseja à indisciplina das partes, criando, por sua vez, insegurança.

---

<sup>181</sup> Dever de verdade na conduta das partes diz respeito ao conteúdo das alegações feitas em juízo e à forma por que atuam no processo. É na primeira percepção que verifica-se o dever de verdade, ou seja, deve a parte sempre declarar a verdade, e se deixar de declarar, deixou porque achava não ser verdade. O dever de veracidade acede ao dever de completude, na lição de Barbosa Moreira, assim, o dever de completude é o dever da parte declarar toda a verdade, ou seja, abster de omitir fatos relevantes por entender que tal declaração vai favorecer a outra parte. No segundo aspecto da conduta das partes, encontra-se as “regras do jogo”, sendo traduzido como “*respeito aos direitos processuais da parte contrária e a abstenção de embaraçar, perturbar ou frustrar a atividade do órgão judicial, ordenada à apuração da verdade e à realização concreta da justiça*”. Não obstante, importa atentar para o fato do dever de verdade variar nos variados ordenamentos processuais pelo mundo, se mais tendencioso eticamente ou juridicamente. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Responsabilidade das partes por dano processual*. Revista de Processo, ano III, n.º 10, abr./jun. de 1978, p. 16.

<sup>182</sup> JAUERNIG, Op. Cit., 2002, p. 151.

<sup>183</sup> Em Portugal a responsabilidade por litigância de má-fé estava prevista no art. 456º do CPC/95, e atualmente está previsto no art. 542º até o art. 545º, sem qualquer alteração.

No digesto processual brasileiro a previsão da litigância de má-fé está contida no art. 17 e 18. Paula Costa e Silva e Miguel Mesquita entendem que o art. 18 do CPC brasileiro, possui caráter punitivo, ao possibilitar às partes indenização pelo prejuízos sofridos em decorrência da litigância de má-fé no limite de 20% sob o valor da causa, consoante § 2º, do referido artigo. Justifica esta defesa na circunstância da limitação em 20% sob o valor da causa e não sob o valor do dano, logo, não caracteriza-se como função indenizatória. COSTA e SILVA, Paula. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 315; MESQUITA, Miguel. *Princípio da boa-fé processual*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 04 abr. de 2013.

Em posição contrária, Rui Stoco, entende ter o artigo 18 uma função indenizatória quando se refere aos danos, mas punitiva quanto aos demais institutos, pois defende que não existe a limitação para a indenização no patamar limite de 20% sob o valor da causa, uma vez que pode a parte, em ação autônoma, pleitear o valor que achar devido a título de indenização, excedendo o percentual mencionado, e por consequência, independentemente do valor da causa. STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 97-100.

<sup>184</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/11/2002 (Afonso de Melo). Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Neste cenário de “processo sem regras” a obtenção da decisão em tempo razoável e útil, garantia constitucional prevista no art. 20º, n.º 4 da CRP, fica prejudicada

Surge desse modo o princípio da autorresponsabilidade das partes. Às partes “*sofrem as consequências jurídicas prejudiciais da sua negligência ou inépcia na condução do processo, que fazem a seu próprio risco*”<sup>185</sup>. Significa dizer que o juiz por ser limitado e estar vinculado com os fatos as partes alegam, caso elas não tragam para o processo os fatos, são elas responsáveis pelo conteúdo da decisão<sup>186</sup>.

O princípio da autorresponsabilidade (*Prinzip der Parteiherrschaft*, dizem os alemães) é e sempre será a trave-mestra do processo civil. A autorresponsabilidade é a responsabilidade das partes para consigo mesmo, diversa da responsabilidade civil, que é uma responsabilidade para com terceiros<sup>187</sup>.

O princípio do dispositivo, na vertente do princípio da controvérsia, preconiza a responsabilidade das partes com o material fático do processo.

CASTRO MENDES enfatiza que a expressão autorresponsabilidade das partes é incorreta, por duas grandes razões. A autorresponsabilidade poderia implicar na responsabilidade para consigo mesmo, o que constituiria o primeiro motivo. Como segunda razão seria a situação da autorresponsabilidade implicar na responsabilidade sem ato ilícito, ou seja, sem violação a direitos de outrem. Dessas duas razões, referida doutrina conclui ser imprecisa a nomenclatura de autorresponsabilidade<sup>188</sup>.

A autorresponsabilidade está ligada ao ônus, isto é, cada parte é responsável por apresentar ou não, o material fático no processo, a sua omissão, e até a sua ação, pode resultar em prejuízos processuais.

Do art. 552º, n.º. 1, alínea *d*, determina que a parte autora tem o ônus de “*expor os factos essenciais que constituem a causa de pedir e as razões de direito que servem de*

---

<sup>185</sup> Cumpre atentar para a circunstância da negligência do mandatário judicial ser imputada à parte A doutrina e jurisprudência possibilitam as partes prejudicadas pela omissão dos atos dos seus mandatários, à responsabilização destes pela perda da chance. É a teoria da perda da chance. Conceitua-se como a interrupção de um processo aleatório que poderia resultar na perda para a vítima e conseqüente indenização, ou seja, o que se vai indenizar é a chance perdida e não o dano causado. Caracteriza-se, nessa esteira, na situação da vítima estar em um processo aleatório, ou seja, que não se saiba se haverá alcance (êxito), pois caso saiba, não caracteriza-se como perda da chance. Possui como requisito a seriedade e realidade da chance, afinal, não será qualquer chance objeto de indenização, exemplo seria um sujeito que está caminhando para a loteria e foi atropelado, isso não seria seriedade e realidade da chance. No Brasil, essa teoria é aplicada para responsabilizar os advogados, quando deixa de propor uma ação, não interpõe o recurso devido, perde os autos processuais, perde o prazo, etc.

<sup>186</sup> MENDES, Op. Cit., 1961, p. 162.

<sup>187</sup> FREITAS, Op. Cit., 2013, p. 181.

<sup>188</sup> MENDES, Op. Cit., 1961, p. 162-163.

*fundamento à acção*”. Atrelado a esta determinação legal, encontra-se o art. 5º, nº. 1, que determina à parte autora a apresentação dos fatos essenciais que constituem causa de pedir. É um dever que o autor possui? A resposta é negativa, pois, na verdade, fala-se em ônus. Ônus, porque, como já foi dito, caso a parte autora não apresente os fatos essenciais, é decretada a inépcia da petição inicial.

Da mesma forma, o art. 572º, alínea *c*, em conjunto com o art. 5º, nº. 1, determinam que ao réu é atribuído o ônus de expor os fatos essenciais em que se baseiam as exceções deduzidas, de forma específica. Se não expor, terá que aguentar a omissão, pois trata-se de um ônus. E a reforma de 2013 trouxe a circunstância que os fatos precisam ser especificados, senão, “*os respectivos fatos não se considerarão admitidos por acordo por falta de impugnação*”<sup>189</sup>.

## 2.2. O PAPEL ATIVO DO JUIZ NA AVERIGUAÇÃO DA MATÉRIA DE FATO

Da saída do modelo privatístico do processo e ingresso no campo publicístico, o juiz ganha um papel antes negado pela concepção individual-liberal. O processo que era coisa das partes, passa a ser o processo das partes e do juiz.

Relativo à exposição dos fatos pelas partes, ao tribunal era vedado à intromissão, sendo-lhe permitido assistir o desenrolar da exposição fática, colhendo, a posterior, os fatos mais importantes para o deslinde do processo<sup>190</sup>. Agora, a lei processual tem concedido amplos poderes ao juiz, para que oficiosamente busque os fatos, é dentro dessa sistemática a investigação que se dedica.

Os limites dos movimentos do juiz no processo é o alvo de debate neste segundo momento do trabalho. O grande problema é delimitar até onde vai o poder e dever do juiz, para não comprometer a imparcialidade, e principalmente o princípio do dispositivo.

---

<sup>189</sup> CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao Estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 69.

<sup>190</sup> MACHADO, António Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada, Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 42.

Seja no sentido formal ou material, o princípio do dispositivo representa o limite formal aos poderes do tribunal, “*na verdade a maior barreira formal à sua atividade*”<sup>191</sup>. No Brasil, com mais acento, e em Portugal, menos evidente, a ativação do juiz continua a depender das partes. Todavia, a doutrina processual moderna condena o juiz como “*suserano imposto à vassalagem das partes*”<sup>192</sup>.

Dentro desta intenção, cumpre agrupar em três grandes categorias o modo de chegada dos fatos ao conhecimento do juiz, e a partir disso, analisar a atuação do juiz diante desses fatos. São eles, os fatos alegados pelas partes, os fatos resultantes da indagação oficiosa do juiz e os fatos invocados por terceiros no decurso do processo, mais especificadamente, durante a fase de instrução e discussão da causa<sup>193</sup>.

### 2.2.1. FATOS ALEGADOS PELAS PARTES

O princípio do inquisitório tem um efeito sob o princípio da autorresponsabilidade das partes. A negligência das partes de não alegar os fatos importantes para a resolução da causa não permite que o juiz supra essa falta, a própria lei processual proíbe.

O juiz apenas pode conhecer dos fatos alegados pelas partes, na dicção da lei processual portuguesa, “*os fatos que lhe é lícito conhecer*” (art. 411º). Dessa forma, suspeitando juiz de algum fato essencial, não pode considerar tal fato, a legislação processual o proíbe.

Na sistemática processual brasileira, “*o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta*” (art. 128). Isto quer dizer que ao juiz só é permitido conhecer dos fatos nos limites do proposto pelas partes.

É sabido que a causa de pedir é o elemento identificação da matéria a decidir, portanto, não pode o juiz *ex officio* considerar outras causas de pedir, “*substancialmente diferentes da indicada*”<sup>194</sup>. Desta feita, se o juiz não pode considerar causa de pedir diferente,

---

<sup>191</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*, p. 22-23. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

<sup>192</sup> 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 de Processo, ano X, v. 37, 1985, p. 148.

<sup>193</sup> Essa proposta de agrupamento bastante ampla, mas servirá para sistematizar a intenção do estudo sobre a atuação do juiz nos fatos no processo, e as consequências disso. Tal proposta de organização, foi esquematizada por CASANOVA. Cf. CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 110.

<sup>194</sup> MENDES, Op. Cit., 1961, p. 139.

na sua substância, da indicada pela parte autora, pode considerar causa de pedir nova com identidade à existente no processo. Afinal, se não houver mudança substancial da causa de pedir, porque não considerar uma nova causa de pedir, tão importante para o processo? Isso é a defesa do presente trabalho.

Todavia, com a evolução do direito processual civil, o princípio da autorresponsabilidade das partes e, por consequência, o princípio do dispositivo vêm sendo atenuados, tornando o juiz cada vez mais interventor, no que diz respeito à superação dos déficits da atividade processual das partes (ônus da alegação)<sup>195</sup>.

No Brasil a atenuação do princípio do dispositivo não sofreu tantas mitigações como vem ocorrendo com no Código de Processo Civil português, de maneira destrinchada. Outrossim, é possível retirar dos princípios gerais a força dos poderes do juiz frente à o ônus da alegação das partes.

Os fatos obrigatórios a serem alegados pelas partes, são os essenciais. Os complementares, concretizadores e instrumentais, podem ser alegados pelas partes ou por terceiros<sup>196</sup>.

Tem-se nessa seara que os fatos alegados pelas partes a que o juiz deve conhecer são os essenciais, complementares e concretizadores. Os fatos instrumentais não podem ser alegados pelas partes na petição inicial, consoante preconiza o art. 552º, n.º 1, d), do CPC.

O problema dentro nessa seara de “fatos alegados pelas partes” é de saber se o juiz pode de ofício conhecer de fatos de competência das partes. Coloca-se como exemplo a situação de numa ação em que se discute o excesso de velocidade do condutor, chegou ao processo o fato de existir na estrada um sinal de stop, e que não foi respeitado pelo condutor, mas tal fato não surgiu ao processo através da alegação das partes.

O tribunal não pode considerar fatos novos “*de que haja tido conhecimento através de indagação oficiosa ou através do depoimento de terceiros designadamente durante as*

---

<sup>195</sup> É assim, que “*a própria jurisprudência foi caminhando no mesmo sentido, designadamente ao nível da segunda instância, onde a solução de evitar essa responsabilização das partes - por vezes sob a boa intenção de salvar a parte de uma intervenção menos feliz do seu mandatário – redundava frequentemente na anulação de decisões da primeira instância, de forma a que venha a ser suprido, por vezes além do razoável, aquilo que uma das partes deixou por alegar, por requerer, por demonstrar*”. MOREIRA, Rui. *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova reforma do processo civil*. Colóquio no Tribunal da Relação do Porto, Porto, 2013, p. 5-6. Disponível em: <[http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquiocpc\\_ruimoreira\\_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugues.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquiocpc_ruimoreira_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugues.pdf)>. Acesso em: 20 de julho de 2014.

<sup>196</sup> Terceiros entendido como testemunhas e perito.

*fases de instrução e julgamento*<sup>197</sup>”. Mas tal proibição legal atinge a todas as espécies de fatos? A resposta é negativa, e será fundamentada nas próximas linhas.

### 2.2.2. FATOS RESULTANTES DE INDAGAÇÃO OFICIOSA DO TRIBUNAL

É preciso antes de tudo entender o que são “fatos resultantes de indagação oficiosa do tribunal”. O juiz através do poder de ofício traz ao processo os fatos de que lhe é lícito conhecer.

O juiz tem o poder de realizar inspeções judiciais, tomar declarações dos sujeitos impossibilitados de prestarem depoimento por testemunha, requisitar informações e pareceres, documentos, determinar testemunhas<sup>198</sup>. Isso tudo compreende a oficiosidade dos poderes do tribunal, na matéria probatória. A grande dificuldade é estabelecer o papel do juiz na matéria fática.

Os fatos essenciais são os únicos que não podem ser indagados pelo juiz oficiosamente, todos os outros, instrumentais, complementares e concretizadores pode ser conhecido de ofício pelo tribunal, desde que tenham surgido da instrução da causa. Além dos demais fatos secundários: notórios, funcionais e do uso anormal do processo. Essa é a regra geral preconizada na lei processual brasileira e portuguesa. Todavia, defenderá à frente a possibilidade da atenuação desta regra.

Antunes Varela assim pronuncia: “*dentro da área delimitada pelas alegações das partes, vigora assim o princípio fundamental correspondente ao sistema inquisitório*<sup>199</sup>”.

Frisa-se que “*nem sempre a oficiosidade é sinônimo de celeridade; há casos em que a oficiosidade deve ceder quando a eficiência justificadamente se atinge por via da preclusão ou por meio do apelo à iniciativa das partes*<sup>200</sup>”. Não obstante, o tribunal, através da atuação oficiosa, corrige os erros processuais, logo que os verificar, aproveitando todos os atos processuais, e ainda, pode praticar atos processuais, sem ter que chamar as partes a impulsionarem àquela situação.

---

<sup>197</sup>CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 114.

<sup>198</sup>Ibid., 1991, p. 111.

<sup>199</sup> VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, e Sampaio. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição. Revista e Atualizada de acordo com o Dec-Lei 242/85. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 474.

<sup>200</sup> CASANOVA, J. F. Salazar. *Celeridade e eficácia no processo civil*. Lisboa: Sfn editores, 2001, p. 67.

Veja-se, em primeiro, o ordenamento brasileiro. Na sistemática processual brasileira, cumpre observar dois dispositivos de lei, para que seja compreendido a oficiosidade do juiz no mundo dos fatos. O artigo 131 do CPC preceitua: “*O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento*”. Isso resulta na situação do juiz poder conhecer de ofício sobre fatos não alegado pelas partes. Nesse caso, o juiz poderá levar em consideração os fatos simples (secundários), ainda que não alegados pelas partes<sup>201</sup>.

Passa-se ao segundo dispositivo de lei, art. 462 do CPC: “*Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença*”. Significa que o juiz deve considerar os fatos, mesmo que não alegados pelas partes, na sua decisão, desde que influa no julgamento.

Tomando os dois artigos para análise, é possível dizer que o juiz pode conhecer de ofício fatos que as partes não alegaram? Esse poder recai sobre todas as espécies de fatos? Os fatos que o juiz não podem conhecer de ofício são os essenciais, ou seja, os fatos relacionados com a causa de pedir, todos os outros fatos, podem ser considerados pelo juiz.

Disto, pode-se afirmar que, “*o Magistrado não pode agregar causa de pedir nova ao processo, em respeito ao princípio da demanda (art. 128 e art. 460 do CPC), pelo princípio da congruência entre a decisão e a provocação*”<sup>202</sup>.

Na dicção de PONTES DE MIRANDA, “*fatos e circunstâncias constantes dos autos*”, consoante o art. 131, é de ser entendido como fatos e circunstâncias atinentes ao pedido<sup>203</sup>. Em sentido idêntico, MARINONI e MITIDIEIRO identificam que o órgão julgador não está autorizado a conhecer de fatos essenciais não alegados pelas partes, visto que, estaria sendo violado os arts. 2º e 128, do CPC<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 86.

<sup>202</sup> DIDIER JR., Fredie.. *Princípio do contraditório: aspectos práticos*. Revista de direito processual civil, ano 8, nº. 29, jul./set., Curitiba: Genesis, 2003, p. 508. E continua o doutrinador, enfatizando que “*a causa de pedir e as exceções substanciais são fatos que o juiz não pode conhecer de ofício. Todos os outros fatos podem ser examinados de ofício*”.

<sup>203</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 408.

<sup>204</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 5ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 178.

Analisando a sistemática processual portuguesa, os fatos notórios, os fatos de que o tribunal tem conhecimento em virtude do seu exercício funcional e os fatos resultantes do uso anormal do processo, pelas partes, devem ser considerados de ofício pelo juiz, na dicção do art. 5º, n.º 2, c).

No campo dos fatos resultantes da indagação oficiosa do juiz, verifica-se o dever do juiz tomar conhecimento dos fatos instrumentais. Os fatos complementares e concretizadores devem ser considerados de ofício pelo juiz, desde que surjam no momento da instrução da causa. Significa dizer, que a oficiosidade do juiz sofre limitação temporal, não ocorrendo no caso dos fatos instrumentais. Os fatos essenciais, por sua vez, não podem ser resultado de indagação oficiosa do tribunal.

Conclui-se que o papel ativo do juiz nos fatos resultantes da indagação oficiosa esbarra nos fatos essenciais, de forma absoluta, e nos fatos complementares e concretizadores de forma relativa. E não possui limitação quanto aos demais fatos secundários.

### 2.2.3. FATOS INVOCADOS POR TERCEIROS DURANTE A INSTRUÇÃO DA CAUSA

No tempo processual da instrução e discussão da causa, terceiros podem invocar fatos novos indispensáveis para a resolução da causa. O papel do juiz nessa situação não deve ser de passividade em relação a todas as espécies de fatos. A lei processual permite a intromissão do juiz ativamente, mas será possível apenas nos fatos elencados pela lei? Está é sem dúvida a grande pergunta deste trabalho.

Dessa maneira, entra-se na problemática de saber se a testemunha ao evidenciar um fato essencial, pode o juiz considerar tal fato. A testemunha é um terceiro, e traz o fato para o processo após a estabilização da demanda, mais precisamente na instrução e discussão da causa. Mas pode trazer um fato instrumental, concretizador e complementar, o que é mais comum, contudo, pode evidenciar um fato essencial. Como se portará o juiz nessa situação? A lei processual impede o aproveitamento do fato essencial pelo juiz, todavia, não seria razoável, com supedâneo nos princípios processuais e flexibilização da própria lei, o aproveitamento deste fato? A resposta será analisada no decorrer do presente trabalho.

Os fatos instrumentais, complementares e concretizadores, trazidos ao processo por terceiros no momento processual da instrução e discussão da causa, devem ser considerados

pelo juiz. É de observar que “devem”, afinal, é dever do juiz garantir a justa composição do litígio.

Em termos gerais, o papel ativo do juiz nos fatos invocados por terceiros no decurso da instrução da causa, limita-se tão somente aos fatos essenciais. Entretanto, há de fato essa limitação?

### 2.3. PODERES DE DECISÃO, DIREÇÃO E INSTRUÇÃO

O juiz como “boca da lei”, característico da fase liberalista-individualista, preponderante durante o século XIX e primórdio do século XX, “*que via no princípio da estrita legalidade o instrumento de realização da então propalada igualdade formal existente entre as pessoas*<sup>205</sup>”. Na visão liberal, a limitação aos poderes do juiz era um mecanismo de proteção aos cidadãos contra o autoritarismo, evitando arbitrariedades por parte do julgador.

O novo paradigma de processo, o da cooperação, substituiu a concepção liberal, sendo permitido ao juiz a valoração das normas e adequação ao caso concreto. Longe de ser o juiz, atualmente, ditador ou “boca da lei”, o juiz deixa de figurar como mero expectador, “*atua em busca da justiça com amplo poder de valoração e de integração da lei, mas limitado por parâmetros estabelecidos no próprio ordenamento jurídico*<sup>206</sup>”. Significa dizer que hoje, tem-se um juiz no intermédio de expectador e ditador, ou seja, tem o poder de valorar as normas a serem aplicadas no caso concreto, mas limitado pelos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

A função primordial dos juízes é garantir a justa composição do litígio, e devem fazer segundo à imparcialidade. Para atingir o fim do processo, o juiz deve criar e valorar as normas na hora da sua aplicação ao caso concreto, não restringindo-se à aplicação dos métodos de integração da norma à situação<sup>207</sup>. Além desta tarefa, ao órgão julgador é

---

<sup>205</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36.

<sup>206</sup> Op. Cit., 2008, p. 39.

<sup>207</sup> Importante destacar dentro dessa seara a situação da interpretação de uma norma dentro de toda sistemática. A norma deve ser considerada em conjunto com o sistema, e não isoladamente. Significa dizer sobre a importância da sistemática, em que deve dar característica a norma. SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 58.

Com efeito, ao considerar o novo processo civil brasileiro, e por consequência, a introdução dos princípios basilares do processo moderno (gestão material, cooperação-contraditório, igualdade substancial) através dos

determinado a condução de um processo adequado, isso quer dizer, deve o juiz proporcionar aos jurisdicionados “*um mecanismo ou instrumento idôneo à sua proteção, mesmo diante de lacuna no ordenamento jurídico processual*”<sup>208</sup>.

No Estado Democrático de Direito, exige-se do juiz a direção ativa do processo, incumbindo-lhe à tarefa de garantir o processo justo aos litigantes<sup>209</sup>.

Os poderes do tribunal apresentam-se em duas vertentes, o de trazer uma solução para o litígio o de conduzir o processo, adequando-o de maneira a atingir sua finalidade, isto é, a justa composição.

É sabido que o princípio do dispositivo é o maior limitador dos poderes do juiz, contudo, em nome de uma “pretensa” verdade material e da economia processual, a legislação prevê a permissão para o abrandamento do princípio do dispositivo<sup>210</sup>, o que permite que o autor seja convidado para complementar a petição inicial. Mas será apenas a lei responsável pelo abrandamento do princípio do dispositivo, ou poderá o juiz, imbuído nos poderes que a própria lei o concede, responsabilizar-se por tal abrandamento em nome da justa composição do litígio?

É preciso, antes de tudo, atentar para a situação de que ao ampliar os poderes do órgão judicial não necessariamente se estará amesquinhando o papel das partes, muito menos, eliminando ou reduzindo, às “*garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre ela pesa*”<sup>211</sup>. Isto quer dizer que as partes não deixam de ser responsáveis pelo material fático, e transfere tal responsabilidade ao juiz, visto que, a ele foi confiado vários poderes. Às partes ficam resguardados as garantias, mas também responsabilidades.

Volta-se a primeira indagação e responde-se que o juiz é também responsável pela atenuação do princípio do dispositivo através dos poderes que a lei o outorga<sup>212</sup>. E mais, o

---

arts. 6º, 8º, 9º e 10 do PNCPC, por exemplo, como representativos de um novo paradigma processual, deve-se interpretar os demais artigos contidos no PNCPC nessa perspectiva, senão o que adiantaria ter uma codificação, uma sistemática? De nada adiantaria.

<sup>208</sup> Op. Cit., 2008, p. 31.

<sup>209</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 169.

<sup>210</sup> MACHADO, António Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Editora Almedina, Coimbra, 2001, p. 44.

<sup>211</sup> 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 de Processo, ano X, v. 37, 1985, p. 147.

<sup>212</sup> No tocante, “*sensíveis ao fato de que o processo somente cumprirá sua função social se houver coincidência entre a ordem jurídica estabelecida e seu resultado, de afastar ou atenuar algumas consequências do chamado ‘princípio dispositivo’*”, ao juiz é atribuído o dever de trazer ao processo à função social, através

juiz é responsável pelo desenvolvimento do litígio em razão dos deveres impostos nas normas, em outras palavras, no caso de omissão das partes, caberá ao juiz suprir a omissão da partes em razão de ser sua obrigação à realização do fim justo do processo.

No Código de Processo Civil brasileiro, os poderes do juiz estão elencados de maneira genérica por toda a legislação processual, tendo sido destinado um espaço específico nos arts. 125 a 133 do Código de Processo Civil.

A doutrina italiana de MIRANDA PIZZOL preocupou-se em analisar os poderes do juiz no direito processual brasileiro, enquadrando-os em dez linhas gerais. Seria a direção do processo (arts. 125, 445, 446 do CPC); designação de audiência de conciliação em qualquer altura do processo (art. 125, IV, do CPC); designação de audiência preliminar para conciliar as partes<sup>213</sup>, para sanar as irregularidades processuais, fixar os pontos controvertidos e delimitação das provas a serem produzidas; deferimento de provas requisitadas pelas partes; designação de audiência de instrução; decidir sobre questões de ordem pública, como as relativas as condições da ação e pressupostos processuais; decidir sobre as demais exceções processuais ou de mérito; concessão de medida cautelar (arts. 798 e 799 do CPC); concessão de tutela antecipada a pedido da parte (arts. 273, 461, 461-A do CPC); imposição de multa ou outra medida de coerção ou de sub-rogação, nas decisões, sentenças e nas execuções (arts. 273, §3º, 461, §3º, 461-A, 644, 645 do CPC).<sup>214</sup>

Parte-se para o tratamento específico dos poderes. Os poderes são divididos, na doutrina<sup>215</sup> seguida neste trabalho, em poder-fim e poderes-meios. O primeiro corresponde ao poder decisório, e os segundos, englobam os poderes de direção, instrução e coerção<sup>216</sup>.

---

dos seus poderes de adequar a norma ao caso concreto. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 141.

<sup>213</sup> Em tratando de hipótese de direito indisponível ou se o juiz perceber que não trata de matéria possível de conciliação, pelas características dos fatos narrados no processo (as circunstâncias da causa evidenciarem), a audiência preliminar não é obrigatória, consoante art. 331, §3º, do CPC.

<sup>214</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. *I poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano*. In: LANFRANCHI, Lucio; CARRATA, Antonio. (Org.). *Davanti al giudice: studi sul processo societario*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 594 *apud* SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 40-41. Não obstante, faltou a este resumo, dos poderes do juiz no Brasil, a menção ao art. 18, o qual determina que o tribunal deverá condenar o litigante de má-fé ao pagamento de multa.

<sup>215</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*. In: Temas de direito processual, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55 e ss.

<sup>216</sup> Os poderes de coerção não serão objeto mediato no trabalho aqui desenvolvido. Não obstante, cumpre caracterizá-lo. Os poderes de coerção são “àqueles cujo exercício visa a obter compulsoriamente a prática ou a abstenção de determinados atos”. MOREIRA, Op. Cit., 2004, p. 62. Significa dizer que é o poder inerente à investidura de magistrado. Tem-se como exemplos no ordenamento processual brasileiro, os arts. 645, 461-A, § 3º, 621, parágrafo único, 644.

Alberto dos Reis indicava em 1948 como sendo os poderes do juiz, o de instrução, disciplina e impulsão. REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 1948, p. 366.

Verifica-se, no primeiro plano, os poderes decisórios. Denominado como “poder-fim”, engloba toda a atividade decisória do juiz<sup>217</sup>. Caberá ao juiz proferir a decisão nos limites que a lei o condiciona.

Por meio dos poderes de decisão o julgador, de modo estrito presta a jurisdição, declarando a vontade da lei<sup>218</sup>. Os poderes decisórios “*conduzem à solução de questões incidentais ou prejudiciais que, de certo modo, atingem a esfera jurídica das partes, além de proporcionar, ao final, a efetiva prestação jurisdicional, com a pacificação do conflito*”<sup>219</sup>.

No Código de Processo Civil brasileiro, o dever de decisão está consagrado no art. 126, no qual preconiza o dever inerente ao órgão julgador de sentenciar e despachar, não podendo se eximir desta tarefa.

Sob o poder de decisão existe uma limitação, a da fundamentação. Ou seja, o poder do juiz de decidir, é um poder-dever fundamentado. A primeiro elemento a ser analisado é o poder-dever. É sem dúvida a natureza do poder decisório, já que não poderá o juiz deixar de decidir. O elemento, subsequente, é a “fundamentação”, que é inerente do modelo jurisdicional democrático. Nessa esteira, “*quanto mais consistentes e fundamentadas as decisões mais saudável e valorosa será a atuação jurisdicional*”<sup>220</sup>.

O poder de direção é segundo a ser analisado. O tribunal através do poder de direção mantém a ordem e assegura às partes igualdade de tratamento. Ao juiz incumbe-lhe dirigir o processo de modo à servir a todos àqueles a quem é destinado servir, às partes e a sociedade<sup>221</sup>.

Não é somente formal à direção do processo pelo juiz. Não é mais razoável pensar às partes como “senhoras materiais do processo” e o tribunal, o senhor da condução formal<sup>222</sup>. A defesa aqui é voltada à feição publicística do processo, e encara a direção do processo pelo juiz, na sua versão material. Para os privatistas, o grande pecado da base da

---

<sup>217</sup> Importa frisar que em qualquer ordenamento liga-se o poder decisório como atrelado a figura do juiz. Contudo, não fica excluído da esfera das partes, como ocorre nas situações de direito disponível em que as partes renunciam à pretensão ou transacionam. MOREIRA, Op. Cit., 2004, p. 55.

<sup>218</sup> SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 43.

<sup>219</sup> Ibid., 2008, p. 45.

<sup>220</sup> GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz participativo: meio democrático de condução do processo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

<sup>221</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de direito processual, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40.

<sup>222</sup> HABSCHIED, Walter J. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo (direitos alemão e suíço)*. Revista Scientia Iuridica, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991, p. 127.

visão publicística é conceder poderes de direção material ao juiz. Ao encontro desta visão privatística MONTERO AROCA diz não ser possível defender a direção material do processo, pois esta influencia no conteúdo da sentença, e por consequência no direito privado das partes<sup>223</sup>. Enquanto que a direção formal (pressupostos processuais, por exemplo) não afeta o processo substancialmente, por isso é permitido<sup>224</sup>.

A direção formal é aquela que controla a regularidade formal ou técnica dos atos processuais, sem afetar o conteúdo da sentença<sup>225</sup>. No Brasil ver-se o poder de direção formal quando o juiz dirige o processo *ex officio*, nos casos de determinar a reunião de ações em razão de conexão ou continência (art. 105); declarar a incompetência absoluta própria (art. 113 e § 2º); indeferir diligências inúteis (art. 130), entre outras previsões do CPC. É assim que “*preocupa-se a lei em colocar à disposição do juiz armas para o combate à chicana, em suas variadas formas*”<sup>226</sup>.

O poder de direção no Código de Processo Civil brasileiro está disposto no art. 125, 445 e 446 do CPC. A norma contida no art. 125 prevê uma maior atuação do juiz na condução do processo e comprometimento com a justa e eficaz composição da lide<sup>227</sup>, ao assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 5º, LIV, CF), garantir a rápida solução da causa (Art. 5º, XXXV, LXXVIII, CF), prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 14 e 600 do CPC) e tentar conciliar às partes, em todo momento do processo.

Na concepção da doutrina moderna, a sistemática de direção do processo pelo juiz tem de ser enquadrada no Estado Constitucional, o que significa, uma direção guiada pela condução paritária do processo e pela assimétrica decisão da causa<sup>228</sup>. Dentro desta perspectiva, MITIDIEIRO e MARINONI apontam como deveres de direção do processo pelo juiz além dos já apontados, o dever do juiz durante o trâmite processual, de “*interpretar a legislação processual civil em conformidade com os direitos fundamentais processuais, preferindo para a solução dos casos o sentido legal que concretize de maneira ótima os*

---

<sup>223</sup> Dessa forma justifica Montero Aroca “*pero sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues de esto modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material*”. AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez e la oralidade*. Valencia: tirant lo blanch, 2001, p. 72.

<sup>224</sup> Ibid., 2001, p. 71-72.

<sup>225</sup> Ibid., 2001, p. 94.

<sup>226</sup> MOREIRA, Op. Cit., 1985, p. 146.

<sup>227</sup> SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 39.

<sup>228</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 5ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 173.

*direitos fundamentais*<sup>229</sup>”. Também tem o juiz os deveres constitucionais de conduzir o processo de maneira isonômica, fazendo cumprir o princípio do contraditório de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com as partes.

Não se vê no ordenamento brasileiro de modo explícito a direção material do processo pelo juiz, durante todo o desenvolver do processo, apenas a direção formal<sup>230</sup>.

O que isto quer dizer? No CPC brasileiro apenas ver-se o juiz como diretor material no art. 284, ao preconizar que o juiz deve determinar ao autor que emende à inicial, em caso de defeitos ou ausência de preenchimento de requisitos. No entanto, pode-se pensar de duas maneiras, uma de que o juiz apenas deve indicar correções formais, e a outra posição, de que o juiz deve atentar ao autor para questões fáticas. Apesar da prática judiciária evidenciar a primeira posição, defende-se aqui, uma interpretação do referido artigo na perspectiva da direção material em relação à matéria fática<sup>231</sup>.

De curial, nessa quadra, apontar quais os poderes a serem incluídos com o Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro? O de gestão material, ou seja, o de direção material? Defende-se que sim. Defende-se a possibilidade da direção material pelo juiz no CPC brasileiro, pois é dever do juiz trazer a igualdade para as partes. E essa igualdade substancial, apenas é alcançada quando o juiz intervém no ônus da alegação das partes, ou seja, na esfera da matéria fática.

Nesta perspectiva, cogita-se conferir ao juiz a faculdade/dever de prestar informações sobre o ônus que incumbem às partes, convidando-as a esclarecer e complementar as declarações fáticas, ou indicando a necessidade de comprovar as alegações<sup>232</sup>. Isso não significa que o princípio do dispositivo está sendo negado, apenas

---

<sup>229</sup> Ibid., 2013, p. 173.

<sup>230</sup> O poder de direção do juiz no processo espanhol, está limitado aos pedidos e fatos apresentados pelas partes, consoante preconiza Montero Aroca, no “artículo 216 da LEC” prevê que “*los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos y pretensiones (en realidad, peticiones) realizadas por las partes*”, por isso, no entendimento desta doutrina, não é possível falar em direção material do processo pelo juiz. AROCA, Op. Cit., 2001, p. 72.

<sup>231</sup> No caminho defendido aqui Batista Lopes defende a direção material colocando como exemplo a situação de uma ação de reparação de dano, em que o autor apenas pede indenização em razão do réu ter agido com culpa, sem elencar os fatos que ensejaram a dita culpa. Desse modo, o juiz deve determinar que o autor emende a inicial para esclarecer quais os fatos e circunstâncias geradoras do direito à indenização. Justifica sua defesa ao dizer que o processo civil não é uma entidade beneficente, mas também não é, coisa das partes, por isso o juiz deve ponderar na hora de determinar a emenda á inicial, afinal, o juiz tem que ser movido pela balança, e para conseguir isto, é preciso ser diretor material do processo. LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*. Revista de processo, ano IX, n.º 35, abr./jun., de 1984, p. 29-30.

<sup>232</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo, ano X, v. 37, 1985, p. 146. É assim que

abrandado. É preciso que o juiz tenha a possibilidade de auxiliar, assistir e orientar as partes, com intuito de evitar que sofram injusto prejuízo em seus direitos<sup>233</sup>.

Entende certa doutrina<sup>234</sup> que o art. 6º do CPC/2013 português não significa conceder maior poder de direção ao juiz, enfatiza que tal poder já existia antes da reforma. O que de fato há, é a imposição de deveres ao juiz, “à luz de uma sedimentação do princípio do inquisitório - tendentes a suprir toda a inércia e ineficiência das partes, assim se afastando o que se referiu como um valor inerente à sua responsabilização pelo desenvolvimento da lide”.

O que é poder instrutório? Ingressa-se no terceiro poder a ser analisado. A participação ativa do juiz na instrução do processo, caracteriza o poder instrutório. Invoca-se como justificativa para o aumento dos poderes instrutórios, à busca pela verdade formal e material. A crítica feita pela doutrina gira em torno de se estabelecer se a verdade é o meio ou o fim para justificar a atribuição de poderes instrutórios ao órgão julgador<sup>235</sup>. Defende-se que é o meio.

Os poderes instrutórios são inerentes a função jurisdicional, ao serem exercidos substituem o papel das partes<sup>236</sup>.

O limite primeiro do poder instrutório são os elementos objetivos da demanda.

No ordenamento brasileiro é consagrado nos arts. 130; 331, I; 342; 355; 399 e 440, do CPC. Porém, no fundo, na prática o poder instrutório do juiz é pouco visto no cenário processual.

Na seara da sistema processual portuguesa o poder inquisitório está representado no art. 411º do NCPC, e desde, o antigo CPC, o poder representado pelo termo “incumbe ao

---

coloca Barbosa Moreira ao atentar para o caso do direito processual civil da Alemanha nos §§ 139 e 278, n.º 3, da ZPO.

<sup>233</sup> LOPES, Op. Cit., 1984, p. 36.

<sup>234</sup> MOREIRA, Rui. *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova reforma do processo civil*. Colóquio no Tribunal da Relação do Porto, Porto, 2013, p. 15. Disponível em: <[http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquiocpc\\_ruimoreira\\_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugu.es.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquiocpc_ruimoreira_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugu.es.pdf)>. Acesso em: 20 de julho de 2014.

<sup>235</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro*. Julgar, n.º. 6, Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 112-115.

<sup>236</sup> No tocante, Barbosa Moreira enfatiza que “é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo, ano X, v. 37, 1985, p. 146-147.

juiz”, é um poder-dever. Já unânime na doutrina<sup>237</sup> como poder-dever do juiz, o poder inquisitório foge do campo da discricionariedade e deve ser exercido de ofício com intuito de apurar a verdade e a justa composição do litígio.

Necessário, agora ingressar no campo da limitação do poder instrutório. A primeira barreira, é ampla, e diz respeito às garantias das partes. Isto é, a imparcialidade<sup>238</sup>. Agindo sob o enfoque da imparcialidade, o juiz não violará às garantias das partes.

A outra limitação, é mais voltada ao objeto deste trabalho, os fatos. O poder instrutório que a legislação processual concede ao juiz, é para que ele busque a verdade dos fatos, operando mais ativamente neste círculo. O círculo é delimitado pelos fatos que a lei permite ao juiz conhecer. Ora, é a lei que determina, é o formalismo que condiciona a sua atuação. O objetivo da concessão destes poderes inquisitórios é garantir que o órgão julgador possa se valer das diligências necessárias para conhecer “melhor” dos fatos que as partes lhe trazem<sup>239</sup>.

Os fatos essenciais limitam o poder inquisitório do juiz, já que enquadram-se no fatos que não é lícito ao juiz conhecer oficiosamente, consoante preconizado no art. 411º, parte final.

É perceptível o poder inquisitório do juiz na aquisição dos fatos instrumentais, desde a redação do CPC/95. Agora com a reforma processual de 2013, é confirmado o poder inquisitório sob os fatos instrumentais e incluído neste campo, os fatos complementares e concretizadores. Antes, aos fatos complementares e concretizadores era imbuído a condição de as partes manifestarem o aproveitamento, o que de logo, já implicava na não configuração do poder inquisitório do juiz, pois lhe era submetido uma condição.

Dois momentos são necessários para a concretização de modo processualmente adequado do uso dos poderes de instrução, o contraditório e a fundamentação<sup>240</sup>. Desse modo, deparando o juiz sob a situação de necessidade de esclarecimento sobre os fatos já apontados no processo pelas partes, deve ouvir a testemunha e considerar os fatos oportunos para a decisão da causa, desde que ouça às partes. Neste momento de oportunidade do contraditório poderá a parte se manifestar sob a hipótese de os fatos que pretende-se provar,

---

<sup>237</sup> JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. JULGAR, n.º 3, 2007, p. 64.

<sup>238</sup> Ibid., 2007.

<sup>239</sup> Op. Cit., 2007, p. 81.

<sup>240</sup> Ibid., 2007, p. 65.

não ser possível ao juiz conhecê-los<sup>241</sup>, em razão da lei que o proíbe de conhecer fatos essenciais.

Garantido o princípio do contraditório, através de uma decisão fundamentada, que apresente as razões da necessidade da diligência probatória e os fatos visados por ela, estará sendo resguardado a imparcialidade do julgador<sup>242</sup>. O juiz ao exercer seu poder-dever, já que o poder instrutório possui essa natureza, faz isso em nome do interesse público e com o fim de realizar à justiça, isto é, atingir o fim do processo: a justa composição da lide<sup>243</sup>. É poder-dever, porque não é discricionário, não o faz por conveniência ou oportunidade<sup>244</sup>.

Veja-se o seguinte caso. A parte autora solicita ao juiz que determine a ouvida da testemunha X, informando que os fatos a serem trazidos por ela, são fundamentais para o processo. Ora, poderá o juiz aceitar tal pleito da parte? O poder inquisitório que é concedido ao juiz por lei o permite atender a esse pleito? Por regra, o juiz não deverá aceitar o pedido da parte, já que transcorreu o momento processual para apresentação do rol de testemunhas, e isso, desvirtuaria o sistema legalmente previsto de preclusões processuais<sup>245</sup>. A pretensão subjetiva da parte não deve prevalecer, pois a ela foi importado um ônus e ao não exercer, não pode impor ao juiz que a substitua, e produza tal prova. O juiz apenas poderia determinar a ouvida da testemunha X se diante das provas que lhe surgisse, ele próprio, verifica-se a necessidade de ouvir a testemunha X<sup>246</sup>.

De todo o exposto sobre os poderes instrutórios, pode dizer-se que são controláveis pelo seu uso, como por sua omissão<sup>247</sup>. Isto é decorrente da possibilidade de recurso, caso a omissão ou ação do juiz no uso desse poder, não seja guiado pelo cumprimento dos seus requisitos. São eles: a diligência a ser determinada pelo juiz deve ser necessária ao

---

<sup>241</sup> Ibid., 2007, p. 66.

<sup>242</sup> Ibid., 2007, p. 67.

<sup>243</sup> REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I, 2ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2004, p. 260.

<sup>244</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 157.

<sup>245</sup> JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. JULGAR, n.º 3, 2007, p. 70.

<sup>246</sup> No sentido esposado, de orientação da doutrina de Nuno de Lemos Jorge, ressalta o autor que “*um entendimento razoável dos poderes instrutórios do juiz leva a que só se imponha a audição de uma testemunha cujos conhecimentos se revelem, através dos outros elementos probatórios que já estão nos autos, especialmente relevantes para a formação da convicção do tribunal. Se assim não for, estaremos, uma vez mais, a valorizar a pura vontade da parte de produzir mais prova, certamente estimulada por um resultado das restantes diligências pouco favorável aos seus interesse*”. Op. Cit., 2007, p. 71.

<sup>247</sup> Cf. JORGE, Op. Cit., 2007, p. 79. REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I, 2ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2004, p. 260.

apuramento da verdade e à justa composição da lide, ou seja, tem que ser importantes para o deslinde do processo; a limitação nos fatos que é lícito ao tribunal conhecer, qual seja, fatos essenciais. Tais condições são apontadas pela lei, art. 411º, mas também existem as que não estão indicadas neste artigo, o princípio do contraditório. Este último é para resguardar a incidência da imparcialidade.

Chega-se a seguinte ponderação e conclusão sobre a tríade de poderes trabalhados aqui. O juiz, ao fazer atuar seus poderes instrutórios, de direção e de decisão, garante a igualdade substancial às partes, pois restabelece o equilíbrio quebrado pelas diferenças econômicas<sup>248</sup>.

Entretanto, não é esse o entendimento da doutrina de Teixeira de Sousa, ao enfatizar que os poderes instrutórios e inquisitórios concedidos pela lei ao tribunal, de aproveitar um fato (instrumental, concretizador e complementar) não tem como objeto trazer a igualdade para as partes, mas sim, tem como intuito proferir uma decisão de acordo com a realidade das coisas<sup>249</sup>. Significa dizer, que tais poderes do juiz buscam uma decisão materialmente, ou seja, mais aproximada da realidade dos fatos.

É certo, e preciso ponderar que, a hipertrofia dos poderes do juiz atenta contra o princípio da cooperação que deve haver entre os sujeitos processuais, na perspectiva do atual processo civil, do diálogo e participação<sup>250</sup>.

Na dimensão da amplitude dos poderes do juiz, defesa aqui pregada, o modelo do juiz com poderes processuais ativos na busca dos fatos, deve ter limitação também, na ética do juiz “*num comprometimento perante as partes, que representam a face visível do exercício da cidadania*”<sup>251</sup>.

#### 2.4. IMPARCIALIDADE, AUTORITARISMO E DISCRICIONARIEDADE

---

<sup>248</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 116.

<sup>249</sup> E assim justifica sua defesa acentuando que “*o dever de procurar a verdade sobrepõe-se ao dever assistencial do juiz perante qualquer das partes, o que demonstra que os poderes instrutórios e inquisitórios não são concebidos como meios de promover a igualdade substancial entre elas*”. E conclui que o princípio da igualdade deve ser procurado fora dos poderes instrutórios e inquisitórios. SOUSA, Op. Cit., 1997, p. 44.

<sup>250</sup> LOPES, Op. Cit., 2006, p. 116.

<sup>251</sup> MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 167-168.

A imparcialidade, *prima facie*, é apontada como condição “*sine qua non*”<sup>252</sup> para à legitimidade da função do juiz. É a garantia que o processo será julgado por um terceiro, sem interesse pessoal.

Como será assegurada a imparcialidade no processo? As legislações processuais põe à disposição das partes meios adequados para limitar os poderes do juiz, e assim, o tornar figura imparcial. Não significa dizer que poder é “antônimo” de imparcialidade. É plenamente possível se ter poderes e imparcialidade juntos no sistema. A limitação dos poderes é um dos vetores que resguarda à imparcialidade.

A doutrina enfatiza que “*a imparcialidade do órgão julgador é preservada pelo princípio dispositivo*”<sup>253</sup>. Mas a “indagação-problema” no campo da imparcialidade é: como se preserva à imparcialidade no processo? A limitação elencada na lei, seja através de dispositivos de lei específicos, ou do próprio princípio do dispositivo, é uma das formas. A outra maneira de guardar a imparcialidade é sem dúvida, à submissão do juiz ao princípio do contraditório e o dever de motivação das decisões<sup>254</sup>.

Imparcialidade é traduzida como independência do juiz perante as partes<sup>255</sup>. A imparcialidade determina que o juiz decida com base e destinado à tutela dos direitos e interesses individuais das partes, e não com supedâneo em razões de preconceito pessoal, política, dinheiro, força, religião, entre outras situações<sup>256</sup>.

Ao fazer um parênteses a respeito da conexão entre a imparcialidade e igualdade substancial, verifica-se a imparcialidade não é sinônimo de neutralidade. A imparcialidade é vista como o auxílio do juiz a qualquer das partes necessitadas, enquanto a neutralidade determina que o juiz seja passivo diante da desigualdade substancial das partes<sup>257</sup>.

Neste contexto, pontua nobre doutrina sobre o pecado de ligar a imparcialidade à neutralidade. Trata-se, na verdade, de um grave equívoco. O juiz imparcial é o que conduz o processo sem inclinar a balança, ao longo de todo itinerário<sup>258</sup>. Neutro significa o juiz

---

<sup>252</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. In: Temas de direito processual, 7ª série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19.

<sup>253</sup> ALVIM, Arruda. *Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova*. In: Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 99.

<sup>254</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Juiz, processo e justiça*. In: Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 129.

<sup>255</sup> SOUSA, Op. Cit., 1997, p. 45.

<sup>256</sup> MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar, Coimbra Editora, n. 1, 2007, p. 73.

<sup>257</sup> Op. Cit., 1997.

<sup>258</sup> MOREIRA, Op. Cit., 2001, p. 29.

indiferente ao ganho de causa. É certo dizer que ao tribunal não importa quem ganhe, não interessa o processo justo, ou seja, nada interessa se o processo não tiver um desfecho justo? É isso que configura o juiz neutro, e não se pode defender como correto está indagação. Barbosa Moreira enfatiza que o juiz precisa batalhar pelo desfecho justo do litígio, e não esperar que as partes tragam todo o material, essa neutralidade é incompatível com o sistema<sup>259</sup>.

Desta feita, segue-se aqui à linha do desligamento da imparcialidade com a neutralidade, pois deseja-se um juiz ativo, preocupado com o processo justo e equilibrado.

A imparcialidade é um dos requisitos fundamentais para alcançar o processo justo. As garantias da imparcialidade podem ser vistas sob duas óticas, a do tribunal perante terceiros e das partes perante o tribunal<sup>260</sup>.

Através da imparcialidade é garantido que os poderes do órgão judicial seja utilizado com o fim de beneficiar ou prejudicar qualquer das partes<sup>261</sup>.

Segundo certa doutrina, a crescente postura interventiva do juiz, em que a legislação processual o concede, para suprir de ofício a inércia ou negligências das partes, pode ocasionar a perda da equidistância do juiz para com as partes, e resultar na violação ao princípio da igualdade das partes. Ainda, “*pode resultar numa condução do processo para circunstâncias alheias à vontade inicial das partes*”<sup>262</sup>. Todavia, pensar assim, é pensar de modo equivocado. O poder instrutório do juiz não significa necessariamente violação a igualdade das partes ou conduzir o processo para o campo não determinado pelas partes, e por consequência, violação ao princípio do dispositivo.

MONTERO AROCA acentua que a imparcialidade é garantida pela passividade do juiz em não considerar fatos além dos alegados pelas partes, caso o juiz não proceda desta forma, estaria sendo parcial, e exercendo o papel exclusivo das partes, o que geraria incompatibilidade no sistema processual<sup>263</sup>. Mais uma vez, como já justificado, a imparcialidade não é condição da ausência de poderes. Até o modelo defendido por esta doutrina, privatístico, é passível de algum poder existente nele, ser movido pela parcialidade.

---

<sup>259</sup> Ibid., 2001, p. 30.

<sup>260</sup> SOUSA, Op. Cit., 1997, p. 40/41.

<sup>261</sup> JORGE, Op. Cit., 2007, p. 65.

<sup>262</sup> MOREIRA, Rui. *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova reforma do processo civil*. Colóquio no Tribunal da Relação do Porto, Porto, 2013, p. 6. Disponível em: <[http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquiopc\\_ruimoreira\\_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugues.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquiopc_ruimoreira_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugues.pdf)>

<sup>263</sup> AROCA, Op. Cit., 2001, p. 76.

Aponta-se, como fator inegável nos países, o temor que os juízes de modo geral, têm de perder a imparcialidade, e por isso deixam de exercer os poderes instrutórios que a própria legislação processual lhes confere<sup>264</sup>. Neste sentido, a doutrina nomeia como injustificável as razões que apontam para essa posição de o exercício do poder instrutório acarretar à parcialidade. Aponta três grandes razões<sup>265</sup>.

A primeira diz respeito a situação de que o juiz ao exercer o poder instrutório, se coloca no lugar das partes. As partes diante das provas possui um ônus, o juiz, um poder-dever. As partes exercem um direito próprio, que logo destina ao interesse individual, e o juiz, um poder-dever destinado ao interesse público de descoberta da verdade, para se alcançar a justiça. Tem-se, as partes e juiz exercem “*fundamentos e requisitos diversos, em momentos processualmente distintos*”<sup>266</sup>. Logo, o juiz não se coloca no lugar das partes, determina a produção de prova porque é um dever seu, e não necessariamente, surgiu do não exercício do ônus da parte. Nesse ponto, as partes ao não exercer o ônus de produção de provas está se valendo, intencionalmente ou não, de se prejudicar ou beneficiar-se, importa, tão somente, a sua esfera privada. Na tarefa do juiz, ele como agente público exerce seu dever em nome da justiça, fugindo da esfera privada das partes, até porque ele não saberá a quem a prova prejudicará ou beneficiará.

O segundo fator é o do juiz ao exercer o poder instrutório já saber o resultado. Como o juiz poderá saber o resultado? O resultado do exercício deste poder poderá beneficiar ou prejudicar alguma das partes, e até ser decisivo para a causa, mas não se tem como prever. A imparcialidade não é resultante do uso do poder, inclusive no modelo de processo privatístico, no qual quase não existe poderes inquisitórios, o uso de qualquer poder neste modelo pode gerar a parcialidade, “*poder-se-á, quando muito, afirmar que a lei lhe dá menos oportunidades de ser imparcial*”<sup>267</sup>.

Ingressando no terceiro setor. É sabido que de uma decisão oriunda de um dever, é cabível recurso<sup>268</sup>. Desse modo, o poder instrutório do juiz pode ser controlado por meio de recurso, se não atender ao pressuposto de utilidade da diligência invocada por ele. Ou seja,

---

<sup>264</sup> BEDAQUE, Op. Cit., 2013, p. 129.

<sup>265</sup> Segue nesta colocação do problema com as respectivas razões a doutrina de JORGE, Op. Cit., 2007, p. 67-68.

<sup>266</sup> JORGE, Op. Cit., 2007, p. 67.

<sup>267</sup> Ibid., 2007, p. 68.

<sup>268</sup> O recurso apenas é cabível “*quando for evidente a omissão de uma diligência probatória cuja essencialidade se revele indiscutível, em face dos elementos constantes do processo, é que será possível trazer à luz, para apreciação do tribunal superior, a violação do poder-dever instrutório do juiz*”. Ibid., 2007, p. 77.

se a diligência não se mostrar útil ao esclarecimento da causa ou se os fatos investigados pertencerem à esfera do que não é lícito conhecer<sup>269</sup>. Todavia, tal circunstância não o caracteriza como discricionário.

No Código de Processo Civil brasileiro ver-se a imparcialidade sendo retratada no art. 125, I, ao assegurar a igualdade para as partes e no art. 134, ao prever o impedimento e suspensão do juiz<sup>270</sup>. Todavia, a parte a qual o trabalho se deleita, é a questão da imparcialidade *versus* poderes do juiz.

Uma coisa é o juiz imparcial em relação ao objeto do processo, e isto é uma necessidade. Outra bem diferente, é a imparcialidade do juiz em relação ao processo, que por sua vez, traduz-se como uma conveniência<sup>271</sup>. Nessa senda, o juiz deve tão somente ser imparcial ao objeto do processo, e não ao processo como um todo.

Adentra-se no estudo do autoritarismo. Na esteira do defendido por Luís Correia de Mendonça, autoritarismo liga-se aos poderes instrutórios do juiz. Em contrapartida, Maria França Gouveia e José Igreja Matos defendem o contrário. Há muito tempo a relação processual foi desenhada como uma figura geométrica do triângulo, estando no vértice, lá no alto, o juiz. As partes, por sua vez, estavam nas outras duas extremidades, sempre abaixo do juiz. De logo, se forma a imagem do juiz acima de tudo, e principalmente, acima das partes. Logo, poderia afirmar que os poderes do juiz é sinônimo de autoritarismo. Ao conceder maiores poderes ao juiz, maior é a chance do autoritarismo, em outras palavras, a acentuação ao princípio do inquisitório ocasiona o autoritarismo. Está consagrada a posição de Correia de Mendonça, ao ligar o modelo de governo ao modelo de processo, dessa forma, em sendo o governo autoritário, o ordenamento processual teria o juiz como figura autoritária<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> Ibid., 2007.

<sup>270</sup> O impedimento e suspensão é aplicado aos juízes de qualquer instância, ou seja, abrange os juízes de todos os tribunais, consoante art. 137, do CPC, e ainda, de acordo com a previsão dos regimentos internos dos respectivos tribunais. Acentua-se, por sua vez, que “*a diferença entre as duas figuras consiste em que a atuação do juiz impedido vicia irremediavelmente o julgamento: até depois de encerrar-se o pleito, de passar em julgado (isto é, de tornar-se irrecorrível) a sentença de mérito, remanescente a possibilidade de atacá-la, por meio da chamada ação rescisória (art. 485, II). Outro tanto não acontece com a sentença proferida por juiz que, apesar de suspeito aos olhos da lei, nem se declarou tal, nem foi impugnado pelo autor ou pelo réu*”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. In: Temas de direito processual, 7ª série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 20.

<sup>271</sup> OLIVEIRA, Adriano Enivaldo de. *A imparcialidade do juiz e a jurisdição de ofício*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17665-17666-1-PB.htm>>. Acesso em: 31 de agosto de 2014.

<sup>272</sup> Já explanado e defendido a desvinculação do princípio do inquisitório ao modelo de governo, como bem argumenta Barbosa Moreira, não merecendo, neste momento, quaisquer outras explanações.

Ora o que é autoritarismo? Autoritarismo falado neste momento, é àquele oriundo da oposição à liberdade das partes. A autoridade<sup>273</sup> do juiz não confunde-se com o juiz autoritário. Todo o juiz é autoridade, pois está investido do múnus público. Mas nem todo juiz é autoritário. Ao não assegurar às partes quaisquer garantias, aí sim, poderia dizer que o juiz exerce o autoritarismo.

Dessa forma, autoritarismo é a prevalência da discricionariedade em desfavor da liberdade das partes. Todo modelo autoritário é aquele que concede maiores poderes ao juiz. No entanto, não é verdade tal afirmativa. A posição da doutrina de Correia de Mendonça não deve prosperar, pois diante de um governo ditatorial – autoritário, não estar-se-ia diante de um processo com o juiz autoritário. Mesmo diante do processo democrático, no Estado Democrático de Direito, pode se ter um modelo de processo, no qual, os poderes das partes e do juiz, caminham juntos. No Brasil e em Portugal, onde são muitos os poderes atribuídos aos juízes, afirma-se com toda certeza, que não são modelos de processo autoritários.

Autoritarismo não se confunde com juiz ativo. O juiz ativo atuará nos limites da lei processual, e por consequência, das garantias das partes. O juiz autoritário não limita-se a nada, tão somente a sua vontade. Lógico que pode existir um juiz ativo e autoritário, mas uma coisa não implica necessariamente na outra<sup>274</sup>.

Para identificar se o juiz atua sob o manto do autoritarismo, é preciso saber como o juiz deve atuar no uso dos poderes instrutórios, pois como já dito, a simples atribuição dos poderes instrutórios pela lei, não implica em autoritarismo processual. Na lição de Mariana França Gouveia, o autoritarismo só ocorre quando a atuação do juiz gerar uma “*expropriação pública do litígio privado*”<sup>275</sup>. Significa dizer que, à liberdade das partes ficará condicionada à vontade pública.

O terceiro elemento a ser destrinchado, é a discricionariedade. O poder discricionário é dado pela lei processual ao juiz, para que ele decida a situação dentro do

---

<sup>273</sup> Autoridade no dicionário jurídico significa o “*pode de comando de uma pessoa, o poder de jurisdição ou o direito que se assegura a outrem para praticar determinados atos relativos a pessoas, coisas ou atos. A palavra autoridade designa a própria pessoa que tem em suas mãos a soma desses poderes ou exerce uma função pública, enquanto, em outros casos, assinala o poder que é conferido a uma pessoa para que possa praticar certos atos, sejam de ordem pública, sejam de ordem privada*”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores Nasig Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 86.

<sup>274</sup> GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Julgar, Coimbra Editora, nº. 1, 2007, p. 58-59. E conclui referida doutrina nessa seara: “*o que releva é a efetividade dos direitos e garantias processuais das partes. Se estes estão consagrados, não há espaço para o autoritarismo*”.

<sup>275</sup> *Ibid.*, 2007, p. 60.

leque de opções existentes para a resolução do caso. É discricionário, porque não é poder-dever (incumbência), ou seja, o juiz tem possibilidade de escolha. O poder-dever identifica-se como obrigação, sem escolha<sup>276</sup>.

Discricionariedade não se confunde com interpretação. A discricionariedade é quando existe mais de uma solução dada pela lei, sendo todas legítimas, mas só uma adequada para o caso concreto. Assim, “*dentro desse limite estabelecido pela lei, está ele imune de controle*”<sup>277</sup>. Na interpretação, o juiz não possui os limites dados pela lei, ele apresenta a visão que entende do caso, sendo possível passível de recurso. A discricionariedade não está ligada à conveniência e oportunidade, e sim, a maior liberdade que possui o órgão julgador na hora de interpretar a norma.

## 2.5 O DIÁLOGO ENTRE AS PARTES E O JUIZ POR MEIO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

O princípio do contraditório substancial vai para além do *audiatur et altera pars*. Deixou de ser o contraditório apenas a defesa do réu, para ser a influência no desenvolver e resultado do processo. O princípio do contraditório na sua versão substancial envereda na garantia a efetiva participação das partes em todo o desenrolar do processo, mediante a possibilidade de influir no convencimento do juiz, em condições de igualdade<sup>278</sup>.

As partes e o juiz são sujeitos do contraditório<sup>279</sup>. Para o processo ser efetivo deve ser estruturado de forma dialética, com intuito de garantir a participação de todos os sujeitos processuais, e no fim, ser proferida uma decisão justa.

O aferramento formalístico fere de morte a dialeticidade do processo<sup>280</sup>. O processo que tem o juiz condicionado ao princípio do dispositivo, dificilmente conseguirá ser

---

<sup>276</sup>Significa dizer que “*não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma*”. BEDAQUE, Op. Cit., 2011, p. 157.

<sup>277</sup>Ibid., 2013, p. 144.

<sup>278</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo, nº. 209, 2012, p. 360.

<sup>279</sup> Ibid., 2012, p. 361.

<sup>280</sup> O autor utiliza essa expressão para defender a elasticidade do princípio do pedido, mas aqui defende-se a ideia no princípio do dispositivo. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 236.

dialético. Para ser dialético é preciso que o processo seja uma evolução no sentido de possuir elementos novos<sup>281</sup> trazidos durante o decurso processual.

A necessidade de métodos dialéticos de condução do processo, justifica-se no sentido de que um processo só é processo quando desenvolve-se respeitando os princípios que lhes dão a base, senão será apenas um procedimento. Assim, “*se as partes não actuam em pé de igualdade, ou se o julgador não é imparcial, ou se a actividade de processar não tem um ponto final predeterminado, ou se a série de actos adoptada para o seu desenvolvimento não é eficaz para propiciar o debate, ou finalmente, se a discussão se realiza à margem da regra moral, estar-se-á diante de um simples procedimento mas nunca diante de um processo*”<sup>282</sup>. A circunstância de não ter sido um processo resulta na anulação da sentença, e jamais, far-se-á coisa julgada.

BARBOSA MOREIRA enfatiza que a defesa e necessidade do papel ativo do juiz no processo não tem a pretensão de “*ignorar ou minimizar a importância do que há de essencialmente dialético no processo contencioso*”<sup>283</sup>. Ao contrário, os poderes concedidos ao juiz, ao lado os poderes inerentes as partes do “princípio do dispositivo”, traduzem o modelo socialmente orientado e garantidor do diálogo entre as partes.

A dialética funciona como critério para descoberta da verdade provável. A investigação dialética para a descoberta da verdade provável possui como único método e instrumento para sua concretização o princípio do contraditório. Isto é, através do princípio do contraditório a dialética é feita no processo, e assim, alcança-se a verdade provável. O princípio do contraditório possibilita a paridade entre as partes, significando a divisão de trabalho entre as partes. O órgão judiciário tem o dever de possibilitar as partes a participação no processo para a descoberta do direito, assim, o contraditório é o meio para isso, é o meio que garante a igualdade entre as partes.

No caminho, pergunta-se: é possível o juiz considerar, de ofício, um fato surgido ao processo, sem provocação das partes, isto é, sem alegação das partes, e decidir com fundamento neste fato? Toma-se a seguinte situação: o juiz ao sentenciar baseia-se em fato constante do processo, resultante da colheita de provas, isto é, provado nos autos, com supedâneo no art. 131 e 462 do CPC. É verdade que tais dispositivos legais permitem a

---

<sup>281</sup> Ibid., 2013, p. 237

<sup>282</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O devido processo*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, n.º. 229/234, 1991, p. 62.

<sup>283</sup> MOREIRA, Op. Cit., 1985, p. 147.

consideração de ofício do juiz dos fatos existentes no processo, mesmo que não alegados pelas partes. Mas pode o juiz decidir sob este fato, sem tê-lo colocado para debate entre as partes? Não, porque viola o princípio do contraditório. Uma coisa é poder o juiz de ofício considerar o fato não alegado pelas partes, outra coisa, é o juiz não oportunizar às partes o diálogo, o debate<sup>284</sup>.

Falar sobre processo democrático é falar em processo dialógico, “*democracia no processo recebe o nome de contraditório*”, e democracia significa participação. O princípio do contraditório constitui, sem dúvida, um precioso instrumento de acesso à verdade dos fatos<sup>285</sup>.

É neste contexto que se argumenta que se as partes não poderem influenciar na decisão do juiz, “*e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não poder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida*”<sup>286</sup>. A parte deve ter o direito de interferir com fatos novos no processo, e o juiz deve ter o direito de respaldar sua decisão em fatos novos, mas tudo isso, dentro do processo participativo<sup>287</sup>.

É garantindo o princípio do contraditório às partes que estará sendo limitado os poderes do juiz, pois às partes será dado o poder de influir na decisão, que tem como fundamento um fato não alegado por elas, mas considerado oficiosamente pelo juiz<sup>288</sup>. Nesta toada Fredie Didier pontua que nada adianta atribuir poderes ao juízes, se não houver, do outro lado, o poder de controlar esse poder, “*não adianta. Isso é balela, demagogia processual, dizer que os problemas do processo vão ser resolvidos com atribuição de poderes ao juiz, sem que nós tenhamos, ao lado disso, instrumentos de controle desses poderes*”<sup>289</sup>.

---

<sup>284</sup> DIDIER JR., Fredie. *Princípio do contraditório: aspectos práticos*. Revista de direito processual civil, ano 8, nº. 29, jul./set., Curitiba: Genesis, 2003, p. 509.

<sup>285</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. Revista de Processo, ano IX, nº. 35, 1984, p. 238.

<sup>286</sup> DIDIER JR., Op. Cit., 2003, p. 507.

<sup>287</sup> Desse modo, “*assegurados o contraditório e a ampla defesa, o juiz extrairá do processo o maior rendimento possível, aproveitando tudo o que foi feito e desconsiderando nulidades processuais, em prol da economia e por força da natureza instrumental do processo*”. BEDAQUE, Op. Cit., 2013, p. 140.

<sup>288</sup> No caminho Leonardo da Cunha pontua nesta mesma defesa, e enfatiza que “*a obediência ao princípio do contraditório constitui garantia da imparcialidade*”. Pois, se o juiz não oportunizar o princípio do contraditório estará sendo parcial, ao não ouvir a outra parte, e ao ter investigado apenas metade do que poderia verificar. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo, nº. 209, 2012, p. 362.

<sup>289</sup> DIDIER JR., Op. Cit., 2003, p. 509.

O novel Código de Processo Civil português elenca no art. 3º, nº. 3, o princípio do contraditório. É dever do juiz observar o contraditório durante todo o tramite processual, mesmo em se tratando de matéria conhecível de ofício.

Idêntica linha encontra-se no Brasil com a proposta de reforma processual. Verifica-se o princípio do contraditório substancial no art. 10 do PCPC ao vedar ao juiz a possibilidade de decidir sob matéria que “*não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício*”. Não obstante, já se retirava na Constituição da República do art. 5º, inciso LV, a necessidade de obediência ao devido processo legal, no qual se extrai o princípio do contraditório<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> Importa, nesse patamar trazer à baila uma anotação sobre o juiz contraditor, ou seja, sobre o contraditório democrático no Brasil. Na lição da doutrina de Lúcio Delfino e Fernando F. Rossi, a principal inovação trazida pelo Projeto de CPC brasileiro, é sem dúvida a condução que se quer colocar ao processo, a condução do processo ao modelo constitucional.

Ver-se, de logo, no Capítulo I do PCPC a disposição dos princípios processuais-constitucionais basilares, e com isso a importância que foi dado a tais princípios. A sociedade do Estado Democrático de Direito exige leis que se aproximem no modelo constitucional, logo o princípio da participação é essencial para interpretação de todo o texto processual.

O constitucionalismo do código de processo civil brasileiro vem ser evidenciado com a reforma proposta no projeto de Lei nº. 8.046/2010. Mas como se dará a democracia representativa na reforma processual? O regime de democracia representativa consubstancia na escolha pela população, através do voto, dos seus representantes. Neste instante, indaga-se como poderia os juízes, não eleitos democraticamente pelo povo, ter legitimidade para invalidar leis, através de decisões judiciais?

O problema é: tem o juiz legitimidade para proferir uma decisão que afeta toda coletividade, sem ter sido eleito pelo povo? Existe um déficit democrático? Deste modo, como tornar democrático uma decisão judicial? É neste campo problemático, que o juiz, não eleito pelo povo, insere-se no ambiente democrático, por meio do princípio do contraditório.

A perspectiva é de que os sujeitos processuais, agora, trabalham na construção do processo. Tem-se a democracia participativa, na qual se abandona o juiz solitário para agregá-lo à colaboração das partes. A decisão judicial passa a ser decisão construída pelo juiz e pelas partes, através do princípio do contraditório.

Pensar o princípio do contraditório no Estado Democrático de Direito é dar novos contornos à Jurisdição. Abandona-se a ideia de que jurisdição é atividade do juiz, para encará-la como atividade de todos os sujeitos processuais.

No novo campo do princípio do contraditório - o dinâmico, a feição formal desse instituto é superada. O que antes pregava-se como princípio do contraditório, sendo o momento em que o réu respondia à petição inicial, agora tem-se a participação intensa das partes no processo. A participação das partes é a oportunidade de falar e influenciar no processo. O princípio do contraditório deixa de ser meramente formal, como garantia de informação às partes e de resistência aos atos processuais.

Agora é preciso entender o que é o verdadeiro princípio do contraditório dinâmico. Pode ser traduzido na frase: as partes não apenas participam do processo, mas aninam seu resultando, através da influência. Não adianta ser garantido às partes o direito de falar no processo, é preciso que essa fala seja escutada pelo juiz.

Cumpra trazer um observação, no art. 10 do projeto de CPC, vem evidenciar à proibição às decisões surpresa. O que é isso? O juiz não pode decidir sobre matéria de fato ou de direito que não tenha sido previamente discutida no processo, ou seja, não tenha sido garantido o contraditório. As partes (autor e réu) precisam desempenhar um papel ativo e não mais de espectador. O princípio do contraditório, além de propiciar uma jurisdição mais democrática, também evita a arbitrariedade por parte do juiz, uma vez que as partes estarão colaborando com a decisão. O princípio do contraditório garantirá a igualdade processual.

A atividade das partes e do juiz em cooperação estão em consonância com o Estado Democrático de Direito, mais precisamente com o constitucionalismo, que caracteriza-se como um movimento que garante o exercício da cidadania.

Conclui-se que, o problema do processo, seja no Brasil ou em Portugal, é mais cultural e organização, do que propriamente legal<sup>291</sup>. O que pode ser feito é a ampliação ou efetivação do diálogo entre as partes, garantido através do princípio do contraditório, mesmo em questões conhecidas de ofício. A solução proposta por BEDAQUE é flexibilidade da técnica processual, ampliação dos poderes do juiz e oportunidade de participação de todos os sujeitos processuais (princípio do contraditório)<sup>292</sup>. Leva-se essa linha de consideração no trabalho.

---

Evidenciado está que o princípio do contraditório é um ótimo instrumento para viabilizar o diálogo processual, o que implica em deveres de conduta para as partes e para o juiz. DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. *Juiz contraditor?* In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 443-460.

<sup>291</sup> BEDAQUE, Op. Cit., 2013, p. 139.

<sup>292</sup> BEDAQUE, Op. Cit., 2013, p. 139.

### CAPÍTULO III - ANÁLISE CRÍTICA AO SISTEMA

SUMÁRIO: 3.1. O fato essencial, a causa de pedir e o juiz. 3.2. Alteração da causa de pedir. 3.3. Releitura do art. 5º do CPC português sob à luz do processo flexível. 3.4. A tese defendida. Alargamento da base instrutória aos fatos essenciais relevantes, na busca da eficiência da justiça cível.

Porque é preciso mitigar o princípio do dispositivo? Porque não atende aos clamores de um processo justo e substancialmente igual para todos. O sistema “perfeito” proposto pelo princípio do dispositivo diz que as partes são as detentoras de maior capacidade para alegar os fatos e prová-los, já que foram elas que vivenciaram tudo aquilo, são elas detentoras do direito material, e por isso, buscarão ou não a Justiça, fica à sua disposição.

Tal premissa é falsa<sup>293</sup>. Porque falsa? Em muitas situações as partes deixam de exercer uma faculdade processual e desincumbir de um ônus, não em razão de aceitar ou não aceitar uma situação que lhe é adversa, e sim, porque não é desenvolvida econômica e culturalmente, “*ou seja, não quer ela dispor de seu direito, nem reconhecer o da parte contrária, deixando de agir por circunstâncias outras*”<sup>294</sup>. É essa uma das razões que hoje sente-se a necessidade de mitigar o princípio do dispositivo<sup>295</sup>.

O processo pode deparar-se com fatos novos, não trazidos pelas partes, por desconhecimento, ou porque não entendiam como relevantes para a causa. Desse modo, tais fatos novos não poderiam ser considerados na sentença, por que as partes não “desejaram” a inclusão no processo, afinal, são as melhores conhecedoras dos fatos? A resposta é negativa. As partes não trouxeram ao processo os fatos, não porque assim quiseram, mas sim, em razão do desconhecimento da ocorrência dos fatos, ou, por não identificarem os fatos como relevantes.

O ideal de justiça não é e nunca será um decisão formal, pode até ter sido em épocas passadas. Assim, apesar da relação material ser privada às partes, o processo não é privado das partes, é público, há o interesse do Estado. Em decorrência do caráter público, ao Estado

---

<sup>293</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno*. Revista de Processo, ano 11, nº. 44, out-dez, 1986, p. 167.

<sup>294</sup> Ibid., 1986.

<sup>295</sup> Ibid., 1986, p. 168.

não interessa uma resolução de conflito de forma injusta<sup>296</sup>. A justiça no processo será revelada, se revelada for a verdade dos fatos ocorridos.

Imperioso, entretanto, que no processo sempre assentará o princípio da autorresponsabilidade das partes. Significa dizer que às partes são responsáveis pelo material fático do processo. Todavia o juiz poderá intervir, em um segundo momento, deverá, na verdade, intervir<sup>297</sup>. A intervenção “obrigatória”, defendida aqui, deleita na razão de tornar legítima a decisão no processo.

Defende-se a legitimação da decisão a partir da sua adequação material (ou substancial), e não apenas a correção formal<sup>298</sup>. É assim que pronuncia Teixeira de Sousa na defesa do ativismo judicial, frisando que “*as regras processuais podem ser afastadas ou adaptadas quando não se mostrem idóneas para a justa composição do litígio*”<sup>299</sup>.

Nesta toada, preconiza-se que ao relativizar os princípios processuais, maior será a entrega de poderes de atuação do juiz na condução do processo, com a finalidade de mitigar os formalismos desnecessários e incompatíveis com os novos rumos do processo moderno<sup>300</sup>.

Neste contexto, traz-se-à no decorrer, a defesa pela possibilidade de alteração da causa de pedir, e por consequência, dos fatos essenciais, em nome da justiça eficiente.

### 3.1 O FATO ESSENCIAL, A CAUSA DE PEDIR E O JUIZ

---

<sup>296</sup> Ibid., 1986, p. 167.

<sup>297</sup> Nesse caminho, Miguel Teixeira de Sousa recorda as palavras centenárias de Franz Klein, para a necessidade das partes apresentar o material fático, e isso, representa a defesa ao princípio do dispositivo, mas por outro lado, atenta para a segunda necessidade, a da intervenção do juiz, como se vê: “*é claro: as partes deve comunicar e proporcionar ao juiz a factualidade do litígio, porque não sabe absolutamente nada da questão até à acção. Mas se isto é entendido de modo que o juiz não tem qualquer ou nenhuma participação essencial no que lhe é oferecido quanto a alegações e prova, se deixa que as partes cuidem quase exclusivamente disso e só julga precisamente como o material existente o permite, com indiferença sobre se a sua decisão corresponderá à verdadeira situação jurídica, assim compreendido isso, como é de supor, altamente indesejável não só para particulares, mas para a vida jurídica e o próprio ordenamento jurídico*”. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projeto*”. Disponível em: < <http://www.oa.pt/upl/%7B1f4872ce-7b18-4a56-b709-fb8d028681d2%7D.pdf>>. Acesso em: 03 de julho de 2014, p. 359.

<sup>298</sup> SOUSA, Op. Cit., 1997, p. 59.

<sup>299</sup> Ibid., 1997.

<sup>300</sup> SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 100.

Neste momento, deleita-se na primeiras indagações a serem respondidas no trabalho, na dimensão dos fatos essenciais conjugados com a causa de pedir e a atuação do juiz.

A pergunta inicial é: o fato essencial confunde-se com a *causa pretendi*, ou seja, se a causa de pedir é composta tão somente dos fatos essenciais. Ora, se o que pretende defender é a possibilidade de introdução ao processo de um fato essencial, após a estabilização da demanda é preciso verificar se o fato essencial compreende à causa de pedir, já que a lei processual brasileira e portuguesa proíbem a alteração da causa de pedir, em qualquer caso.

Se os fatos essenciais ocupam uma posição cimeira da causa de pedir, pode-se afirmar que outros fatos ocupam uma posição secundária na causa de pedir, são os fatos complementares e concretizadores. Significa dizer que os fatos complementares e concretizadores desempenham uma função essencial no processo, integrando a causa de pedir, por consequência. O que adianta alegar que ao adquirir o computador, o equipamento eletrônico veio com avaria, se não for alegado os fatos secundários, como por exemplo: ao ligar o computador na eletricidade, o mesmo não consegue ligar. Este fato não seria fundamental para a causa? Lógico que sim.

Entretanto, há doutrina que entenda que a causa de pedir é apenas composta pelos fatos essenciais, não incluindo os fatos complementares e concretizadores. Ou seja, a causa de pedir confunde-se com os fatos essenciais. Para esta corrente, a não exposição dos fatos secundários (complementares e concretizadores) inviabilizam a procedência da pretensão, enquanto a não alegação dos fatos essenciais, torna inepta a petição inicial, em razão da falta de causa de pedir. Mas parece contraditória citada doutrina, ao anunciar que apesar do fato complementar não participar da causa de pedir, à parte não está desonerada do ônus da alegação destes fatos, pois não possui efeito preclusivo, consoante preconiza o art. 5º do CPC português<sup>301</sup>.

Ao desmitificar esta corrente, basta extrair dois pontos importantes. O primeiro é a situação da pretensão não prosperar caso não contenha fatos complementares. Ora, a causa de pedir é indispensável para o processo, é ela quem vai anunciar “as causas dos pedidos”, isto é, a base dos pedidos. Dessa maneira, se não houver “as causas dos pedidos” não se tem como falar em procedência da ação, por faltar fatos fundamentais para o deslinde da questão.

---

<sup>301</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Algumas questões sobre o ônus de alegação e de impugnação em processo civil. Scientia Iuridica*, Tomo LXII, 2013, n.º 332, p. 396-397.

O segundo ponto é a situação de não haver preclusão para os fatos complementares, contudo, as partes continuam com o ônus de alegar. A ausência de preclusão não quer significar ausência de ônus, como a própria doutrina citada evidencia<sup>302</sup>. As partes continuam com a responsabilidade (ônus) de alegar os fatos secundários, pois caso não aleguem, recairá sobre elas o princípio da autorresponsabilidade. Dessa maneira, a preclusão nada importa neste contexto se as partes não alegarem e, assim, correrem o risco de tais fatos não chegarem ao processo no momento da instrução da causa, por exemplo.

Dessa maneira, conclui-se que a causa de pedir não é apenas composta pelas fatos essenciais, logo, a causa de pedir não confunde-se com o fato essencial, sendo integrada por fatos complementares, concretizadores e os próprios essenciais.

Respondida este questionamento, parte-se para identificar a postura do juiz ao deparar-se com um fato essencial e uma causa de pedir, diversas das apontadas no processo.

O fim do processo é a justa composição do litígio, e o juiz possui o dever de alcançar<sup>303</sup>. Para isso, o juiz precisa exercer o poder inquisitório e poder de direção material e formal, na busca dos fatos. Isso não significa defender a reconstituição do caso, pois seria impossível, mas tão somente a reconstrução dos fatos, ou seja, a reconstrução da verdade histórica dos fatos. Para, desse modo, o juiz poder julgar e exercer seu terceiro poder, o de decisão. Mas, mais uma vez ressalta-se, a decisão precisa basear-se em fatos concretos e verdadeiros.

Veja-se o exemplo de uma ação de nunciação de obra nova<sup>304</sup>, com objetivo de ver impedida a construção de muro entre a propriedade da parte autora e da parte ré.

De resumo da ação, tem-se uma obra a ser construída, qual seja, muro, entre a propriedade da parte autora e da parte ré, sendo que tal construção impedirá que a parte autora acesse sua propriedade, já que o terreno dos litigantes localiza-se em rua sem saída. Da petição inicial, relatam os autores que pela escritura pública do seu terreno, a rua sem saída faria testada com o referido imóvel, confrontando-o com 8,40 (oito metros e quarenta centímetros), assim, ao fechar a rua por um muro, o réu irá impedir a passagem e causar-lhe prejuízo. Em contestação, o réu atesta que com base nas escrituras do imóvel a rua sem saída

---

<sup>302</sup>Ibid., 2013, p. 397.

<sup>303</sup> A função jurisdicional inerente do juiz, como ensina Castro Mendes, é a de dar a justa composição ao litígio que lhe é apresentado. MENDES, Op. Cit., 1961, p. 132.

<sup>304</sup> BRASIL, *STJ. Recurso Especial* 623.704, Relatora Ministra Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgamento em 21 de fev. 2006.

acabaria nos quinze metros do limite do terreno dos litigantes, não sendo via pública, inclusive tendo o réu adquirido referida extensão de terra.

Em sentença, o juiz decide pela procedência em parte dos pedidos autorais, com fundamento em fatos trazidos pela prova pericial apresentada aos autos, em que comprovava-se a existência de uma servidão de passagem a unir a rua sem saída ao terreno dos litigantes. Por outro lado, atestou que as escrituras apresentadas pelas partes estavam equivocadas. O laudo pericial comprovou que nos mapas da Prefeitura local, provava a existência de um antigo acesso entre os prédios, correspondendo a 3 (três) metros de acesso.

Em sede de apelação, ao Tribunal de Justiça, foi negado provimento ao recurso interposto pela parte ré, tendo sido mantida a sentença proferida pelo juízo *a quo*, sob o fundamento de que não havia ocorrido julgamento *extra petita*, e sim julgamento de acordo com os fatos existentes no processo. E assim justificou o acórdão, “*portanto, ainda que tenha-se constatado que o imóvel dos apelados não faz testada em 8,40 metros com a rua Curt Depheide, o laudo pericial e o depoimento do Engenheiro Ronaldo Pozes da Silva conformam a existência da ligação em 3,00 metros, por intermédio de uma antiga servidão*”.

A parte ré, inconformada, interpôs Recurso Especial, no STJ – Superior Tribunal de Justiça, alegando violação aos arts. 128 e 460 do CPC, embasada na situação da decisão ter sido proferida além da causa de pedir e do pedido (julgamento *extra petita*), ao reconhecer a existência de servidão entre os imóveis. A 3ª Turma do STJ, julgou procedente o recurso especial, para lhe conhecer e dar provimento, reformando o acórdão recorrido, e declarando a nulidade da sentença e demais atos posteriores, para determinar a remessa do processo ao juízo de origem para proferir nova sentença.

Da discussão da lide é pertinente pontuar alguns fatos fundamentais. A petição inicial *referia-se apenas à existência de logradouro suficientemente extenso para atingir a propriedade dos autores e formar, em relação a ela, acesso diferenciado*. Enquanto a sentença julgou procedente o pedido de nunciação de obra nova ao reconhecer a existência da servidão entre os imóveis. O primeiro passo a ser dado é identificar qual é a causa de pedir. A causa de pedir é a *existência da testada de 8,40 metros entre a rua sem saída e a propriedade da autor*, fato este provado (erroneamente) através da escritura pública. Ocorre que não há alegação na petição inicial da *existência da servidão entre os imóveis*, fato esse essencial na presente lide, contudo, não foi trazido ao processo no tempo formal correto. Veja-se a formalidade que move o Tribunal Superior.

O fato essencial do processo, a existência da servidão de passagem surgiu no processo através da perícia técnica realizada no local, e através do depoimento do engenheiro-perito (decorso da instrução processual). Ora, se tal fato não foi alegado, mas é essencial para a justa composição da lide, porque não considerar tal fato? Em razão da formalidade processual? Em nome do princípio do dispositivo?

Há alteração da causa de pedir? Essa primeira pergunta é fácil de ser respondida, há sim alteração da causa de pedir, e por consequência, o fato essencial foi modificado. Mas porque não considerá-lo? Parece acertada e volvida de flexibilidade a decisão do juiz singular e depois confirmada pelo Tribunal de Justiça.

A decisão do STJ, fundamenta a nulidade da sentença, dita “*extra petita*”, quando afirma que houve a transmutação do fato constitutivo do direito alegado pela parte autora, afinal, a sentença que julga procedente ação de nunciação de obra nova, para impedir a construção de muro de servidão de passagem de três metros de largura e quinze metros de comprimento, altera sobremaneira a causa de pedir. O STJ motiva a sua decisão afirmando que “*o processo civil é regido, pela teoria da substanciação, de modo que a causa de pedir constitui-se não pela relação jurídica afirmada pelo autor, mas pelo fato ou complexo de fatos que fundamentam a pretensão que se entende por resistida; a mudança desses fatos representa, portanto, mudança na própria ação proposta*”.

É preciso pontuar um erro grave da decisão do STJ. Não se trata de sentença “*extra petita*”, e sim, se fosse o caso, *ultra petita*. Seria assim, porque ao analisar os fatos essenciais, o faz além dos alegados pelas partes, isto é, a sentença considera fatos essenciais não alegados pelas partes. Porque não seria “*extra petita*”? *Extra petita* é quando o juiz não considera o fato essencial alegado pela parte, e julga por outro fato essencial não alegado, diferente do *ultra petita*, em que o juiz considera o fato essencial alegado pela parte, mas decide tomando por base outro fato essencial conexo ao alegado<sup>305</sup>.

---

<sup>305</sup> É na lição de Fredie Didier que verifica-se esta diferenciação, e assim pontua o autor: “*é muito comum confundirem-se, na teoria e na prática, as decisões ultra e extra petita. Mas há um critério que pode facilitar a compreensão desses dois fenômenos: (a) na decisão ultra petita, o magistrado analisa o pedido da parte ou os fatos essenciais debatidos nos autos, mas vai além deles, concedendo um provimento ou um bem da vida não pleiteado, ou ainda analisando outros fatos, também essenciais, não postos pelas partes; (b) na decisão extra petita, o magistrado, sem analisar o pedido formulado, delibera sobre pedido não formulado, ou ainda, sem analisar fato essencial deduzido, decide com base em fato essencial não deduzido*”. DIDIER, Fredie.; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. II, 7ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 314.

Na sistemática brasileira, verifica-se que o legislador elenca situações que admite que em casos específicos a ultrapassagem dos limites objetivos da demanda. É o caso do art. 461, §4º, CPC, que permite a imposição ao réu de multa, independente do pedido; art. 644, parágrafo único, que possibilita a alteração de multa antes

É verdade que em momento algum foi alegado pelas partes a existência de servidão de passagem, ora, porque não era de conhecimento. É justamente este fato “fundamental” que resolverá a causa de maneira a solucioná-la corretamente. Apesar de não ter sido alegada pelas partes. Não obstante, o juiz considera o fato essencial – o fato da existência da servidão -, que passou a integrar o processo, no momento da instrução da causa. Desse modo, decidiu correto o juiz julgando *ultra petita*? Parece que sim. O juiz agiu de maneira correta e imparcial, ao considerar o fato essencial para a justa composição da lide, embora tenha julgado *ultra petita*.

Assenta-se, neste intervalo, uma questão de suma importância, os pedidos. No caso em verificação, houve a alteração da causa de pedir, e foi necessária, como já dito, em nome da justiça eficiente. Entretanto, os pedidos, por sua vez também precisaram ser alterados, de renúncia de obra nova, passou-se a falar em servidão de passagem.

Ora, a alteração da causa de pedir liga-se, de maneira direta<sup>306</sup>, muitas vezes, com modificação dos pedidos. Quando se mexe na causa de pedir, isto é, na “causa dos pedidos”, os pedidos, da mesma forma, são modificados.

No cenário, tem-se que tratar da alteração dos pedidos. Ao defender-se a necessidade de alteração da causa de pedir, os pedidos serão alterados. Logo, indaga-se, podem as providências (pedidos) serem modificadas pelo juiz? Ingressa-se aqui, no princípio da congruência, ou seja, correlação entre o pedido e a providência outorgada.

A legislação proíbe o juiz dar coisa diversa da pedida, em quantidade e qualidade. Entretanto, também é fundamental a defesa na possibilidade de alteração dos pedidos. Trata-se da flexibilização do princípio da congruência<sup>307</sup>.

Neste ponto, importa evidenciar a defesa proposta neste trabalho. Para obter um processo eficiente é preciso que o juiz adeque a norma ao caso, flexibilizando o princípio do dispositivo e proporcionando às partes um instrumento idôneo de garantia ao seu direito

---

determinada; e a tutela condenatória de ofício relativa à pensão alimentícia, no caso de ação de reconhecimento de paternidade, consoante preconizado na Lei n.º 8.560, de 29/12/1992, art. 7º. BEDAQUE, Op. Cit., 2013, p. 124.

<sup>306</sup> Pode ocorrer casos em que a causa de pedir seja alterada, mas o pedidos ou os pedidos, permaneçam inalterados. Como é caso de uma ação de despejo por falta de pagamento, alterar a causa de pedir para destinação do imóvel para uso não previsto em contrato, logo, houve a mudança da causa de pedir, contudo, o pedido “obtenção do imóvel”, continua idêntico.

<sup>307</sup> Cf. SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 134 e ss. MESQUITA, Op. Cit., 2013.

material. Significa dizer que não interessa o julgamento *ultra petita*<sup>308</sup>, desde que seja preservado direitos maiores.

A sentença apenas peca por uma situação, a não oportunidade do contraditório à parte contrária. Desta feita, a única correção que precisava ser realizada, na decisão, era à garantia ao contraditório, para se evitar à decisão surpresa, e dessa forma, não violar o princípio da cooperação e do devido processo legal.

É preciso flexibilizar o princípio do dispositivo, é preciso que o juiz seja ativo na condução do processo. A afirmativa de que é proibido a intromissão do juiz nos fatos existentes no processo, sem as partes ter alegado, é o retrato da rigidez processual e do apego ao formalismo exacerbado.

O processo moderno objetiva a justa composição da causa em tempo útil, e para que isso seja alcançado é preciso de dois grandes vetores: o reforço na concessão de poderes inquisitórios e de direção do processo (direção material, em especial) e a adequação à especificidade da matéria litigiosa, flexibilizando e agilizando as formas processuais previstas em abstrato pela lei<sup>309</sup>.

E como já preconizava Barbosa Moreira a quase três décadas, inspirado no processo alemão, “*o lema do processo ‘social’ não é o da contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele; apenas pode ser o da colaboração entre um e outras*”<sup>310</sup>. Entende-se aqui, que o processo social já introduzia o processo moderno, o processo cooperativo, do juiz gestor.

O juiz não pode considerar uma nova causa de pedir, deve, na verdade, trata-se de obrigação, pois está naquele momento no papel de agente público que vela pela Justiça. O juiz deve ser ativo, e ser ativo não significa apagar as responsabilidades processuais das partes e nem tornar inútil o instituto formal da preclusão processual<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Contrária a esta posição BEDAQUE, posiciona-se no sentido de que se houvesse a permissão do juiz julgar extra ou ultra petita, haveria a intervenção no direito material, e por consequência, a publicização da relação material. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

Entretanto, não se trata de interferência na esfera material, pelo contrário, a intervenção é na seara processual, no momento em que o fato passa a fazer parte do processo, ao processo ele pertence, e o juiz, deve considera-lo em prol da eficiência da justiça. O que adiantaria o juiz limitar-se ao que a parte indica e fechar os olhos para fatos fundamentais que definirão à justa composição do litígio? É contra os pilares da justiça.

<sup>309</sup> REGO, Carlos Lopes do. *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso*. Julgar, Coimbra Editora, n.º. 16, 2012, p. 101.

<sup>310</sup> MOREIRA, Op. Cit., 1985, p. 149.

<sup>311</sup> JORGE, Op. Cit., 2007, p. 83.

O princípio da eficiência processual, inerente ao Estado Democrático de Direito, impõe ao juiz um dever, o dever de eficiência. O dever de eficiência exige que o juiz escolha um meio mais eficiente, e exerça uma função interpretativa dos textos normativos com intuito de garantir um processo mais eficiente.

A gestão processual, surge neste caminho como solução para a implantação de uma nova causa de pedir. Ao verificar o caso, o juiz permitiria a modificação da causa de pedir, desde que fosse resguardado o princípio do contraditório e o fato fosse relevante para a causa, isso tudo em nome da eficiência do processo.

A gestão processual prevista no art. 6º do CPC português e, também, oriundo da interpretação do novo CPC brasileiro (através da implementação do princípio da eficiência), possibilita ao juiz a interferência nos fatos (gestão material)? A resposta merece ser positiva, se resguardado os princípios do contraditório e princípio da igualdade.

O art. 6º, n.º 1, do CPC português, ao atribuir ao juiz poderes de gestão processual objetiva transformar o processo rígido em processo flexível, resultante de uma decisão discricionária do juiz. A gestão implica um juiz dedicado à resolução célere e justa da causa, sendo traduzida por dois aspectos, o substancial na condução do processo, e o formal na adequação processual<sup>312</sup>. Os poderes “ativos” concedidos ao tribunal é decorrente do modelo publicístico de processo<sup>313</sup>.

Vale pontuar, nesta altura, a proposta de reforma do CPC brasileiro. Está previsto no art. 8º: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Da redação consta a palavra “eficiência”, e disto conclui-se que, trata-se de um princípio, e deve ser traduzido como o de gestão material do juiz. Dessa maneira, ver-se que a gestão processual vai passar a integrar o ordenamento processual brasileiro, devendo o juiz gerir o litígio com base na flexibilidade das formalidades, em nome, da justiça substancial.

Como já bem dizia o MESQUITA, porquê fechar a porta a fatos essenciais que surgem, mais tarde, no processo? Fundamental, é tão somente, garantir o princípio do

---

<sup>312</sup> E conclui o autor, 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”. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de direito privado, n.º 43, 2013, p. 10.

<sup>313</sup> Ibid., 2013.

contraditório. E continua a defender que “o processo tem de ser flexível e caminhar sempre para a descoberta da verdade”. É isso se espera na presente defesa, a negativa à rigidez exacerbada dos formalistas, pois se espera a eficiência<sup>314</sup> da Justiça Cível.

Se for pensar a respeito do velho ditado: *o que não está no processo, não está no mundo*, de logo, a de se aperceber que na situação dos fatos essenciais trazidos aos autos por uma testemunha, por exemplo, o fato existe para o processo, apenas não poderá ser considerado porque não foi trazido no momento adequado, pelo autor e pelo réu. É ilógico o ditado. Ora, se só pode ser considerado o fato presente no processo, porque não considerar esse fato novo?

### 3.2 ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR

O ordenamento processual, seja no Brasil ou em Portugal, impede a alteração da causa de pedir, após a estabilização da demanda (ou instância)<sup>315</sup>. O impedimento justifica-se porque o objeto do processo precisa estar dimensionado e as partes precisam saber sobre o que estão litigando. Isto, em nome da liberdade de disposição e do direito da parte contrária e do juiz conhecerem o objeto da contenda.

As leis processuais destes países preconizam a teoria da substanciação para determinar a causa de pedir como elemento necessário para conformação do objeto do

---

<sup>314</sup> Eficiência não se confunde com eficácia e efetividade. Nos ensinamento de Leonardo da Cunha, a eficácia consiste na aptidão ou capacidade da norma ou fato jurídico de produzir efeitos, o que independe se produzirá ou não efeitos, de fato. É a chamada, qualidade para ser eficaz. Já a efetividade, diz respeito ao cumprimento das normas jurídicas, “*uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários*”. E conclui referido autor, que “*enquanto a eficácia é a aptidão para produzir efeitos, a efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma*”.

A eficiência, por outro lado, “*mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados*”. A eficiência tem relação com o alcance das finalidades pré-estabelecidas, o que diz respeito aos meios empregados para tanto. É neste campo, da eficiência, que procura edificar a diretriz deste trabalho, do abandono ao Estado Liberal e Estado Social de Direito, para o Estado Democrático de Direito. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Material gentilmente cedido pelo autor, p 2-5.

<sup>315</sup> De início, já cumpre atentar para o que em 1948 Alberto dos Reis delimitava como sendo a estabilidade da instância. A estabilidade ocorre quando a parte ré é citada, depois que estável fica a demanda, não poderá ser alterado qualquer elemento, essa é a regra geral. Entretanto, o princípio da estabilidade da instância não é rígido, fazendo com que os elementos do processo possam ser alterados em situações apontadas na legislação processual. REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 1948, p. 368.

processo. Os fatos (essenciais, complementares e concretizadores), por sua vez, como defendido, integraram a causa de pedir.

De logo, percebe-se que, relacionado aos fatos complementares e concretizadores pode haver alteração, já que o CPC português, no art. 5º autoriza. Daqui, conclui-se que os fatos “auxiliares” dos essenciais, e que compõe, da mesma forma, a causa de pedir, podem ser alterados, prontamente, pergunta-se se a possibilidade de alteração deste fatos, representa alteração da causa de pedir. A resposta é negativa. Os fatos complementares e concretizadores complementam a causa de pedir, e tal situação é permitida.

O problema é encontrado nos fatos essenciais. Estes, de maneira alguma, podem ser modificados, pois caracterizam o núcleo fático essencial, ou seja, os fatos principais da pretensão que darão origem aos pedidos. A teoria da substanciação ao determinar que os fatos precisam ser concretos, cria o grande obstáculo para a possibilidade de alteração da causa de pedir.

Não obstante, a teoria da individualização permite que o autor apenas indique o pedido. As causas de pedir, por sua vez, se concretizavam durante o transcurso do processo. Nesta teoria poderia se falar, sem qualquer impasse, em alteração de causa de pedir, contudo, tal teoria não vigora nos ordenamentos jurídicos aqui tratados.

Desse modo, qual seria a solução para a modificação da causa de pedir? Uma outra teoria da causa de pedir, poderia ser formada para poder se falar em permissão para alteração da causa de pedir?

A legislação processual alemã preconiza que é permitido completar a matéria de fato durante o processo, ou seja, completar a causa de pedir, consoante §§ 139, 264 n.º 1, § 277 IV, 296 a, 335 I n.º 3, do ZPO<sup>316</sup>. Por outro lado vem a assentar uma nova teoria da causa de pedir, ao defender que, apesar de ser proibido a alteração da causa de pedir, os fatos alegados pela parte autora precisam ser, unicamente, os fatos necessários ao juízo de conclusão.

Significa dizer que a causa de pedir pode ser completada no decorrer do processo, tendo apenas que alegar os fatos necessários para a individualização ou delimitação do objeto do processo<sup>317</sup>. A teoria proposta nomeia-se de teoria da substanciação mitigada<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> JAUERNIG, Op. Cit., 2002, p. 206.

<sup>317</sup> A doutrina alemã nomeia esta teoria de “teoria da individualização corrigida”. Para esta doutrina a teoria da substanciação e individualização estão ultrapassadas. Ibid., 2002.

<sup>318</sup> FREITAS, Op. Cit., 2013, p. 67.

Dessa maneira, entende-se aqui que a mitigação da teoria da substanciação seria a solução para o problema da alteração da causa de pedir. Ora, se o fato essencial surge ao processo, e é de fundamental importância, é ilógico não o admitir no processo, em razão do engessamento da teoria da substanciação.

A doutrina evidencia dois grandes motivos justificantes para a impossibilidade da alteração da causa de pedir<sup>319</sup>. O primeiro é a economia processual, ao relacionar economia processual com resolução do conflito o mais rapidamente possível. O motivo seguinte é o apego à formalidade do processo, este que tem o caráter ordenador, e por isso, ao possibilitar a alteração da causa de pedir e pedido, o processo fica “*a correr o risco de se transformar num novelo inextricável se deixado ao alvedrio das partes a mudança do pedido ou da causa de pedir a qualquer hora*”<sup>320</sup>.

De fato, ao deparar-se com a história do direito processual, vem à mente tão somente a lentidão da Justiça e as decisões evitadas de verdade material. Se o que deseja é celeridade e decisões “mais justas” não se tem como pensar na inalterabilidade da causa de pedir. Não se concebe um processo atual engessado, sem a possibilidade de inclusão de fatos no processo, porque a lei processual não permite.

Nas várias situações fáticas apontadas até agora, percebe-se que a alteração da causa de pedir é uma necessidade para o processo. A sociedade almeja uma Justiça eficiente, e só se pode alcançá-la, se deixado de lado a rigidez das leis processuais. A proibição da alteração

---

<sup>319</sup>Necessário fazer uma ressalva a respeito dos verbos: alterar e complementar. A complementação dos fatos no âmbito da ação instaurada não significa alteração da causa de pedir? Veja-se a situação de litispendência e coisa julgada, o autor ingressa com nova ação com idêntico pedido posto na ação anterior, contudo, os fatos complementam aqueles contidos na ação anterior, desse modo, estaria falando em fatos novos complementares. Pela razoabilidade, não seria necessário a propositura de nova demanda, já que os fatos apenas complementam, e assim, configurariam fatos secundários, não havendo que se falar em complementação da causa de pedir.

Mas se os fatos novos complementares interferisse na causa de pedir? Logo, é de se perguntar: como delimitar a complementariedade dos fatos? Como saber se aquele fato complementa o fato principal, a título de complementação da estrutura da causa de pedir (elemento integrador da causa de pedir), ou se complementa “secundariamente” à causa de pedir? Um exemplo de complementação dos fatos é a situação do autor alegar que pagou a quantia “X” diretamente ao réu. Este é o fato principal. Logo depois, o autor alega que na verdade pagou por intermédio de um terceiro, em duas prestações. Ora, tem-se outro fato, um fato novo. Este fato novo, é complemento da causa de pedir, de modo principal ou secundário? Para se conseguir chegar a uma resposta é preciso verificar se os fatos novos alegados apenas complementam ou fundamentam a matéria de fato. Se fundamentam, há alteração da causa de pedir, pois integram a causa de pedir. *In caso*, tem-se que o segundo fato “pagamento por intermédio de um terceiro, em duas prestações”, configura um complemento, e não um fundamento do fato inicial, seria um fato secundário. Todavia, seria fundamento se alterasse a causa de pedir.

<sup>320</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*, p. 23. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

da causa de pedir é inaceitável, se o que pretende é dar prioridade à substancialidade da decisão.

Todavia, esse rigor formal exacerbado não deve prosperar na sociedade atual. É nesse campo, que ALVARO DE OLIVEIRA pontua os ordenamentos jurídicos que permitem a alteração. Na ordenação processual alemã, previsto no §263, é possível a modificação da demanda, independente da concordância da parte contrária, se o juiz entender estar preenchido o requisito da “oportunidade” (*Sachdienlichkeit*). Para a doutrina alemã, se houver “*o interesse público no rápido desenvolvimento do processo ou as exigências de economia do juízo*”<sup>321</sup>, é possível a alteração da demanda.

No mesmo sentido, o sistema processual da Áustria, no §235, 3, autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não importar em “*um retardamento relevante e um agravamento no desenvolvimento do processo*”<sup>322</sup>. Do mesmo modo, a Ordenança Processual de Berna §94, admite a alteração da ação e até da reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, desde que baseada em “*causa de pedir semelhante à anterior pretensão ou conexa com a exercida, desde considere o juiz não decorrer daí considerável agravamento ou demora no andamento da causa*”<sup>323</sup>.

No Código de Processo Civil português era permitido a alteração da causa de pedir, no momento da réplica, conforme preconizado no art. 273º, incisos 1 ao 6, desde a Reforma de 95/96. Contudo, a modificação não poderia implicar em relação jurídica diversa da controvertida, isto é, não pode ser alterada a causa de pedir próxima. Outro fato importante, é que este permissivo apenas autorizava a alteração neste momento processual, e desde que o autor aceitasse (respeitando o princípio do dispositivo), e se o processo admitisse tal modificação<sup>324</sup>.

O direito brasileiro, não obstante todas a evolução dos ordenamentos europeus, não chegou nem a essa “pequena” conquista do direito português. O processo civil brasileiro é acima de tudo bastante rígido.

---

<sup>321</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. p. 23. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

<sup>322</sup> OLIVEIRA, Ibid.

<sup>323</sup> OLIVEIRA, Ibid.

<sup>324</sup> A lei processual já permitia a alteração da causa de pedir por acordo entre as partes, conforme previsão do 272º, e confirmada na nova redação dada em 2013, consoante art. 264º, do CPC português.

Curioso apontar o que previa o Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº. 166/2010), na sua redação originária, para demonstrar-se que por pouco não se chegou a um grande avanço no sistema processual dirigido pela formalidade exacerbada<sup>325</sup>. O art. 314 do PNCP, na sua redação originária anunciava:

Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar.  
Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contra posto e à respectiva causa de pedir. (grifos nossos)

O projeto permitia que fosse aditada ou alterada a causa de pedir<sup>326</sup>, sem o consentimento do réu, desde que respeitado duas condições: a boa-fé e o contraditório. A boa-fé era a condição que competia ao autor demonstrar, ou seja, o aditamento da causa de pedir dependia de ato de boa-fé. De logo, por outra banda, podia-se dizer que garantido estava o processo justo<sup>327</sup>, pois era assegurado o princípio do contraditório.

Importa frisar o termo utilizado na redação “desde que o faça de boa-fé”. A boa-fé<sup>328</sup> pode ser o caminho? As partes atuando em todo o processo com boa-fé, pode ser sim o

---

<sup>325</sup> O art. 314, contudo, continha algumas falhas que poderiam ensejar em entendimentos equivocados, conforme apontadas por Marinoni e Mitidieiro, “*É claro, contudo, que eventual adição ou alteração da causa de pedir e do pedido realizada pelo autor pode causar prejuízo, no plano do direito material, ao réu. A maneira como está redigida a regra pode levar à conclusão – equivocada – de que não será permitida a adição que se esclareça desde logo que a preocupação é com eventual prejuízo aos direitos processuais do réu e não com sua situação no plano do direito material diante da adição e alteração dos elementos objetivos da demanda*”. MARINONI, L. G.; MITIDIEIRO, D. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 115.

<sup>326</sup> HOFFMAN, G. A.; MOTRESOL, D. *O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo Código de Processo Civil*. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR, v. 14, nº. 1, p. 55-69, jan./jun. 2011, p. 64/65.

<sup>327</sup> Processo justo este entendido como enfatizado na lição de Mitidieiro, “*o direito ao processo justo visa a assegurar a obtenção de uma decisão justa*”. MITIDIEIRO, Daniel. *Direito fundamental ao processo justo*. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, nº. 45, nov-dez, 2011, p. 25.

<sup>328</sup> A boa-fé é “*fonte de pacificação, de convalidação, de socialização e de aquisição de direito*”. STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

A boa-fé é dever das partes e do juiz, é um princípio que deve orientar a todos os sujeitos do processo. FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. 1º, 2ª ed. 2008, p. 516. O princípio da boa-fé no ensinamento de Sampaio, “*materializa-se como dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, não frustrando a confiança legítima dos demais sujeitos de uma relação jurídica*”. E continua acentuando este doutrinador que, o grande problema de se alcançar a ordem jurídica justa é proveniente, também, da falta de lealdade que atuam as partes, da ausência do espírito de cooperação. SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118-120.

A boa-fé está ligada diretamente à honestidade, lealdade e probidade no comportamento, logo, “*todos os que atuam no processo devem, enfim, observar o princípio da boa-fé, atuando com lealdade e com respeito à confiança legítima*”. CUNHA, Op. Cit., 2012, p. 71-75.

A boa-fé apresenta-se legalizado no art. 14, II, do CPC brasileiro, como sendo um dever das partes e de todos os sujeitos que participam do processo. Com a nova redação a ser preconizada com o NCPC, a boa-fé é homenageada de forma a constituir um princípio fundamental do processo, com o art. 5º: “*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”.

caminho que o processo necessita. O processo antes visto como mero instrumento técnico é, na verdade, um instrumento ético voltado a pacificar com justiça<sup>329</sup>, é, assim, que a boa-fé identifica-se como o fio condutor do processo. É a lealdade entre as partes que garantirá a ordem jurídica justa. Neste caminho, cumpre acentuar que, na maioria das vezes, a responsabilidade pela demora na outorga da prestação jurisdicional é resultado da atuação das partes na perspectiva desviar o caminho do processo ao fim social<sup>330</sup>.

Não obstante, fosse um grande avanço o art. 314 poderia causar muita insegurança jurídica, pois as partes, se valendo deste preceito poderiam modificar ou aditar a causa de pedir sem limitação. Seria necessário a intervenção do juiz na ocasião deste aditamento ou alteração, e ainda, desde que se mostrasse necessário para a boa decisão material da causa, ou seja, se no decorrer na demanda, surgisse algum fato novo ou evidenciado fosse um fato no processo.

Em contrapartida, a redação final aprovada em 25 de março de 2014 alterou referido artigo, não sendo mais permitida a alteração ou aditamento da causa de pedir ou pedido, apenas com o consentimento do réu, agora estando previsto no art. 330 do PNCPC<sup>331</sup>. Permaneceu o que já existia na sistemática processual do CPC de 1973, apenas com o “consentimento do réu”.

Tal regressão resultou dos riscos envolvidos na opção do legislador. A maior parte da doutrina consagrada brasileira, entendeu que a previsão contida no art. 314 “*abriria uma*

---

No ordenamento português a boa-fé era prevista no CPC/95 no art. 266º-A, com a reforma de 2013 passou a ser preconizada no art. 8º: “*as partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior*”. Percebe-se que a boa-fé no direito processual civil português continua a associar a boa-fé a cooperação. Assim, é possível dizer que a boa-fé no sentido positivo associa-se à cooperação, determinado que as partes comportem de tal maneira, e no sentido negativo, determina que as partes não se comportem de tal maneira. MESQUITA, Miguel. *Princípio da boa-fé processual*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 04 abr. de 2013.

<sup>329</sup> SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 120.

<sup>330</sup> Levando esta assertiva em linha de conta, pode dar como exemplo da atuação das partes para retardar o fim do processo, “*a utilização indiscriminada das vias de impugnação, a criação de incidentes processuais desnecessários, o abuso da faculdade de peticionar, o protesto por provas desnecessárias e de difícil produção, entre outros comportamentos, têm procrastinado a tramitação processual e, por vezes, ocasionado a perda de utilidade da prestação jurisdicional esperada*”. SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 121.

<sup>331</sup> PROJETO DE LEI NO 8.046, DE 2010: Art. 330. O autor poderá:

I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu;

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

*porta para o processo eterno*<sup>332</sup>”. Significa dizer que o processo nunca teria fim, pois sempre poderia ser modificada a causa de pedir e o pedido, alongando a duração do processo. Tem-se que o fundamento desta doutrina é baseado no princípio da duração razoável do processo, que liga-se ao princípio da economia processual.

A outra parte da doutrina, a vencida, defendia a flexibilidade com fundamento no princípio da economia processual, pois nada adianta para o processo findar-se, sem resolver a contenda, sendo necessário ingressar com novo processo, afinal, não se pode alterar a causa de pedir e pedido. Ora, se possível fosse o aditamento ou alteração, no processo em curso, evitaria a proposição de novo processo sob o mesmo objeto, “*nesse caso, a ampliação objetiva evitaria a propositura de nova ação, e, nesses termos, ainda que gere uma dilação temporal para o processo já em curso, será positivo para o sistema como um todo*<sup>333</sup>”.

Conclui-se, que se vistas as coisas sob o prisma da cooperação, o formalismo processual já se encontra ultrapassado a tempos, e tem-se que permitir a alteração do pedido e da causa de pedir<sup>334</sup>.

### 3.3 RELEITURA DO ART. 5º DO CPC PORTUGUÊS SOB À LUZ DO PROCESSO FLEXÍVEL

A primeira anotação merecedora de atenção é o enunciado do art. 5º, do CPC português de 2013: “*ônus da alegação das partes e poderes de cognição do tribunal*”. Não se tem mais a constância da expressão: “princípio do dispositivo”, como outrora era evidenciada no CPC de 1995/1996, no art. 264º.

A alteração do título, com a retirada do termo “princípio do dispositivo” indica que o referido princípio deixou de existir no ordenamento processual português? Ou o legislador teve a mera intenção de dizer que o princípio do dispositivo não deverá estar “entranhado” no processo civil, ou seja, deverá ser flexibilizado? Se essa foi a intenção, parece um bom começo.

---

<sup>332</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 374.

<sup>333</sup> *Ibid.*, 2014.

<sup>334</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. p. 25. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

Outrossim, se a intenção foi a de retirar o princípio do dispositivo como sendo orientador do processo civil, talvez tenha sido um pecado. Mas não é nesse sentido que a doutrina pensa<sup>335</sup>, e não é isso que se defende aqui. Pensa-se que o princípio do dispositivo apenas recebeu nova nomenclatura.

O princípio do dispositivo será sempre o vetor do processo civil, assim, a doutrina<sup>336</sup> acertadamente pontua que não há explicação para a exclusão da epígrafe do art. 5º, afinal, o princípio do dispositivo é o princípio do Estado Democrático de Direito. É do Estado Democrático porque resguarda o direito privado<sup>337</sup> das partes e bloqueia o julgamento do caso “à bel prazer” do órgão julgador, isto é, a participação de todos os sujeitos processuais é efetivada através do diálogo, mas limitada pelas garantias da democracia.

A análise que passa ser feita agora é do enunciado no n.º 1 do, art. 5º: “às partes cabe alegar”. O verbo caber está como sinônimo de incumbe, mas incumbir significa um poder ou um ônus? É um ônus processual, quando a letra da lei refere-se às partes, como bem acentua a doutrina de Nuno de Lemos Jorge<sup>338</sup>. No entanto, citado autor enfatiza que isto é a regra. Ou seja, será que este enunciado não significa um dever, já que sem o fato essencial o processo não é eficaz?

Neste momento entra o princípio da autorresponsabilidade das partes. Pela regra legal, a alegação dos fatos não constitui dever, mas a partir do momento que as partes não alegam os fatos, não serão elas responsabilizadas pela sua omissão? Não seria dever das partes para consigo mesmo, para alcançar o êxito da sua pretensão ou exceção? Desta feita, entende-se aqui que seria “dever” para obter o êxito, em outras palavras, seria um “dever interno” das partes.

O próximo passo a ser dado nesse caminho, é o chamado passo “decisivo”, e é referenciado com a pergunta: há a quebra do princípio do dispositivo com a reforma de 2013? A dúvida que se coloca de saber se o princípio do dispositivo está no Código de Processo

---

<sup>335</sup> GOUVEIA, Mariana França. *O princípio dispositivo e a alegação de fatos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2014, p. 602. Em sentido idêntico Rita Lobo Xavier se posiciona, vide: XAVIER, Rita Lobo. *O processo de declaração*. Jornadas de Processo Civil - A reforma do Código Processo Civil, organizada pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses e Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Chaves, 19 de abr. de 2013.

<sup>336</sup> GOUVEIA, Op. Cit.

<sup>337</sup> Nesse caminho defende, acertadamente, Montero Aroca que negar o princípio do dispositivo é negar a existência da natureza privada dos direitos subjetivos materiais, como se verifica: “*negar la plena aplicación del principio dispositivo, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego*”. AROCA, Op. Cit., 2001, p. 69.

<sup>338</sup> JORGE, Op. Cit., 2007. p. 63.

Civil, no seu “perfeito estado”? De logo indaga-se: o princípio do dispositivo está completo? A estrutura do artigo 264º, agora 5º, não foi alterada, e o conteúdo? É isso que será verificado.

O princípio do dispositivo corresponde apenas aos fatos essenciais? Se entender que o dispositivo perfaz tão somente os fatos essenciais, excluindo todo o resto, resguardado está o princípio, e não haveria que se falar em quebra do dispositivo. Entretanto, se considerar que os fatos concretizadores e complementares também fazem parte dos fatos fundamentais, e assim, integram a causa de pedir, e com a reforma de 2013 foram incluídos no rol dos secundários, o que enseja o aproveitamento do juiz, mesmo que as partes não tenha alegado, poderia se falar em quebra do dispositivo?

Para a doutrina de MIGUEL MESQUITA, os concretizadores e complementares são essenciais podendo ser diferenciados<sup>339</sup>, contudo, todos os fatos são no fundo essenciais<sup>340</sup>. Significa responder a indagação de modo afirmativo, houve a quebra do princípio do dispositivo. O princípio do dispositivo não está mais no seu “estado perfeito”, e aqui, entende-se como “estado perfeito”, o estado formal concedido pela legislação processual.

Para MARIA JOSÉ CAPELO há a quebra do princípio do dispositivo por duas principais razões<sup>341</sup>. A do juiz poder conhecer de ofício os fatos complementares e concretizadores, e a segunda razão, a de que deve o juiz convidar às partes para aperfeiçoarem os articulados. Analisa-se a primeira razão, e verifica-se o problema inicial de que o legislador não identificou os fatos, e é justamente a identificação dos fatos na prática que leva às dúvidas, pois um fato hora pode assumir um papel de concretizador, e logo mais à frente, assumir um papel de complementar. Era preciso ter o legislador abordado, em minúcias, a classificação dos fatos, os qualificando devidamente, para evitar discussões

---

<sup>339</sup> Há doutrina que contrapõe-se, afirmando não ser possível a diferenciação dos fatos complementares, concretizadores e os essenciais em abstrato, apenas no caso concreto. Por isso, não existem os fatos complementares concretizadores, como bem observa-se os argumentos de PAULA COSTA E SILVA: “os factos são concretizadores ou complementares de outros factos, quer estes sejam factos essenciais, quer sejam instrumentais. Os conceitos de concretização e de complementariedade pressupõem uma relação. Pelo que só se pode dizer que um facto tem uma função de complementarização ou de concretização quando se estabelece uma relação entre ele e outros factos. Não há factos concretizadores ou complementares em abstracto”. SILVA, Paula Costa e. *Saneamento e condensação no novo Processo Civil: A fase da audiência preliminar*. In: Aspectos do novo Processo Civil. LEX, Lisboa, 1997, p. 230.

<sup>340</sup> MESQUITA, Miguel. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 09 de nov. e 16 de nov. de 2012.

<sup>341</sup> CAPELO, Maria José. *A instância, os actos processuais e princípios gerais*. Jornadas de Processo Civil - A reforma do Código Processo Civil, organizada pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses e Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Chaves, 19 de abr. de 2013.

doutriniais e até jurisprudenciais. A segunda razão a que a autora anuncia é que a partir da reforma, apenas os fatos essenciais não podem ser alterados, respeitando os arts. 590º e 265º, mas, por outro lado, deve o juiz considerar os fatos complementares e concretizadores de ofício. E o que são os fatos complementares e concretizadores, mais do que essenciais? São essenciais, logo, houve a quebra do princípio do dispositivo.

Neste caminho, citada doutrina aponta que com a ampliação dos poderes de cognição do juiz anunciado com o novo Código de Processo Civil, “*enfraqueceu-se o princípio da auto-responsabilidade das partes na conformação da matéria de facto em nome de uma maior “publicização” do processo civil*<sup>342</sup>”.

Nesta linha, da leitura do art. 5º, ver-se no nº. 2, os fatos nos quais os poderes de cognição do tribunal podem considerar. Primeira pergunta: pode ou deve o juiz considerar? Na alínea *a* e *b* constam o termo “*que resultem da instrução da causa*”, que de imediato origina a segunda pergunta: só podem ser considerados os fatos que resultem da instrução da causa? Qual momento processual compreenderia a instrução da causa?

Na alínea *b*), não fica claro se o juiz apenas poderá considerar os fatos instrumentais que surgirem “espontaneamente ao processo” durante a instrução da causa, ou se, ele próprio pode investigar e detectar oficiosamente tais fatos. Todavia, o juiz tem o poder inquisitório (art. 411º), devendo investigar oficiosamente. É dever ou poder?

Na alínea *b*), diferente da *a*), anuncia que é preciso garantir a possibilidade das partes se pronunciarem (princípio do contraditório). Ora, apenas nos fatos complementares e concretizadores, é preciso oportunizar o contraditório? E nos instrumentais não? Diante disso pode-se dizer que os complementares e concretizadores são de fundamental importância à lide, e se não garantir o princípio do contraditório, com intuito de evitar decisões surpresa, a decisão pode ser anulada. A última pergunta resulta desta conclusão: os complementares e concretizadores são essenciais? Por mais esta razão afirmasse que sim.

Para Lebre de Freitas, o art. 5º, nº. 2, al., *b*), na verdade, resguarda o princípio do dispositivo (disposição da alegação das partes), ou seja, a vontade da parte importa na situação do aproveitamento dos fatos complementares e concretizadores<sup>343</sup>. Não se compreende que seja disponibilizado as partes o aproveitamento ou não dos fatos. Ora, se os fatos surgiram no processo, é interesse público que sejam aproveitados, pois quando um caso

---

<sup>342</sup> CAPELO, Maria José. *Os fatos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143º, n.º 3985, mar.-abr., 2014

<sup>343</sup> FREITAS, Op. Cit., 2013, p. 69.

é levado ao Judiciário, o caso deixa de ser apenas das partes, e passa o Estado a ter interesse de julgar com o máximo de justiça.

Como já se é sabido, em relação a esses fatos, o poder inquisitório do juiz prevalece sob a vontade das partes, conforme a nova redação dada ao art. 264º do CPC/95.

Como diz MIGUEL MESQUITA, a reforma de 2013, permite ao juiz, de ofício, considerar os fatos sem ter a necessidade de as partes manifestarem vontade de aproveitá-los. Com isso, ver-se a quebra do princípio do dispositivo<sup>344</sup>.

Nesta linha, pensava-se que a reforma ocorrida em 1995 teria abandonado o dispositivo, pois era possível aproveitar os fatos essenciais complementares e concretizadores, contudo, era preciso que as partes manifestassem interesse dele se aproveitar. Significa dizer que às partes era, ainda, exclusivo saber quais fatos gostaria de ver considerados do processo, logo, o princípio do dispositivo estava resguardado<sup>345</sup>.

Conclui-se, a partir dessa assertiva, que a reforma de 2013, ao retirar a necessidade de manifestação das partes para aproveitar os fatos complementares e concretizadores houve a quebra o princípio do dispositivo.

Anteriormente à reforma de 2013, as partes tinham que se manifestar sobre a vontade de aproveitar os fatos complementares e concretizadores, não havendo limitação ao princípio do dispositivo, mas tão somente, ao princípio da preclusão<sup>346</sup>. Todavia, verificada referida colocação, identifica-se que após a reforma processual, não se faz mais necessário a manifestação das partes, permanecendo tão somente a necessidade do princípio do contraditório. Haveria, com essa nova perspectiva, limitação ao princípio do dispositivo? A resposta é positiva. Todavia, apesar da flexibilização do princípio do dispositivo ser essencial para o processo se desenvolver substancialmente, a manifestação das partes é importante, pois pode ocorrer situações em que as partes não queiram ver ao processo fatos

---

<sup>344</sup> MESQUITA, Miguel. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 09 de nov. e 16 de nov. de 2012.

<sup>345</sup> É a lição que se retira da conclusão de Montalvão Machado, ao anunciar que “*em relação aos fatos essenciais da causa, mantém-se o princípio, embora modificado, o qual pode ser enunciado da seguinte forma: - Se são as partes que mais correctamente sabem quais os factos fundamentais às suas pretensões, também são elas que mais correctamente sabem quais os factos que devem ou não ser carreados para o processo e, de entre os não alegados que surjam da instrução da causa, quais os que devem ou não ser aproveitados*”. MACHADO, António Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 357.

<sup>346</sup> REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I, 2ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2004, p. 252.

da intimidade, mesmo sendo estes, essenciais. Logo, deveria ter permanecido a redação do art. 264º do CPC antigo, entretanto, com o papel ativo do juiz nos fatos do processo.

No que diz respeito ao princípio do contraditório, curioso se faz anotar que na redação do art. 264º, nº 3, do CPC/95, constava como condição para ser aproveitados os fatos complementares e concretizadores, a faculdade da parte contrária do exercício do contraditório. Hoje, com a reforma de 2013, conta apenas a redação no art. 5º, nº. 2, c: “*desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar*”. Porque houve a alteração da nomenclatura *contraditório*, para *possibilidade de se pronunciar*?

Ver-se aqui, mais uma vez, a questão da mudança da nomenclatura pelo legislador. Dessa maneira depara-se com a situação de saber se foi intencional ou não a alteração, se isso resulta em alteração de conteúdo. Entende-se que o nome “contraditório” seria o mais apropriado, por carrear nele o diálogo, de imediato. Contudo, há de se compreender que o termo “possibilidade de se pronunciar” leva à faculdade da parte falar sobre os fatos. Logo, se extrai que não houve prejuízo substancial, mas poderia ter permanecido o termo “contraditório”.

De tudo explanado, pode-se dizer que o art. 5º representou a quebra do princípio do dispositivo, mas não a sua retirada do ordenamento, pois sem sua presença não seria possível falar em processo civil. Da releitura realizada, propõe-se a possibilidade de consideração pelo juiz dos fatos essenciais novos, entende-se de novas causas de pedir, quando verificada a relevância do fato para o processo, e desde que garantido o princípio do contraditório.

#### 3.4 A TESE DEFENDIDA. ALARGAMENTO DA BASE INSTRUTÓRIA AOS FATOS ESSENCIAIS RELEVANTES, NA BUSCA DA EFICIÊNCIA DA JUSTIÇA CÍVEL

A reforma processual a ser introduzida no Brasil e a já vigente no sistema português têm como objetivo maior garantir à celeridade processual e o direito substancial. Não basta que as sentenças sejam “*processualmente completas*”<sup>347</sup>, é preciso que resolvam a pretensão material. Este é o grande pilar.

---

<sup>347</sup>HOFFMAN, G. A.; MOTRESOL, D. *O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista Ciência Jurídica, UNIPAR, v. 14, nº. 1, jan./jun. 2011, p. 66.

A rigidez do sistema processual, no apego às formas, acaba por sequenciar a prolação de sentenças “vazias”, o que significa, negar à garantia a efetividade do direito material<sup>348</sup>. Deste modo, nada adianta uma sentença ausente de conteúdo substancial e “cheia” de substrato formal, pois ela continuará a ser oca.

A moderna processualística alemã enfatiza que o princípio do dispositivo<sup>349</sup> sofre sua mitigação com os deveres do juiz de perguntar e esclarecer. Este dever está ligado ao alcance da maior proximidade com a verdade dos fatos. Assim, o juiz solicitando o esclarecimento às partes, é possível chegar a um maior esclarecimento da realidade fática<sup>350</sup>. Através deste ensinamento – a direção material do juiz é revelada como grande pilar do processo. O juiz ao conduzir o processo de modo ativo, garante ao conflito, uma maior chance de atingir a verdade material<sup>351</sup>.

Porque não pensar na mitigação do princípio do dispositivo, no aproveitamento, pelo juiz, dos fatos “bem-vindos” ao processo, mas fora do tempo formal imputado pela lei processual? É necessário ao processo os deveres imputados ao juiz de perguntar e esclarecer, e também o dever de aproveitar os fatos fundamentais para a lide, pois “*com isso, o juiz pode*

---

<sup>348</sup> O princípio do dispositivo é uma regra formal. As regras formais dão funcionamento ao sistema, garantindo economia e segurança jurídica, sendo indiscutivelmente necessárias. Mas as regras formais também precisam ser flexibilizadas. Flexibilizar para quê? Para garantir à sociedade uma decisão materialmente justa.

<sup>349</sup> Na doutrina alemã denomina-se princípio da instrução por iniciativa das partes. JAUERNIG, Op. Cit., 2002.

<sup>350</sup> Há muito já defendia Pessoa Vaz, que o dever de perguntar e esclarecer favorece a lealdade no processo e clarificação no litígio, isso aplicado à conciliação. VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*. Vol. I, Tomo I, Coimbra, 1974, p. 74-83. Ora, se isto é fundamental para a conciliação, é na verdade, essencial para o processo. A cooperação que fornece o diálogo entre os sujeitos processuais é de fato, primordial para o processo.

<sup>351</sup> §139 da ZPO, prescreve:

1. Na medida da necessidade, o tribunal tem de fazer perguntas e discutir com as partes a relação litigiosa, em seus aspectos fáticos e jurídicos. Ele tem de conseguir que as partes esclareçam os fatos relevantes oportunamente e de maneira ampla, esclarecendo especialmente informações sobre os fatos invocados insuficientes dadas, indicando os meios de prova e formulando os respectivos pedidos.
  2. O tribunal tem permissão de fundamentar a sua decisão num ponto de vista que passou despercebido ou que tenha sido considerado irrelevante por uma das partes, desde que ele as comunique e possibilite a manifestação acerca deste ponto de vista e, ainda, desde que não se trate de uma pretensão acessória. O mesmo vale para um ponto de vista que o tribunal enxergue de um modo distinto que ambas as partes.
  3. O tribunal tem de chamar à atenção das partes para considerações que por seu conteúdo devam ser conhecidas de ofício.
  4. Os avisos contidos nessas disposições devem ser dados tão cedo quanto possível e devem ser registrados. A comunicação do aviso só pode ser provada pelo conteúdo do registro nos autos. Contra o conteúdo do registro só admissível a objeção de falso.
  5. Quando não for possível para a parte esclarecer imediatamente aquilo que lhe foi requerido, desta feita, a pedido dessa parte, deve o tribunal conceder um prazo no qual a parte prestará o esclarecimento por escrito.
- Tradução livre do original em DEL CLARO, Roberto Benghi. *Direção material do processo*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 178-179.

*proporcionar a vitória à verdade e mostrar-se um auxiliar imparcial de ambas as partes*<sup>352</sup>”. E qual a razão de ser do esclarecimento dos fatos? Porque, no processo é inaceitável vencer a parte mais hábil, ou com maior esperteza, deve, vencer a parte que tem razão<sup>353</sup>.

É preciso desapegar da visão individualista-liberal, é preciso enxergar o processo de maneira cooperativa. E qual a razão da resistência da doutrina e jurisprudência do apego ao dispositivo? Seria pela falsa sedução do discurso liberal<sup>354</sup>? Pode ser que sim, mas o que pesa, sobremaneira, é o medo do ativismo do juiz e por consequência, do que isto pode gerar, a tão temida parcialidade judicial. Ir além do horizonte e ultrapassar a barreira endurecida da formalidade exacerbado, essa é a proposta.

Atenta-se, os princípios informadores do processo civil não são absolutos. Constitui grave erro metodológico construir pela via dedutiva “*um sistema processual completo e fechado, que se desdobra em rígido encadeamento lógico até as últimas consequências*”<sup>355</sup>. Até porque não mais se aceita os princípios como garantias constitucionais absolutas. A proporcionalidade é o vetor que conduz a aplicação dos princípios, é a relativização em face das possibilidades<sup>356</sup>. No tocante, a relativização dos princípios determina a ponderação de valores inerentes ao próprio princípio, e com isso, alcança-se a justa solução do litígio<sup>357</sup>.

Em defesa continuada nesta direção, acentua-se que a relativização dos princípios processuais oferta uma maior atuação dos poderes do tribunal na condução processo. Com essa atuação do juiz, é possível mitigar os formalismos incompatíveis com os “*novos rumos tomados pelo Processo Civil moderno*”<sup>358</sup>.

Isto quer dizer que, deve o juiz atuar mais ativamente na condução do processo e adotar providências judiciais efetivas. No caminho aqui trilhado, a doutrina já vem defendendo o redimensionamento do princípio do dispositivo em nome do princípio da igualdade substancial<sup>359</sup>.

---

<sup>352</sup>Ibid., 2002, p. 140.

<sup>353</sup>Ibid., 2002, p. 141. Afinal, “*o processo não é um jogo de futebol e o tribunal nenhum árbitro, que só tem de atender à observância das regras do jogo e depois da luta entrega o prêmio, a sentença*”.

<sup>354</sup>PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 124.

<sup>355</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. Revista de Processo, ano IX, nº. 35, 1984, p. 238.

<sup>356</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 117.

<sup>357</sup>SAMPAIO, Op. Cit., 2008, p. 96.

<sup>358</sup>Ibid., 2008, p. 100.

<sup>359</sup>Ibid., 2008, p. 105. Esta doutrina defende que além do redimensionamento do princípio do dispositivo, os princípios do contraditório e ampla defesa, devem seguir esta direção.

PESSOA VAZ propunha em 1945 a possibilidade de consideração na sentença, na época dos fatos instrumentais, não alegados pelas partes. Naquele período do processo civil, não era permitido a introdução de fato não alegado pelas partes, em nome do princípio do dispositivo. Neste caminho, o princípio do inquisitório encontrava-se óbice absoluto na disposição das partes. Entretanto, como reafirmado insistentemente no Código, a verdade material, a justa decisão da causa e a boa administração da justiça, deveriam prevalecer. Logo, os poderes do juiz deveriam ser alargados para permitir a inclusão do fato (não alegado) na sentença<sup>360</sup>.

Dessa maneira, como nesse tempo já defendido por PESSOA VAZ, se o Código de Processo Civil objetivava a justa composição da lide, não se pode negar a ampliação dos poderes do juiz, para considerar um fato novo não alegado pelas partes<sup>361</sup>.

Se isto já era pensado em tempos remotos, porque não pensar e defender isto agora? É isto que se quer, o alcance da justa composição da lide, por meio do aproveitamento dos fatos essenciais para o processo.

Se a população jurídica, almeja à paz jurídica, qual a razão do apego imoderado ao formalismo processual? Busca-se os tribunais com a finalidade de restabelecer a paz, através de uma adequada solução do litígio. Para tanto são criadas legislações e empossados magistrados e servidores. Porém o que adianta tudo isso, se a mente de quem precisa e conduz as normas, não compreende que a interpretação da norma é obrigatória. Ainda continuará os juízes a serem a boca da lei? E as partes (advogados) a desejarem a aplicação da letra da lei pura?

O princípio do dispositivo foi firmemente radicado no pensamento liberal dos séculos passados, não podendo na atualidade imaginar as partes como únicas responsáveis pelo desenvolvimento do processo. O princípio do inquisitório serviu ao juiz como vetor fundamental ao processo, conferindo-o “*um papel francamente activo na averiguação da matéria de facto essencial à justa composição da causa*”<sup>362</sup>. Dentro da seara fática do processo moderno, o juiz precisa ser ativo, é questão de necessidade no Estado Democrático que se vive.

---

<sup>360</sup> VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. XXI, 1945, p. 220.

<sup>361</sup> Op. Cit., 1945.

<sup>362</sup> VARELA; BEZERRA; NORA; Op. Cit., 1985, p. 31.

A defesa da tese é o dever do juiz em admitir os fatos importantes no processo. Nessa trilha, a doutrina já vem pregando a necessidade de se admitir a intromissão de fatos até o fim do julgamento, principalmente, os fatos que resultam da fase de instrução da causa<sup>363</sup>.

Para essa doutrina, não importa se o fato é essencial, instrumental, complementar ou concretizador, o que deve ser levado em consideração é o “*nexo factual, transação económica ou pretensões dependentes*”<sup>364</sup>. Na verdade, o que precisa ser levado em conta é a importância daquele fato para a finalização justa do processo, ou seja, a relevância para a causa<sup>365</sup>. Assim, se relevante for o fato, o juiz deve (e não pode) considerá-lo na sentença.

A sociedade precisa compreender a dimensão da aceitação desta proposta. É uma necessidade para o sistema processual, já que o que se defende é um processo mais eficiente e eficaz para às partes e a sociedade.

A defesa da inclusão de fatos durante o transcurso do processo é vista, como bem aponta MARIANA FRANÇA GOUVEIA<sup>366</sup> nos, *Principles of Transnational Civil*

---

<sup>363</sup> É assim que pensa Mariana França Gouveia, ao pronunciar: “*Na minha opinião, deveria admitir-se a alegação ou aquisição de factos até ao fim do julgamento. Repito, entendo que o melhor sistema processual é aquele que considera na sua decisão todos os factos que resultaram da produção de prova e não apenas aqueles que, além de terem resultado da produção de prova, foram alegados nos articulados.*” GOUVEIA, Mariana França. *O princípio dispositivo e a alegação de fatos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2014, p. 600.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 600.

<sup>365</sup> O modelo previsto no Código de Processo do Trabalho português é o modelo que deveria ser seguindo no processo civil moderno. O art. 72º, nº 1 do CPT, para a doutrina de Miguel Mesquita, poderia ser a solução para o princípio do dispositivo no processo civil, constituindo uma solução inovatória. MESQUITA, Miguel. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 23 de nov. de 2012. Na mesma linha, a doutrina de Maria França Gouveia defende a solução consagrada neste artigo. GOUVEIA, Op. Cit., p. 600.

De acordo com referido preceito de lei, o juiz tem o poder/dever de ampliar a base instrutória com fatos não alegados pelas partes, desde que cumpra dois requisitos: os fatos precisam ser relevantes para a boa resolução da causa e que tenham surgido no decurso da instrução da causa. MORAIS, Domingos José de. *Processo laboral: julgamento da matéria de facto*. Disponível em: <[http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodotrabalho2007\\_domingosmorais.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodotrabalho2007_domingosmorais.pdf)>. Acesso em: 23 de mar. de 2014.

O processo trabalhista em razão das três linhas de força que o conduzem, preconizou o art. 72º, nº. 1: “*é assim inequívoco que a verdade material foi proclamada como um dos valores fundamentais a prosseguir pelo processo laboral, concedendo-se por isso ao julgador amplos poderes de indagação oficiosa da verdade, quer recorrendo a meios de prova mesmo que não tenham sido requeridos, quer através da possibilidade de alargamento da base instrutória, mesmo a factos não alegados, desde que se mostrem relevantes para a decisão da causa e sobre eles tenha sido exercido o direito de contraditório*”. ROCHA, Gonçalves. *Poderes do juiz na discussão e julgamento da matéria de facto*. Disponível em: <[http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodotrabalho2007\\_goncalvesrocha.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodotrabalho2007_goncalvesrocha.pdf)>. Acesso em: 25 de maio de 2014.

<sup>366</sup> GOUVEIA, Op. Cit., p. 603.

*Procedure* do American law Institute<sup>367</sup> e do UNIDROIT. O Princípio 10, sob a epígrafe “*iniciativa das partes e objeto do processo*”<sup>368</sup> estabelece duas regras principais, a da disposição do processo pelas partes resguardando o princípio do dispositivo e a possibilidade de alteração do pedido<sup>369</sup>.

A inclusão de alterações no decurso do processo é uma das chaves para a porta da eficiência da Justiça Cível. Alterar e ajustar o caminho que está sendo percorrido é questão de necessidade. E como poderá conceder a ideia para aceitação da tese? A direção material do juiz é um caminho promissor, a gestão processual.

O exercício dos poderes de direção, agilização e adequação da tramitação do processo pelo juiz deve ser orientado para propiciar a obtenção de decisões que privilegiem o mérito ou substância em detrimento da forma. Se assim prosseguir as diretrizes do processo, evitar-se-á que deficiências ou irregularidades puramente formais sejam empecilho para a composição justa do litígio ou distorçam o conteúdo da sentença de mérito, condicionada pelas preclusões processuais<sup>370</sup>.

Mas qual a razão justificante para o juiz dirigir o processo materialmente? Porque “*a função jurisdicional não serve somente às partes, mas, primeiramente, à segurança jurídica da coletividade*”<sup>371</sup>. O juiz, através da sua atuação material, poderá ser o garante da justiça substancial. Afinal, ele precisa garantir o fim último do processo. O primeiro, resolver um interesse individual específico das partes, e segundo, resolver um interesse geral e social do Estado<sup>372</sup>.

Na lição de BEDAQUE, é preciso abandonar o tradicionalismo processual de achar que os atos processuais devem atender à forma determinada na lei, não possuindo os juízes poderes para flexibilizar os rigores da lei. Dentro desta dicção, “*o formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo*”<sup>373</sup>.

---

<sup>367</sup> “*Princípios do Processo Civil Transnacional do Instituto Americano de Leis*”.

<sup>368</sup> “*Party initiative and Scope of the Proceeding*”

<sup>369</sup> 10.1. *The proceeding should be initiated through the claim or claims of the plaintiff, not by the court acting on its own. (...) 10.3. The scope of the proceeding is determined by the claims and defenses of the parties in the pleadings, including amendments.* 10.1. O processo inicia-se através do pedido ou pedidos do autor, nunca pela atuação oficiosa do tribunal. (...) 10.3. O objeto do processo é determinado pelo pedido e pela defesa deduzidas pelas partes nos articulados, incluindo quaisquer alterações. GOUVEIA, Op. Cit., p. 603.

<sup>370</sup> REGO, Op. Cit., 2012, p. 103.

<sup>371</sup> NUNES, Op. Cit., 2012, p. 88.

<sup>372</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá – Zamora y. *Proceso, Autocomposición y Autodefesa: contribución al estudio de los fines del proceso.* Universidade Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 197-198.

<sup>373</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Juiz, processo e justiça.* In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 141-142.

Nesta perspectiva da defesa, ao juiz compete a direção material, e não só formal, do processo<sup>374</sup>. O século XXI quer uma Justiça que se preocupa com a “*efetiva utilidade das suas decisões*”<sup>375</sup>, estão é incompatível com o sistema a formalidade acima de tudo. Isto quer dizer que, além do cumprimento das regras formais, se quer a resolução social do conflito, e por isso, o juiz precisa atuar substancialmente no processo.

A marca do processo moderno é a flexibilidade, assim pronuncia-se Mariana França Gouveia ao dizer que o modelo de flexibilidade é o modelo que deve ser utilizado, mas deve respeitar os direitos e garantias das partes, ou seja, “*o dispositivo (enquanto tradução processual da autonomia privada), o contraditório (enquanto direito fundamental de defesa), a sindicabilidade (enquanto protecção inalienável contra o arbítrio) têm de estar assegurados*”<sup>376</sup>.

É de se concluir que não se pretende um processo flexível sem limites, isso é lógico. Contudo, os limites são os imputados pelo Estado Democrático de Direito, e nele, não se aceita à justiça formal em detrimento da justiça material.

Pretende-se um juiz ativo, dinâmico e diretor do processo, adaptador das regras ao caso concreto, isto é, “*um gestor dos meios postos ao seu dispor para servir as partes*”<sup>377</sup>. O juiz ativo não é o juiz autoritário, é na verdade, o juiz democrático.

Ao falar de eficiência<sup>378</sup>, e mais, em eficiência da justiça cível, é preciso entender o que é eficiência e depois responder a pergunta: eficiência para quê? Como bem sugere

---

Nesse caminho, acentua a doutrina garantista de Luís Correia de Mendonça, que “*se é preciso evitar que as formas processuais sejam um obstáculo à tutela efectiva dos direitos das partes e impedir que um formalismo cego e inútil sufoque a substância do direito, não se pode esquecer que aquelas formas respondem a uma necessidade de ordem, de certeza e de eficiência e que a sua observância representa uma garantia de respeito pelos referidos direitos*”. MENDONÇA, Op. Cit., 2007, p. 73.

Não se está aqui a dizer que a forma não é importante, ela é, na verdade, essencial, mas o que adianta a formalidade, sem a mitigação para se alcançar a JUSTA composição do litígio, e resolver substancialmente o conflito.

<sup>374</sup> BEDAQUE, Op. Cit., 2013, p. 142.

<sup>375</sup> GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Julgar, Coimbra Editora, nº. 1, 2007, p. 63.

<sup>376</sup> Ibid., 2007, p. 64.

<sup>377</sup> Ibid., 2007.

<sup>378</sup> O Estado Liberal preocupava-se com a *previsibilidade legal*. Avançou-se e chegou ao Estado Social de Direito, que cumpria o papel de construir os meios de *efetivação* do direito e do processo. Por fim, edificou-se o Estado Democrático de Direito, preocupado em estruturar a consecução de suas *finalidades e metas*, o processo de hoje.

Da eficácia, passou pela efetividade, para chegar a eficiência que a Justiça Cível tanto precisa. Desta feita, “*não basta que a norma seja eficaz e efetiva. É preciso que seu objetivo seja eficientemente alcançado*”. E o objeto da norma processual é a justiça material, a justa composição do litígio. Dessa maneira, edificou-se a eficiência, como vetor do atual Estado. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Material cedido gentilmente pelo autor. p. 5

TARUFFO, o objetivo do processo civil é distinguível em duas acepções: a resolução de controvérsias e resolução de controvérsias mediante decisões justas. Aquela, corresponde a finalização do processo resolvendo a lide, mesmo que de forma ilegal e injusta, mas encerrou a contenda, não importando a qualidade e conteúdo da decisão. Esta põe fim a controvérsia através de decisões imparciais, corretas, precisas e justas. Importa-se com o conteúdo e qualidade da decisão<sup>379</sup>.

De um lado tem-se como objetivo do processo a rapidez e menor custo, e decisões evitadas de má qualidade, e que no final não conseguem alcançar tais objetivos, pois o processo se encerra com alto custo e demora. Resumindo, *“entonces los métodos más eficientes son los que maximizan las ventajas en términos de tempo y dinero”*<sup>380</sup>.

A outra definição do objetivo do processo eficiente leva em consideração a qualidade, em detrimento de uma menor rapidez e economia, e no final o processo terá um decisão informada, completa e confiável, é a chamada decisão justa<sup>381</sup>.

Desta feita, tem-se dois opostos: uma eficiência que prioriza a rapidez e custo, e outra, que visa a precisão e justiça. Maximizada uma, se minimizará a outra. O que se espera do processo é a eficiência do resultado, no tempo necessário para se atingir a decisão substancial<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 246-247.

<sup>380</sup> *Ibid.*, 2009, p. 248.

<sup>381</sup> Nas palavras de TARUFFO, *“para ser justa, una decisión tiene que estar basada en una adecuada, completa y justa presentación de los aspectos jurídicos del caso por cada una de las partes, y una decisión correcta, completa y, en lo posible, verdadera acerca de los hechos discutidos, basándose en una evolución imparcial de la prueba”*. *Ibid.*, 2009.

<sup>382</sup> Costuma-se falar em instrumentalidade de processo, ora, para o processo ser instrumento do direito material, ele precisa ser de fato um instrumento. Instrumento *“será bom na medida em que sirva de modo prático à consecução dos fins da obra a que se ordena”*. Ou seja, se o processo é instrumento, precisa ser, de fato, efetivo para o direito material. Assim, por dizer, *“será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”*. MOREIRA, Op. Cit., 2002, p. 181.

Ao falar de efetividade do processo, Barbosa Moreira aponta para um grande desafio: a desigualdade de oportunidades entre as partes no processo. Neste ângulo, evidencia-se o problema de ordem econômica, e mais acentuado, o de ordem cultural. O processo moderno, busca além da igualdade das partes, um processo cooperativo, no qual o juiz atua como gestor, gerindo o “negócio público”.

O mais importante para a efetividade do processo é a maneira de condução do juiz no processo, e assim dizer-se, que a legislação concede ao tribunal, diversas oportunidades no sentido de equilibrar as disparidades de armas entre os litigantes, *“todavía, una coisa é o que reza a lei, outra o que dela retira o órgão processante”*. MOREIRA, Op. Cit., 2002, p. 189. Neste caminho, dar como exemplo o autor, a situação da previsão no ordenamento processual alemão, no § 139, no qual prescreve o dever do juiz de *“incitar as partes a manifestar-se tempestiva e completamente sobre todos os fatos relevantes, suprir deficiências dos dados, indicar provas e formular os pedidos cabíveis”*.

Desse modo, o juiz precisa visualizar às normas de maneira cooperativa. Atuando o juiz na busca da real efetividade social, não implicará em parcialidade, ao contrário, o juiz estará equilibrando a balança da justiça. A verdade é que será a colaboração do órgão julgador que resultará no processo socialmente efetivo. As leis

De certo que as reformas legislativas não tem o condão de alterar o panorama de morosidade da Justiça, antes se faz necessário a mudança no comportamento dos sujeitos processuais: partes e juiz. O paradoxo “processo-moderno – justiça morosa” não é tão somente explicado pela falta de condições da ausência de modernidade da infraestrutura do Poder Judiciário<sup>383</sup>, vai além disso, o pensamento dos sujeitos processuais precisam mudar, a advocacia e o tribunal precisam “pensar” modernamente. Nesta toada, é de ressaltar que a norma jurídica, somente ela, não tem a virtude de modificar a realidade jurídica. Nada adianta “dar” maiores poderes aos juízes se o “*exercício for inábil ou insuficiente*”<sup>384</sup>.

Acertadamente, a simples reforma processual não é satisfatória para garantir a presteza da jurisdição. O avanço do ordenamento processual não é conceder mais e mais poderes ao juiz, é fazer com que os poderes já existentes seja exercidos. Não é mais admissível o juiz temer estar agindo parcialmente, porque simplesmente considerou um fato, e por não ter certeza que aquele fato pode ser conhecido de ofício, não o considera na decisão final. Que processo é esse? É o processo não mais aceitável. A mentalidade dos sujeitos processuais necessita de evolução.

Diante da situação que o juiz não pode ser mais visto como “inimigo”, as proibições contidas na lei, de o juiz só poder conhecer dos fatos alegados pelas partes, precisa ser minimizada para seja dada a efetiva tutela dos direitos, já que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justiça social.

---

podem ser boas e versar obre o processo civil moderno, mas nada adiantaria elas, se não for o papel atuante do juiz na hora de interpretá-las.

Um ponto que merece atenção é o de que efetividade e técnica não são valores contrastantes. Significa que o processo para ser efetivo não precisa ser desprovido de formalidades técnicas, “*a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade*”. Nesta toada, a técnica não destoará a efetividade, pode, ao contrário, ser sua aliada. MOREIRA, Op. Cit., 1997, p. 28.

Não obstante, pode ocorrer que a busca pela efetividade (ordem jurídica justa) imponha a flexibilidade de certas formalidades procedimentais, no entanto, ressalta-se mais uma vez, não acarretará negar à técnica. Na seara da técnica processual, afirma-se que “*as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá se a decisão resultar da atuação da norma a fatos efetivamente verificados*”. E continua a ressaltar que “*a preclusão é simples mecanismo técnico destinado a permitir o normal desenvolvimento da relação processual. Deve ceder diante de valor maior, como o representado pelo convencimento do juiz a respeito da realidade jurídico-material*”. BEDAQUE, Op. Cit., 2013, p. 115.

<sup>383</sup> LOPES, João Batista. *Efetividade do processo e reforma do código de processo civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?* Revista de Processo, nº. 105, v. 27, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128-137.

<sup>384</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de direito processual, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

Significa dizer que a transformação do Estado e a concessão de maiores poderes ao juiz, desligou a antiga submissão do Judiciário ao Legislativo, isto é, eliminou-se à “*ideia de que a lei seria como uma vela a iluminar todas as situações de Direito substancial*”<sup>385</sup>. O juiz precisa envolver-se com o caso concreto, e para que isto ocorra, deve utilizar-se da regra da a proporcionalidade, regra essa mais adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto.

O papel do juiz moderno já pregado por Calamandrei consiste em o preocupar-se em encontrar a solução justa mais adequada à realidade. Nomeia o juiz preocupado com os fatos, de “*homem corajoso, modesto mas honesto*”<sup>386</sup>. Em contraposição ao juiz que prefere as questões de direito, age assim, porque pensa na glória, e não na justiça.

## CONCLUSÕES

---

<sup>385</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Revista de direito processual civil, ano 8, n°. 29, jul./set., Curitiba: Genesis, 2003, p. 558-559.

<sup>386</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Livraria Clássica editora, 6ª edição, 1971, p. 133-134.

No século passado o princípio do dispositivo era acertadamente indicado como o vetor do processo civil e cotejado o seu significado único, referindo-se aos fatos e as provas. Edificado tão somente sob dois sentidos, o primeiro aludi à alegação dos fatos e provas pelas partes, enquanto o segundo, trata da faculdade de disposição do processo pelas partes (desistência, confissão, transação e suspensão do processo). Desatrela-o do princípio do pedido, igualmente preenchido de duas conotações, uma correspondente ao pedido do início do processo, e a outra, alusiva à limitação do juiz aos pedidos das partes na sentença. Não há que se falar em confusão das várias acepções que a doutrina aponta do princípio do dispositivo.

Dentro do mundo do princípio do dispositivo, precisamente na esfera dos fatos debruçou-se sobre as suas espécies e a quem incumbe argui-los. As alegações dos fatos no processo cabem às partes, a elas pesam o ônus da alegação e a autorresponsabilidade pelo material fático. O juiz, neste domínio, não possui poderes de trazer ao processo fatos, pois ele não é sujeito imbuído do ônus da alegação. O ônus da alegação pode ser exercido em momentos processuais diversos, a depender da qualificação dos fatos.

Neste instante, o Código de Processo Civil português elenca um rol de fatos, *essenciais, complementares, concretizadores, instrumentais* e os de *conhecimento oficioso*. Dessa forma, os únicos fatos que as partes têm de alegar no início do processo, na petição inicial, são os essenciais, todos os outros podem ingressar na demanda durante a instrução da causa. É também o fato essencial o único que o magistrado não pode conhecer oficiosamente, porque o legislador assim preferiu.

O problema revelou-se em duas esferas. O inicial, deflagra-se na situação dos fatos *essenciais* que surgem durante o transcurso da lide e vedado está a intromissão do tribunal em os conhecer, porque a lei processual o impede. O segundo foi identificar as diferenças entres os fatos *essenciais, complementares e concretizadores*. Todos esses integram a causa de pedir, pois fundamentam “as causas dos pedidos”, e diferem-se em razão da posição que ocupam na *causa petendi*. Os fatos essenciais ocupam uma posição cimeira na causa de pedir enquanto os complementares e concretizadores tomam um posição secundária.

No percurso da vedação ao magistrado de conhecer dos fatos *essenciais* surge à autorresponsabilidade das partes. As partes são “auto” responsáveis por não terem alegado os fatos, recaindo sobre elas os prejuízos da omissão. Mas se os fatos *essenciais* apenas

brotaram no decurso do processo, o juiz deve considerar tais fatos essenciais, ainda que, alterem a causa de pedir.

Depara-se com duas portas. A porta de um juiz apegado as leis, que trará “tranquilidade” para os litigantes, oferecendo um sentença refletida na letra da lei, e tão somente na formalidade contida na regra. A outra porta, é a do juiz atuante, a do gestor do processo, dialogante com as partes e interpretando à norma sob o manto dos vetores do processo moderno.

O caminho da Justiça Cível eficiente apenas é possível se a escolha for pela segunda porta. O princípio da gestão processual, do contraditório (cooperação) e da boa-fé revelam-se como os ditos vetores do processo moderno e flexível.

A gestão processual, faz do juiz um sujeito atuante, intervindo no processo de forma efetiva, mas sempre respeitando a igualdade de tratamento das partes. O juiz para ser neutro não precisa ser uma estátua, pode gerir materialmente e ser imparcial.

O princípio do contraditório assegura o diálogo, que por sua vez, garante a imparcialidade do julgador. Dimensionado sob à cooperação o processo tem de caminhar. Contudo os sujeitos processuais não tem a cultura de colaborar uns com os outros, logo, ao pensar na possibilidade da alteração da causa de pedir, fundamental é alocar para o processo, o princípio da boa-fé. Ela obrigará às partes a incorporarem a cultura da colaboração. Também, é o princípio da boa-fé que impulsionará a possibilidade de consideração de um fato essencial novo ao processo, pelo juiz.

Não é mais compreensível e aceitável o apego às formalidades processuais, o juiz “boca da lei”. A vassalagem ao puro formalismo do processo não traz a tranquilidade à consciência do juiz, a serenidade às partes, e no fim, não concede o prestígio que o poder jurisdicional tanto almeja.

O princípio do dispositivo precisa ser compreendido no modelo processual orientado pela cooperação. O processo necessita do princípio do dispositivo, mas, desde que seja sob o prisma da flexibilidade. A maleabilidade é executada pelo juiz ao deparar-se com a situação fática. Imediatamente, uma causa de pedir nova ao trazer essencialidade ao processo precisa ser incorporada na sentença.

Dessa maneira, os fatos independentemente de quais sejam, *essenciais, complementares, concretizadores ou instrumentais*, devem ser considerados pelo juiz na decisão final, sendo necessário o preenchimento de três requisitos: relevância do fato para

causa, garantia do princípio do contraditório e que o fato tenha ingressado ao processo durante a instrução da causa.

O processo civil novo que se propõe é o simples e flexível, desprezível dos desnecessários formalismos. A velha *praxis* de que as formalidades devem prevalecer sobre a substância do litígio é abandonada pelo novo processo civil. Os comportamentos arcaicos devem ser renegados, pois apenas contribuem para o engessamento do processo.

É certo que o Código de Processo Civil português trouxe flexibilidade ao princípio do dispositivo e da autorresponsabilidade das partes, entretanto, não é ainda o modelo ideal, não obstante, poder ser um bom exemplo a ser seguido pela ordenança processual brasileira. Existem duas opções para o Direito Processual Civil: permanecer no estado que se encontra, ineficaz, onde o juiz é paralisado pelas regras formais, ou alterar-se para um processo movido pela dinâmica do juiz, como agente ativo na busca da solução material do caso.

Da releitura do processo entende-se que a dinamicidade (do juiz atuar através do seu poder inquisitório no aproveitamento de um fato *essencial*) vai garantir à boa administração da Justiça e atender aos interesses privados substancialmente. Para isto ser alcançado a mentalidade dos sujeitos do processo precisam evoluir e compreender que a lei não existe para ser formal em absoluto, ela precisa sofrer a mitigação do caso concreto.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros editores, 2014.

ALVIM, Arruda. *Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

ARAÚJO, Henrique. *A matéria de facto no processo civil*. Disponível em: <[http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo\\_materiafactoprocessocivil.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf)>. Acesso em: 31 de agosto de 2014.

AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez e la oralidade*. Valencia: tirant lo blanch, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Juiz, processo e justiça*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 21 de set. 2014.

BRASIL, *Projeto de Lei nº. 8046/10*. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1246935&filena me=Tramitacao-PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filena me=Tramitacao-PL+8046/2010). Acesso em: 21 de set. 2014.

BRASIL, *STJ, Recurso Especial nº. 702739*, Ministra Relatora Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgamento em 19 de set. 2006.

BRASIL, *STJ, Recurso Especial nº. 1.305.878*, Ministra Relatora Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgamento em 05 nov. 2013.

BRASIL, *STJ, Recurso Especial nº. 623.704*, Ministra Relatora Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgamento em 21 de fev. 2006.

BRASIL, *Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 0114633-06.2009.8.26.0100*, Desembargador Relator Erickson Gavazza Marques, julgamento em 19 de dez. 2012.

BUZUID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405). Acesso em: 31 de agosto de 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições estáveis*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Livraria Clássica editora, 6ª edição, 1971.

CAPELO, Maria José. *A instância, os actos processuais e princípios gerais*. Jornadas de Processo Civil - A reforma do Código Processo Civil, organizada pela Associação Sindical dos Juízes Portugueses e Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Chaves, 19 de abr. de 2013.

\_\_\_\_\_. *Os fatos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143º, n.º 3985, mar.-abr., 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'Oralità (Contributo alla Teoria della Utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*. Milano: Giuffè, 1962, p. 310-315 *apud* BELLON, Murilo Tropea. *A técnica de efetivação da tutela jurisdicional na perspectiva do princípio da congruência*. Tese (Monografia) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio Dispositivo e Poderes de Cognição do Tribunal*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, n.º. 229/234, 1991.

\_\_\_\_\_. *Celeridade e eficácia no processo civil*. Lisboa: Sfn editores, 2001.

CASTILLO, Niceto Alcalá – Zamora y. *Proceso, Autocomposición y Autodefesa: contribución al estudio de los fines del proceso*. Universidade Nacional Autónoma de México, México, 2000.

CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao Estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

COSTA e SILVA, Paula. *A litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. *O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo, n.º. 209, 2012.

\_\_\_\_\_. *A previsão da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Material gentilmente cedido pelo autor, 2014.

DEL CLARO, Roberto Benghi. *Direção material do processo*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. *Juiz contraditor?* In: Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DIDIER JR. Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.* In: Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português.* Coimbra: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_. *Princípio do contraditório: aspectos práticos.* Revista de direito processual civil, ano 8, nº. 29, jul./set., Curitiba: Genesis, 2003.

DIDIER JR., Fredie.; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Vol. II, 7ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código.* 3ª edição, Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *Sobre o novo código de processo civil: uma visão de fora.* ROA, Lisboa, Jan-Mar., 2013.

FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado.* Vol. 1º, 2ª ed., 2008.

GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz participativo: meio democrático de condução do processo.* São Paulo: Saraiva, 2014.

GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa.* Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão.* Julgar, Coimbra Editora, nº. 1, 2007.

\_\_\_\_\_. *O princípio dispositivo e a alegação de fatos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual.* Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2014.

HABSCHEID, Walter J. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo (direitos alemão e suíço).* Revista Scientia Iuridica, Universidade do Minho, Tomo XL, nº. 229/234, 1991.

HOFFMAN, G. A.; MOTRESOL, D. *O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo Código de Processo Civil.* Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR, v. 14, nº. 1, p. 55-69, jan./jun., 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. *O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno.* Revista de Processo, ano 11, nº. 44, out-dez, 1986.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. JULGAR, n.º 3, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LIEBMAN, Eurico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XV, 1960.

LOPES, Luiz. *Dos poderes de instrução do juiz em processo cível*. In *Scientia Iuridica*, Tomo XVII, 1968.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*. Revista de processo, ano IX, n.º 35, abr./jun., de 1984.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?* Revista de Processo, n.º. 105, v. 27, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, António Montalvão Machado. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

MANSO, Luís Duarte; OLIVEIRA, Nuno Teodósio. *Direito processual civil*. Vol. I, Coimbra: Quid Juris, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Revista de direito processual civil, ano 8, n.º. 29, jul./set., Curitiba: Genesis, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 2, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 5ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.
- MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.
- MESQUITA, Miguel. *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Concepções de direito processual civil*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 10 de out. de 2012.
- \_\_\_\_\_. *Princípio da cooperação*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 08 de mar. de 2013
- \_\_\_\_\_. *Princípio da boa-fé processual*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 04 abr. de 2013.
- \_\_\_\_\_. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 09 de nov. de 2012.
- \_\_\_\_\_. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961.
- MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar, Coimbra Editora, n. 1, 2007.
- MITIDIEIRO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito fundamental ao processo justo*. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, n.º. 45, nov-dez, 2011.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MORAIS, Domingos José de. *Processo laboral: julgamento da matéria de facto*. Disponível em:  
<[http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodotrabalho2007\\_domingosmoraes.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodotrabalho2007_domingosmoraes.pdf)>.  
Acesso em: 23 de mar. de 2014.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo, ano X, v. 37, 1985.
- \_\_\_\_\_. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. Revista de Processo, ano IX, n.º. 35, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade e técnica processual*. In: Temas de direito processual, 7ª série, São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *O neoprivatismo no processo civil*. Cadernos de Direito Privado, Abril/junho, n.º 10, 2005.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 28ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2010.

\_\_\_\_\_. *O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de direito processual, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Revista de processo, v. 41, 1986.

\_\_\_\_\_. *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. In: Temas de direito processual civil, 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo, n.º 105, v. 27, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. In: Temas de direito processual, 7ª série, São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Reformas processuais e poderes do juiz*. In: Temas de direito processual, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade das partes por dano processual*. Revista de Processo, ano III, n.º 10, abr./jun.de 1978.

MOREIRA, Rui. *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova reforma do processo civil*. Colóquio no Tribunal da Relação do Porto, Porto, 2013, p. 5-6. Disponível em: <[http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquioopc\\_ruimoreira\\_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugues.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/coloquioopc_ruimoreira_osprincipiosestruturantesdoprocessocivilportugues.pdf)>. Acesso em: 20 de julho de 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. p. 1. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%200-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%200-formatado.pdf)>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

OLIVEIRA, Adriano Enivaldo de. *A imparcialidade do juiz e a jurisdição de ofício*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17665-17666-1-PB.htm>>. Acesso em: 31 de agosto de 2014.

PIMENTA, Paulo José Reis Alves. *A fase do saneamento do processo civil*. Dissertação de Mestrado, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. 33. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. *Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973*. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucha/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf)>. Acesso em: 02 de jul. 2014.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I, 2ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2004.

REGO, Carlos Lopes do. *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso*. Julgar, Coimbra Editora, nº. 16, 2012.

REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. I, 3ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 1948.

ROCHA, Gonçalves. *Poderes do juiz na discussão e julgamento da matéria de facto*. Disponível em: <[http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloiqiodtrabalho2007\\_goncalvesrocha.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloiqiodtrabalho2007_goncalvesrocha.pdf)>. Acesso em: 25 de maio de 2014.

RUBIM, Fernando. *O princípio dispositivo no procedimento de cognição e de execução*. Disponível em: <<http://atualidadesdireito.com.br/fernandorubin/2014/07/02/o-principio-dispositivo-no-procedimento-de-cognicao-e-de-execucao/>>. Acesso em: 31 de agosto de 2014.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores Nasig Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Paula Costa e. *Saneamento e condensação no novo Processo Civil: A fase da audiência preliminar*. In: Aspectos do novo Processo Civil. LEX, Lisboa, 1997.

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

\_\_\_\_\_. *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*. *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, n.º 332, 2013.

\_\_\_\_\_. *Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projeto”*. Disponível em: < <http://www.oa.pt/upl/%7B1f4872ce-7b18-4a56-b709-fb8d028681d2%7D.pdf>>. Acesso em: 03 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*. Cadernos de direito privado, n.º 43, 2013.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Vol. XXI, 1945.

\_\_\_\_\_. *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*. Vol. I, Tomo I, Coimbra, 1974.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O devido processo*. Revista *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo XL, n.º. 229/234, 1991.

\_\_\_\_\_. *Garantismo Processual*. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

XAVIER, Rita Lobo. *O processo de declaração*. Jornadas de Processo Civil - A reforma do Código Processo Civil, organizada pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses e Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Chaves, 19 de abr. de 2013.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro*. *Julgar*, n.º. 6, Coimbra: Coimbra editora, 2008.