

**MAÍRA COELHO TORRES GALINDO**

**PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: DEVER DE CONSULTA E  
A PROIBIÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA**

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.

**Coimbra, 2014**



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**MAÍRA COELHO TORRES GALINDO**

**PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: DEVER DE CONSULTA E A PROIBIÇÃO DAS  
DECISÕES-SURPRESA**

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**

Maíra Coelho Torres Galindo

Princípio da Cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa / Maíra Coelho Torres Galindo – Coimbra, 2014  
156 fls.; 30 cm

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

Bibliografia: f. 156

Orientador: Senhor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita

1. Princípio da cooperação 2. Processo Cooperativo 3. Contraditório dinâmico 4. Gestão processual 5. Deveres de cooperação 6. Dever de Consulta 7. Proibição das decisões-surpresa

**MAÍRA COELHO TORRES GALINDO**

**PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: DEVER DE CONSULTA E A PROIBIÇÃO DAS  
DECISÕES-SURPRESA**

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**

*Aos meus pais e minha mãedra, que sempre acreditaram e investiram nos meus estudos. Aos meus avós, que são o meu maior tesouro. Ao meu irmão a quem pretendo servir sempre de bom exemplo. Aos meus padrinhos, que são meu porto seguro. Aos amigos, que, de alguma forma, colaboraram. Amo vocês.*

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, a Deus, por ter me concedido esta benção.

Aos meus pais e a minha mãedrastra, por todo amor e todos os esforços despendidos com vistas a me proporcionar a conquista deste sonho.

Ao meu orientador, Senhor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, pela atenção, disponibilidade e gentileza na transferência de seus conhecimentos. Para mim, uma fonte de inspiração, desde as primeiras aulas de mestrado.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Ao Sr. Dr. Alexandre Freire Pimentel, professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, pelas dúvidas esclarecidas e auxílio prestado, além de todo o incentivo para a persecução deste projeto.

Ao mestre Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho, professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, pelos esclarecimentos e atenção disponibilizados.

À minha família, especialmente, aos meus avós, ao meu irmão, aos meus padrinhos e aos meus primos, que torceram por mim a cada passo do caminho, servindo de suporte para todos os momentos.

## RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a temática das decisões-surpresa, analisando a sua disciplina nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, considerando os posicionamentos perfilados pela doutrina e jurisprudência dos referidos países. Apesar de serem apontados dispositivos legais e ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais de outros Estados, como Alemanha, França, Itália e, até mesmo, Estados Unidos, tais são tomados apenas como referência, não configurando um estudo comparado. O princípio da cooperação torna-se imprescindível para o entendimento da matéria, tendo em vista ser considerado o novo vetor do direito processual civil contemporâneo, acarretando uma mudança de perspectiva do próprio formalismo do processo, que passa a demandar uma atividade compartilhada dos sujeitos processuais. Desta forma, na medida em que a participação ativa e efetiva de todos os sujeitos do processo passa a ser considerada como necessária para que o mesmo seja considerado em consonância com o princípio do devido processo legal (equitativo), a decisão passa, igualmente, a demandar, a consubstanciação dessa atividade compartilhada, para a sua legitimação. O contraditório efetivo passa, então, a desempenhar papel essencial no processo, uma vez que é responsável por permitir o exercício do poder de influência das partes sobre a formação do cognitivo judicial, que vai ser desenvolvido ao longo de todo o procedimento, pelo debate acerca das questões, de fato e de direito, ventiladas nos autos. Sem o contraditório dinâmico sobre todas as questões relevantes ao deslinde da causa, ainda que conhecíveis de ofício pelo magistrado - que se torna o seu garantidor em razão do dever de consulta que lhe é atribuído pelo princípio da cooperação -, a decisão será considerada prolatada em surpresa das partes. E, essa espécie de decisão é considerada indesejável aos ordenamentos processuais contemporâneos, pelo que a sua vedação é prescrita, ainda que implicitamente, por eles, sendo igualmente previstos remédios processuais para a sua impugnação no processo.

**Palavras-chave:** 1. Princípio da cooperação; 2. Processo Cooperativo; 3. Contraditório dinâmico; 4. Gestão processual; 5. Deveres de cooperação; 6. Dever de Consulta; 7. Proibição das decisões-surpresa

## ABSTRACT

The present work intends to address the theme of surprise decisions, by analyzing their discipline in Portuguese and Brazilian jurisdictions, considering the points of view profiled by the doctrine and jurisprudence of these countries. Although there might be some reference to legal devices and doctrinal and jurisprudential understandings of others States, such as Germany, France, Italy, and even, United States of America, these should not be taken as evidence of a comparative study. The principle of procedural cooperation becomes indispensable to the understanding of the matter, once it is being considered the new vector of contemporary civil procedure, resulting in a change of perspective regarding the formalism of the procedure itself, which now demands a co-participated activity from the procedural subjects. Therefore, considering that the active and effective participation of all subjects of the process shall be regarded as necessary for it to be considered in line with the principle of due process, the decision also shall require the consubstantiation of this co-participated activity, for its legitimacy. The effective adversarial principle, then, passes to play an essential role in the procedure, since it is responsible for allowing the exercise, by the parties, of their power of influence onto the formation of the judicial cognitive, which will be developed throughout the procedure, by the debate concerning the factual and legal issues ventilated in the procedure record. Without the dynamic contradictory concerning all issues relevant to disentangle the cause, even those which are knowable *ex officio* by the magistrate - who becomes its guardian, as a result of his duty to consult the parties, assigned by the principle of procedure cooperation -, the decision will be considered handed down in surprise to, both, plaintiff and defendant. And this kind of decision is considered undesirable to contemporary procedural rules, so their prohibition is prescribed, even if only implicitly, by law, which also predicts the procedural remedies to its avoidance in the process.

**Key-words:** 1. Principle of procedure cooperation; 2. Cooperative Procedure; 3. Dynamic Adversarial Principle; 4. Procedure management; 5. Duties of procedure cooperation; 6. Duty of Consultation; 7. Prohibition of surprise decisions

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC/BR	Código Civil (Brasil)
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
Dec.-lei	Decreto-lei
D.J	Data do Julgado
Ibid.	Ibidem (Mesma Obra)
Id.	Idem (Mesmo Autor)
NCPC	Novo Código de Processo Civil
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RPE	Regime Processual Experimental
STJ	Superior Tribuna de Justiça (Brasil)
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
ss.	seguintes
ZPO	Zivilprozessordnung
Op. Cit.	Opus citatum (obra citada)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I - PROCESSO COMO UM FENÔMENO CULTURAL: ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E FORMALISMO-VALORATIVO .....</b>	<b>13</b>
1.1 FASES METODOLÓGICAS TRADICIONAIS: PRAXISMO, PROCESSUALISMO, INSTRUMENTALISMO .....	14
1.2 PÓS-POSITIVISMO (OU NEOCONSTITUCIONALISMO) E NEOPROCESSUALISMO (OU FORMALISMO VALORATIVO): SURGIMENTO DO PROCESSO COOPERATIVO.....	22
1.3 MODELOS PROCESSUAL LIBERAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO E A EVOLUÇÃO DOS PODERES DO MAGISTRADO.....	28
1.4 PROTAGONISMO JUDICIAL E AUTORITARISMO: DEFESA DE UM ÓRGÃO JURISDICIONAL COLABORANTE .....	34
<b>CAPÍTULO II -PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO .....</b>	<b>40</b>
2.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO UM SISTEMA MISTO DE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	41
2.2 A TÉCNICA LEGISLATIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS: ABERTURA E MOBILIDADE AO SISTEMA.....	44
2.3 A CLÁUSULA GERAL DE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E O CASO PORTUGUÊS: DEVERES DE ESCLARECIMENTO, AUXÍLIO, CONSULTA E DE PREVENÇÃO DO MAGISTRADO E DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL DAS PARTES.....	47
2.4 PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO .....	55
<b>CAPÍTULO III - DIREÇÃO MATERIAL, DEVER DE CONSULTA E CONTRADITÓRIO DINÂMICO: PROIBIÇÃO DE DECISÕES-SURPRESA .....</b>	<b>64</b>
3.1 DIREÇÃO MATERIAL DO PROCESSO E A BUSCA PELA VERDADE MATERIAL .....	65

3.2 DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL E DE CONSULTA: DIÁLOGO PROCESSUAL EM BUSCA DE UM ATIVISMO JUDICIAL SAUDÁVEL PELO EQUILÍBRIO COM AS GARANTIAS INDIVIDUAIS.....	80
3.3 PROCESSO EQUITATIVO: CONTRADITÓRIO DINÂMICO, DEVER DE CONSULTA E PROIBIÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA.....	88
3.3.1 Contraditório no Novo Código de Processo Civil português .....	94
3.3.2 Contraditório no Projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro .....	97
<b>CAPÍTULO IV - A PROIBIÇÃO DE DECISÕES-SURPRESA E A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS: NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS JURÍGENOS E MEIOS PROCESSUAIS DE REAÇÃO.....</b>	<b>102</b>
4.1 PROIBIÇÃO DAS DECISÕES SURPRESA: TRATAMENTO LEGAL .....	103
4.2 QUESTÕES DE DIREITO: QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS E O <i>IURA NOVIT CURIA</i> .....	109
4.3 TEORIA DO FATO JURÍDICO: (IN)EXISTÊNCIA, (IN)VALIDADE E (IN)EFICÁCIA DO ATO PROCESSUAL.....	113
4.4 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES-SURPRESA: INEXISTENTES, INVÁLIDAS OU INEFICAZES .....	123
4.5 MEIOS PROCESSUAIS DE COMBATE ÀS DECISÕES-SURPRESA: PREVISÃO LEGAL E OUTRAS POSSIBILIDADES .....	134
4.5.1 No ordenamento processual civil lusitano.....	136
4.5.2 No ordenamento processual civil brasileiro .....	140
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>150</b>

## INTRODUÇÃO

Desde logo, cumpre ressaltar, enfaticamente, que o presente trabalho não tem a pretensão de fazer uma análise comparada do tratamento dado pelos diversos ordenamentos jurídicos europeus sobre a temática abordada. Assim, ainda que se tenha a plena consciência, da imensa importância dos pensamentos perfilados, principalmente pela doutrina alemã - como sempre vanguardista no campo do direito processual -, sobre a questão das decisões-surpresa, tem-se por oportuno ressaltar estar a presente dissertação limitada ao âmbito dos ordenamentos processuais lusitano e brasileiro. Por isso, ainda que, em momentos pontuais, tome-se a liberdade de fazer menção a dispositivos legais, pensamentos doutrinários ou posicionamentos jurisprudenciais consagrados pelos sistemas alemão, francês, italiano ou até mesmo americano, tais, por não serem aqui tratados com a necessária profundidade, não devem ser considerados como uma tentativa de estudo comparado.

Pretende-se analisar, de forma indutiva, a questão das decisões-surpresa, apontando a sua disciplina e explicando a sua vedação nos diplomas português (revogado e em vigor) e brasileiro (em vigor e em projeção), discutindo a sua classificação e identificando os seus efeitos jurídicos, bem como pontuando os meios processuais previstos para o seu combate. Para tanto, entendeu-se necessário, primeiramente, demonstrar as fases metodológicas trilhadas pelo direito processual civil, assim como a evolução dos poderes judiciais ao longo da história, para, só então, demonstrar as bases do formalismo processual civil contemporâneo (equitativo e cooperativo) e facilitar o entendimento da nova conotação empregada aos princípios do devido processo legal (equitativo) e, por consequência, do contraditório.

Tudo isso, por se entender que tais informações são essenciais para a melhor compreensão dessa estrutura cooperativa do processo, em que a distribuição dos papéis entre os sujeitos processuais é feita de forma inovadora, o que perpassa pela conscientização da importância do dever de gestão/direção atribuído ao magistrado, uma vez que neste se inserem os deveres de cooperação, especialmente, o dever de consulta, imprescindível para a análise da temática principal, qual seja, a questão das decisões-surpresa. Enfatiza-se que o ativismo judicial não pretende suprimir garantias processuais das partes (como a do contraditório e da não-surpresa das decisões judiciais), pelo

contrário, visa, quase sempre, assegurar que sejam estas efetivamente respeitadas, com vistas a que o processo possa vir a atingir a sua finalidade última, qual seja, a justiça substancialmente adequada ao caso concreto.

## **CAPÍTULO I - PROCESSO COMO UM FENÔMENO CULTURAL: ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E FORMALISMO-VALORATIVO**

A maneira como a sociedade está organizada política, social e economicamente tem grande influência na estruturação do Direito, e, portanto, do processo. Isso porque, o processo, assim como o Direito, é produto do homem - não existe *in res natura* -, é fruto da cultura humana<sup>1</sup> e de suas experiências. Por isso mesmo, o estudo do processo deve vir sempre acompanhado de um entendimento, ainda que superficial, do contexto histórico em que o mesmo está inserido. Nesse sentido, é oportuna a análise, mesmo que breve, acerca das fases metodológicas pelas quais o Direito Processual Civil passou, de modo a identificar os avanços e retrocessos operados no formalismo processual, o qual, por sua vez, perpassa pelo estudo, ainda que sumário, acerca das mudanças operadas na dinâmica social e política, uma vez que estas influenciarão a relação de forças existente entre os sujeitos processuais.

Tradicionalmente, são elencadas três fases metodológicas, as quais visam demonstrar a evolução sofrida pelo Direito Processual Civil, ao longo da história, e as mudanças que o levaram até a sua fase atual. Surge na doutrina brasileira, contudo, a defesa de uma quarta e nova fase metodológica, alcunhada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira de "Formalismo-valorativo"<sup>2</sup>. Tal evolução, todavia, não é admitida, ao menos até o momento, pela doutrina lusitana, que ainda estuda o processo sob a ótica do instrumentalismo, por acreditar não terem ocorrido alterações substanciais suficientes a justificar uma quebra de paradigma e a construção teórica de uma nova fase metodológica.

A doutrina lusitana costuma tratar o formalismo-valorativo como uma mera evolução interna do instrumentalismo, já que não prescinde da ideia de que o processo seja um instrumento para a concretização do direito material. Assim, apesar dos doutrinadores brasileiros entenderem por exaltar as mudanças operadas no modo de entender o formalismo do direito processual civil, através da identificação de uma quarta fase metodológica, ressalta-se, desde já, que, na prática, todavia, o formalismo processual é

---

<sup>1</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Ajuris*, v. 33, n. 104, 2006, p.58.

<sup>2</sup>Ibid., 2006.

bem semelhante nos dois ordenamentos, principalmente, diante da grande influência que o ordenamento processual português exerce sobre o brasileiro.

## 1.1 FASES METODOLÓGICAS TRADICIONAIS: PRAXISMO, PROCESSUALISMO, INSTRUMENTALISMO

O Direito Processual Civil, como hoje é conhecido, não nasceu como uma ciência autônoma. Em sua pré-história<sup>3</sup>, o processo era um mero apêndice do direito material, sendo a ação estudada e entendida com o direito material em movimento, e o processo como mero procedimento, simples fração do direito privado<sup>4</sup>. O processo, portanto, era encarado como consequência da relação jurídica de direito privado, nascendo da necessidade prática para aplicação do direito que se tornara litigioso, não havendo distinção entre direito material e direito de ação<sup>5</sup>. E a jurisdição, seguindo essa visão plana do ordenamento jurídico, nada mais era do que um sistema de tutela dos direitos subjetivos, em que a ação - entendida, por sua vez, como o direito subjetivo lesado - estava inserida, e onde o processo, no qual o juiz pouco participava na sua condução, era tido como o conjunto de formas para o seu exercício<sup>6</sup>.

Essa fase metodológica, marcada pelo empirismo puro do conhecimento, sem a presença de princípios, conceitos ou métodos próprios, ficou conhecida como período do Imanentismo, Sincretismo, Praxismo ou Procedimentalismo. Neste momento histórico, não se ousava falar em direito de ação sem a presença de um direito material, por se tratar do mesmo direito, em diferentes estados (estático e em movimento)<sup>7</sup>, demonstrando-se, assim, uma postura metodológica sincrética do direito processual, considerado mero adjetivo do

---

<sup>3</sup>PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto Moderno). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, V. XXVI, p. 102.

<sup>4</sup>MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de A.; CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de. Adaptabilidade no projeto do novo código de processo civil. *Revista da Esmese*, Aracaju:ESMESE/TJ, n. 17, 2012, p. 113.

<sup>5</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 399.

<sup>6</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18.

<sup>7</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: gen/método, 2011, p. 88 *apud* MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de A.; CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de. Adaptabilidade no projeto do novo código de processo civil. *Revista da Esmese*, Aracaju:ESMESE/TJ, n. 17, 2012, p. 113.

direito material, sendo o processo confundido com o procedimento, uma vez definido como uma sucessão de atos<sup>8</sup>. Essa fase durou até o século XIX, quando então surgiu na doutrina alemã a especulação quanto à natureza jurídica da ação e do processo, fazendo aparecer a linha evolutiva Científica<sup>9</sup>, assim chamada em razão da utilização das técnicas próprias das ciências naturais.

Os estudos quanto à natureza jurídica da ação fez como que a mesma deixasse de ser compreendida como o direito subjetivo lesado, cujo objeto era o bem litigioso, passando a ser compreendida como um instituto processual dirigido ao juiz, e não mais ao seu adversário, para a consecução da tutela jurisdicional. À autonomia da ação, seguiu-se a autonomia da relação jurídica processual, sendo, nesse ponto, a obra "Teoria das exceções e dos pressupostos processuais", do austríaco Oskar Von Bülow, datada de 1868, considerada um divisor de águas, uma vez que permitiu a demonstração de que o plano material e o processual seriam realidades distintas<sup>10</sup>, que não mais poderiam ser confundidas, pela inclusão do juiz (órgão estatal) na relação jurídica, que então se tornaria processual e pública. Por tal obra, o processo, portanto, passa a ser analisado enquanto uma relação jurídica abstrata com pressupostos próprios de validade e existência, e a ação deixa de ser compreendida como apêndice do direito material, representando um direito público subjetivo autônomo de ir a júízo para obter a prestação de uma tutela jurisdicional, e a jurisdição assume o papel de meio para a realização do direito objetivo estatal de pacificação social, não mais se prestando exclusivamente à tutela dos interesses individuais<sup>11</sup>.

O processo, apesar de ser instaurado em razão da provocação das partes - que ficavam então submetidas à jurisdição estatal -, passa a ter como finalidade a atuação da lei e, por isso, ainda que esteja voltado à tutela do direito material, invoca a autoridade do Estado e a necessidade de observância do ordenamento jurídico, tendo natureza, portanto, de direito público, e não de direito privado - como o direito material que pretende resguardar<sup>12</sup>. Desta feita, analisado sob a ótica da teoria dualista, o processo passa a ser

---

<sup>8</sup>MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 33, Jul-Set, 2004, p. 487.

<sup>9</sup>MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de A.; CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de. Adaptabilidade no projeto do novo código de processo civil. *Revista da Esme*, Aracaju:ESMESE/TJ, n. 17, 2012, p. 113.

<sup>10</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18-19.

<sup>11</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

<sup>12</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2011, p. 399- 400.

percebido como meio para realização do direito objetivo, cabendo ao direito material ditar as regras abstratas a serem concretizadas por intermédio do processo, através da aplicação da técnica de subsunção da norma posta ao caso concreto<sup>13</sup>.

Influenciado pelo racionalismo próprio do Iluminismo, o processualismo - outro nome atribuído a esta fase, em razão da distinção entre processo e procedimento - ancorou-se no positivismo jurídico, corrente teórica que entendia o ordenamento jurídico a partir de uma suposta completude do direito posto, pela crença na aptidão da legislação para prever todas as possibilidades de contendas interpessoais. E, nesse contexto, enquanto veículo para realização do direito objetivo através do processo, ao Estado-Juiz fora creditada a possibilidade de atuar para a solução dos conflitos sociais, atuando, contudo, de forma vazia, sem qualquer natureza criativa, restrito à aplicação do direito positivado<sup>14</sup>.

E assim, o processo deixa de ser visto a partir do ângulo de interesse das partes, sendo particularizado por servir à jurisdição, exercida pelo Estado com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico em vigor. <sup>E</sup> o juiz, colocado acima das partes, assume a posição de vértice da relação jurídica processual angular (ou triangular), que então se desenvolve de forma assimétrica.<sup>15</sup> Nasce, assim, o Direito Processual Civil enquanto ciência autônoma, ramo do Direito, o que justifica a denominação desta fase como Automista, igualmente chamada Conceitualista, por ser marcada pelo traçado de grandes linhas doutrinárias e por ter desenhado conceitos próprios para essa disciplina<sup>16</sup>.

À medida que o direito processual foi se distanciando teoricamente do direito material e se afirmando como um ramo autônomo, foi igualmente se afastando da realidade social e de suas finalidades essenciais.<sup>17</sup> Isso porque a teoria da relação jurídica não escapou ao conceitualismo e o cientificismo neutro, próprios da pandectística alemã (ou do codicismo francês), que acreditava ser possível ao direito processual viver imerso em si mesmo, sem se preocupar com a realidade da vida dos homens, tarefa atribuída ao direito material. Para o direito processual, as partes só existiam enquanto perdurasse a demanda e, como consequência, a justiça se limitava a uma garantia de igualdade de tratamento formal

---

<sup>13</sup>MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de A.; CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de. *Adaptabilidade no projeto do novo código de processo civil*. 2012, p. 115.

<sup>14</sup>Ibid., 2012, p. 114-15.

<sup>15</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2011, p. 399-40.

<sup>16</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

<sup>17</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17 *apud* MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2009, p. 34.

perante a lei, raramente sendo abertos espaços para a realidade social. Ao desprezar a realidade concreta dos sujeitos, na pretensão de neutralidade de seus conceitos, o processo passou a acolher qualquer forma de exercício de poder, falhando em perceber que nenhum Estado é neutro, ao contrário, sempre possui fins e projetos próprios a perseguir.<sup>18</sup>

Apesar dos altos níveis técnico-dogmáticos alcançados por essa fase metodológica, falhava o processo em sua capacidade de produzir efetivamente a justiça. As decisões eram pobres de conteúdo, faltando ao sistema processual aprimorar o seu papel deontológico. Na busca por um processo calcado em valores e capaz de produzir uma justiça não só formal como também material, eis que surge, em meados do século XX, a terceira fase metodológica, denominada Instrumentalismo.

Nesta fase, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito material e o processual, é defendida uma relação circular de interdependência e complementaridade entre eles, servindo o direito processual para concretizar efetivamente o direito material, o qual, por sua vez, confere ao primeiro o seu sentido.<sup>19</sup> A função do direito processual, portanto, não é inferior ou superior ao direito material (não estando relacionados de maneira vertical), mas de co-protagonismo, devendo, portanto, serem suas regras interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função de emprestar efetividade às normas materiais.<sup>20</sup>

A tutela jurisdicional adequada e efetiva tornou-se, assim, um direito processual do titular do direito substantivo, sendo essencial para alcançar a justiça nos moldes desejados.<sup>21</sup> De modo a melhorar a prestação da tutela jurisdicional, o processo passa, então, a buscar celeridade e segurança jurídica, através da eliminação de formalismos inúteis, e do protagonismo do devido processo legal, respectivamente, passando o processo a alicerçar-se no contraditório e na ampla defesa.

E a jurisdição, deslocada para o centro metodológico do direito processual, deixa de ser entendida como uma função meramente declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador, para ser compreendida como expressão do poder do Estado<sup>22</sup> - o qual,

---

<sup>18</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2011, p. 406-407.

<sup>19</sup>DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol.1, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 31.

<sup>20</sup>DIDIER JR, Op. Cit., 2010, p. 26.

<sup>21</sup>MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de A.; CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de. *Adaptabilidade no projeto do novo código de processo civil*. 2012, p. 116.

<sup>22</sup>MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil*. 2004, p. 488.

aliás, é uno e exercido em diversas direções conforme seus objetivos e funções assumidas, e se configura como a capacidade de impor imperativamente suas decisões.<sup>23</sup> É neste esteio que o processo passa a ser tratado como método estabelecido pelo direito para a execução da jurisdição de forma adequada e segura<sup>24</sup>.

Por isso, quando se fala em escopos do processo, se está a falar em escopos da jurisdição, que se realizam através do processo, seu instrumento. Assim, enquanto a fase anterior pecou por adotar uma visão estritamente jurídica e técnica do direito processual, sem atentar para a sua inserção na vida da sociedade, o instrumentalismo surge com a assunção da responsabilidade que o processo tem perante a nação e sua estruturação política.<sup>25</sup> O processo concebido como um instrumento técnico e também ético, através de sua instrumentalidade social e política, para além da jurídica, é considerado porta mestra para o ingresso de valores no sistema, pela sua capacidade de recepção de influxos do clima cultural que o envolve, assim como do direito substancial a que presta serviço.<sup>26</sup>

Observa-se que todo instrumento destina-se a ajudar o homem a obter certos resultados, exigindo deste, contudo, a sua manipulação segundo normas adequadas, sob pena de se tornar inútil ou causar distorções. E a técnica, por sua vez, é a predisposição ordenada dos meios destinados a obter certos resultados, pelo que toda ela é eminentemente instrumental, ao ser justificada somente enquanto direcionada a alguma finalidade - e cega, quando despida de objetivos claros a perseguir. A técnica processual, em uma conceituação teleológica, é, portanto, a predisposição ordenada dos meios destinados à concretização dos escopos processuais, os quais vão além do mero objetivo jurídico de atuação da vontade concreta da lei, exigindo uma interpretação também segundo escopos políticos e sociais.<sup>27</sup>

Para além da visão puramente jurídica do processo, que o enxerga como um escopo de atuação da vontade da lei concreta, colocando-o a serviço do direito, sem criações ou inovações, é preciso ainda destacar o seu escopo social de pacificação de conflitos na sociedade – que, aliás, vai além da mera resolução de conflitos de interesses, podendo, por exemplo, simplesmente se concretizar através da aplicação de uma sanção em razão de uma lesão a um direito. Por isso, por intermédio da jurisdição e da legislação, o Estado

---

<sup>23</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2008, p. 135-137.

<sup>24</sup>Ibid., p. 314.

<sup>25</sup>Ibid., p. 208.

<sup>26</sup>Ibid., p. 258.

<sup>27</sup>Ibid., p. 264-266.

positiva seu poder, evitando condutas desagregadoras, incentivando as agrupadoras e distribuindo os bens de vida entre os seus cidadãos<sup>28</sup>.

O objetivo social de pacificação é perseguido por meio da eliminação das insatisfações sociais, definindo as condutas favoráveis ou desfavoráveis (licitudes e ilicitudes) ao convívio em comunidade, estabelecendo sanções ou recompensas em razão dessas condutas e fixando critérios de acesso aos bens de vida ou às situações jurídicas. É preciso, entretanto, que tal atividade seja desempenhada mediante a utilização de critérios justos, de modo a permitir que as decisões jurisdicionais ou legislativas (portanto, estatais) sejam consideradas idôneas, possibilitando sua eventual imunização contra ataques dos contrariados pela mesma. A participação democrática das partes no processo das decisões, com possibilidade de influência sobre elas, bem como a observância de um procedimento adequado são exemplo desses critérios. Há também de se falar, no campo social, que o processo visa ainda à educação do cidadão quanto aos seus direitos e deveres e ao respeito devido aos direitos alheios - o que se conquista pelo exercício adequado da jurisdição, capaz de inculcar, nos cidadãos, o sentimento de confiança no Poder Judiciário para a solução de seus conflitos<sup>29</sup>.

Não se pode olvidar, igualmente, da finalidade política do processo, que pode ser descrita pela promoção efetiva de três valores estatais e democráticos fundamentais: poder, liberdade e participação. A afirmação do poder estatal, primeiro escopo político do processo, é conquistada pelo exercício reiterado da jurisdição, uma vez que, intermediadas pelo processo, as decisões estatais são fixadas e impostas imperativamente, sendo, posteriormente, imunizadas pela coisa julgada, tornando-se, assim, definitivas. O segundo objetivo político da jurisdição é o culto às liberdades públicas, principalmente, quando pertinente à relação entre indivíduo e Estado, comprometendo-se este a observá-las e a limitar o exercício de seu poder, de modo a não invadir o espaço de liberdade particular quando não houver dano ao grupo ou ao desenvolvimento dos objetivos comuns da sociedade. O último escopo político se configura na canalização da participação democrática pela possibilidade de influência nos centros de poder, representando peso na tomada das decisões do Estado<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2008, p. 137 e 188-189.

<sup>29</sup>Ibid., p. 189-193.

<sup>30</sup>Ibid., p. 198-202.

A análise, portanto, do sistema processual através de uma visão teleológica, como proposto por Dinamarco, é importante para destacar o caráter instrumental do processo, posto que todo meio só se justifica como tal em função de seus fins, por isso a importância da fixação dos propósitos norteadores das instituições do processo e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Só através da fixação dos escopos do processo será possível revelar o grau de utilidade deste para a sociedade, conferindo-lhe um conteúdo substancial<sup>31</sup>.

E, como visto, uma análise exclusivamente jurídica, ou seja, limitada a uma visão puramente técnica do processo, acaba por enfatizar a forma em detrimento do conteúdo, podendo levar ao formalismo exacerbado do sistema. Por isso torna-se importante dar enfoque igualmente aos desígnios políticos e sociais da jurisdição exercida através do processo, de modo a possibilitar que este venha a melhor servir ao Estado no cumprimento das promessas feitas à sociedade.<sup>32</sup>

Toma-se, então, nesta fase, consciência de que o legislador não é onipotente na previsão de todas as circunstâncias fáticas da vida, resultando temperado o formalismo processual pela necessidade de adaptação da norma abstrata ao caso concreto<sup>33</sup>. Reconhece-se que nem o juiz nem o processo são máquinas silogísticas, não se prestando a soluções matemáticas, sendo as técnicas mecanicistas próprias das ciências naturais incompatíveis com a aplicação do direito<sup>34</sup>.

O juiz deixa de ficar preso à legalidade, sendo sua nova pauta a juridicidade, que aponta necessariamente para a ideia de justiça. Ao magistrado não é mais dado conformar-se com soluções injustas à justificativa de que apenas cumpriu a lei, pois advento do Estado Constitucional repele o conformismo judicial.<sup>35</sup> E, então, as sentenças injustas deixam ser percebidas como mero reflexo de leis injustas, exigindo-se do juiz o dever não só de participar adequadamente das atividades processuais em busca da descoberta dos fatos relevantes e correta interpretação da lei, como ainda, e principalmente, procurando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer a justiça. Logo, a jurisdição passa a ter um compromisso com o justo, não podendo, por isso, ser o processo

---

<sup>31</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2008, p. 177.

<sup>32</sup>DINAMARCO, Op. Cit., p. 265-268.

<sup>33</sup>OLIVEIRA, C. A. A. de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. 2006, p. 66.

<sup>34</sup>OLIVEIRA, Op. Cit., p. 66-67.

<sup>35</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2009, p. 44.

compreendido como mera técnica, mas como uma técnica informada por objetivos e ideologias<sup>36</sup>.

O formalismo processual, outra nomenclatura usada para designar essa fase metodológica, teve, aliás, o condão de, à força do caráter nitidamente instrumental da relação jurídica em contraditório, introduzir valores constitucionais no tecido processual.<sup>37</sup> A ideia de instrumentalidade apresenta o processo como um sistema concebido para a realização da ordem jurídica, inclusive a constitucional, revelando, assim, dois sentidos vetores na relação entre aquele e a constituição.<sup>38</sup>

O primeiro seria o sentido constituição-processo, configurado pela tutela constitucional de valores processuais através da elevação destes ao plano constitucional, assegurando a conformação dos institutos processuais à ordem constitucional. E o segundo seria o sentido processo-constituição, consubstanciado no controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, bem como a preservação das garantias constitucionais através de uma jurisdição constitucional - exercida por órgão específico ou, difusamente, pelo próprio tribunal, mas sempre por órgão diverso daquele responsável pela elaboração da norma -, assegurando, assim, a supremacia da Constituição por meio de mecanismos processuais oferecidos pela própria Lei Maior para a prevalência de seus valores.<sup>39</sup>

Pode-se dizer, desta forma, que o instrumentalismo foi uma fase eminentemente crítica, em que o processo deixou de ser percebido como mera técnica formal, assumindo a estrutura de um verdadeiro instrumento ético, impregnado por valores constitucionais<sup>40</sup>, para a persecução de escopos não só jurídicos, como também políticos e sociais, rompendo com a visão do processo estritamente pelo ângulo interno<sup>41</sup>. Passa-se a compreender que o processo é mais do que mero instrumento técnico, mas um instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado, possibilitando o acesso à justiça<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup>MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil*. 2004, p. 488.

<sup>37</sup>MITIDIERO, Op. Cit., p. 487.

<sup>38</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2008, p. 26.

<sup>39</sup>DINAMARCO, Op. Cit., 2008, p. 26-30.

<sup>40</sup>MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil*. 2004, p. 487-488.

<sup>41</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2009, p. 35.

<sup>42</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do proceso*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 45.

## 1.2 PÓS-POSITIVISMO (OU NEOCONSTITUCIONALISMO) E NEOPROCESSUALISMO (OU FORMALISMO VALORATIVO): SURGIMENTO DO PROCESSO COOPERATIVO

O formalismo-valorativo, apontado como quarta fase metodológica do direito processual civil por parte da doutrina brasileira, não abandona o instrumentalismo. Aliás, é difícil, inclusive, apontar onde termina um e começa o outro, já que não deixa de ser aquele uma evolução desta. Para ajudar a compreender a virada do pensamento processual civil que serve a justificar o surgimento de uma nova fase metodológica, torna-se imprescindível falar, ainda que *en passant*, do Pós-positivismo jurídico - também chamado de neoconstitucionalismo, uma vez que este levou ao aparecimento do neoprocessualismo, que, ao final, conduzirá ao surgimento de um novo modelo de processo, o cooperativo.

O pós-positivismo nasce da superação histórica do jusnaturalismo racionalista e do fracasso político do positivismo jurídico, e surge como um ideário da relação entre valores, princípios e regras, através da difusão de uma nova hermenêutica jurídica e de uma teoria dos direitos fundamentais, reintroduzindo a ideia de justiça e de legitimidade no Direito. O jusnaturalismo racionalista foi responsável pela conscientização da existência de direitos naturais ao homem, de integridade e liberdade, que deveriam ser respeitados pelo Estado, bem como pelos movimentos de codificação das normas nos sistemas romano-germânicos, que levaram ao Positivismo. Este - comumente associado ao normativismo de Hans Kelsen<sup>43</sup> - foi culpado pela aproximação quase plena entre a lei e o direito, afastando-o da moral e de valores transcendentais.

O legalismo acrítico propagado pelo Positivismo serviu de disfarce para regimes totalitários como o fascista (na Itália) e o nazista (na Alemanha), uma vez que seu caráter legitimador da ordem estabelecida, seja ela qual for, era meramente formal. E talvez por isso, a sua decadência esteja emblematicamente associada à queda de tais regimes.<sup>44</sup> O medo de que regimes totalitários ou ditatoriais subissem novamente ao poder levou ao

---

<sup>43</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/HansKelsenTeoria.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/HansKelsenTeoria.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

<sup>44</sup>BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, Set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/11022806/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2013, p. 14-19.

fortalecimento da jurisdição constitucional, com a criação de mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais - que até então só tinham efetividade na proporção em que eram protegidos pelas leis infraconstitucionais. A partir daí, então, as constituições de origem romano-germânica se aproximaram da existente nos Estados Unidos, onde o constitucionalismo sempre defendeu a Constituição como norma autêntica limitadora do exercício do Poder Legislativo e justificadora de invalidação de normas que com ela não fossem compatíveis. Diversamente, contudo, da Constituição norte-americana - que é um documento sintético, limitado à descrição básica da organização estatal e alguns traços de direitos individuais -, as constituições europeias estão repletas de normas, sobre os mais variados assuntos, impregnadas por teor axiológico<sup>45</sup>.

A admissão de valores éticos nas Constituições, aliás, registre-se, não causaram a abolição das fronteiras existentes entre direito e moral, continuando a vigorar as distinções essenciais entre os mesmos, apenas as tornaram mais porosas. Na medida em que os ordenamentos jurídicos passaram a reconhecer a importância devida à moral.<sup>46</sup> O repúdio a ordenamentos jurídicos infesos a valores éticos, aliás, foi responsável, no Pós-Segunda Guerra Mundial (e da queda dos regimes ditatoriais, em países como Espanha, Portugal e Brasil), pelo surgimento do Pós-positivismo, que apareceu como um movimento de reaproximação do direito à ética, através da materialização de tais valores em princípios inseridos implícita ou explicitamente nas Constituições. A adoção de princípios, ressalta-se, não foi uma novidade, estando a singularidade do movimento destacada na atribuição de força normativa àqueles, que passam, assim, a serem colocados ao lado das regras, como espécie de norma de mesma hierarquia, possibilitando a ampliação da efetividade das Constituições<sup>47</sup>.

Conscientizando-se que os métodos das ciências naturais nunca foram totalmente satisfatórios no domínio do direito - uma vez que este tem a pretensão de atuar sobre a realidade, transformando-a e conformando-a, não sendo permitida uma postura puramente descritiva, exigindo-se, em verdade, a prescrição de um dever - ser imposto diante do caso concreto-, restou desacreditado o ideal de objetividade das normas propagado pelo

---

<sup>45</sup>SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. 2012. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2013, p. 5-6.

<sup>46</sup>Ibid., p. 11.

<sup>47</sup>Ibid., p. 18-21.

positivismo,<sup>48</sup> pelo que as normas jurídicas deixam de ser fruto exclusivo do silogismo jurídico - que admite apenas um resultado como possível, consequência da subsunção da regra (premissa maior) ao fato (premissa menor) - e passam a ser tidas por polissêmicas, e portanto, a admitir a possibilidade de mais de uma interpretação jurídica possível. Com isso, há, portanto, a superação da identificação do direito com a lei e do paradigma da validade meramente formal do direito, estreitando os vínculos deste com a política.<sup>49</sup> E, para além da regularidade formal, passa a ser entendido que a lei precisa ser substancialmente conformada com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais, aos quais passa a estar subordinada, não valendo-se mais por si só.<sup>50</sup>

A supremacia da lei se transforma na supremacia da Constituição. A lei deixa de ser compreendida como objeto, e passa a ser tida como componente, que vai levar à construção de uma nova norma jurídica, vista como significado de esforços interpretativos e não como texto legal.<sup>51</sup> E, assim, enquanto a codificação visava prevenir o arbítrio estatal contra inovações jurídicas, mantendo o juiz neutro aos interesses contrapostos e aos valores plasmados nos códigos, o movimento de constitucionalização dos direitos e garantias infraconstitucionais vai repudiar a neutralidade da lei, exigindo a sua interpretação em conformidade com os direitos fundamentais.<sup>52</sup> Reconhece-se um papel criativo e normativo à atividade jurisdicional pela transformação da hermenêutica jurídica, que passa a fazer distinção entre norma e texto - sendo a primeira compreendida como produto da última - e a admitir a convivência do método de subsunção com o de concretização do texto normativo, além de expandir a técnica legislativa das cláusulas gerais, que exige uma atuação mais ativa do magistrado na criação do direito<sup>53</sup>.

No âmbito do processo, o pós-positivismo, também conhecido como neoconstitucionalismo, dá origem ao neoprocessualismo, que consiste no movimento de constitucionalização dos direitos e garantias processuais. Tal movimento foi responsável, no plano processual, não só pela concessão de centralidade à Constituição no ordenamento jurídico, como também por ressaltar o caráter público do processo, distanciando-o de sua

---

<sup>48</sup>BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*. 2001, p. 18.

<sup>49</sup>CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 4-6.

<sup>50</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2011, p. 46.

<sup>51</sup>MARINONI, Op. Cit., 2011, p. 46-47

<sup>52</sup>CAMBI, Op. Cit., 2007, p. 23-24.

<sup>53</sup>DIDIER JR., Fredie. *Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: <<http://ufba.academia.edu/FredieDidier>>. Acesso em: 05 mai. 2013, p. 3.

utilização mecanicista para fins privativísticos, tornando-o instrumento à disposição do Estado para realização da justiça social, ou seja, concedendo-lhe fins que transcendem a esfera puramente individual<sup>54</sup>.

Desta forma, o fenômeno da constitucionalização do processo pode ser visto em duas dimensões: a primeira seria a incorporação de normas processuais ao texto constitucional, inclusive com hierarquia de direitos fundamentais, a exemplo do que acontece com o devido processual e seus corolários. E a segunda seria a interpretação das normas processuais infraconstitucionais como uma concretização das disposições constitucionais.<sup>55</sup> O neoprocessualismo trata-se, portanto, do estudo dos institutos processuais a partir das premissas do neoconstitucionalismo.

O neoprocessualismo - alcunhado de Formalismo-Valorativo por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, com a intenção de dar destaque à importância da boa-fé processual como aspecto ético do processo<sup>56</sup> -, desenvolve-se no Brasil como uma quarta fase metodológica do direito processual civil. Sem deixar de lado as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, apresenta um novo repertório teórico, refletindo-se na revisão das categorias processuais existentes a partir de novas premissas teóricas<sup>57</sup>.

Segundo a doutrina defensora da existência de quatro (e não três) fases metodológicas, enquanto o Instrumentalismo se limitou à tutela constitucional do processo (constitucionalização das normas processuais fundamentais) e à jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como a garantia das liberdades constitucionais), o Formalismo-Valorativo vai tratar da chamada segunda constitucionalização do processo. Por meio desta, defende-se ter havido uma atualização do discurso processual, com a adoção de normas tipo-princípio e tipo-postulado, e com a orientação da interpretação das normas processuais em conformidade com os direitos fundamentais, vinculando ambos particulares e Estado ao respeito a estes preceitos constitucionais. E, com isso, teria havido a condução do processo de volta a um caráter

---

<sup>54</sup>CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. 2007, p. 25

<sup>55</sup>DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 2011, p. 32-33.

<sup>56</sup>DONIZETTI, Elpídio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2564, 9 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16936>>. Acesso em: 6 maio 2013.

<sup>57</sup>DIDIER JR., Op. Cit., p. 6-7.

prático, deixando o direito processual civil de ser encarado apenas como uma *scientia juris* para ser igualmente *juis prudentia*<sup>58</sup>.

Outra modificação que levou os doutrinadores brasileiros a acreditarem em uma mudança de paradigma suficiente a justificar a colocação do direito processual civil em uma quarta fase metodológica foi o deslocamento do seu pólo central, da jurisdição para o processo. Uma vez que não mais se poderia identificar naquela uma atividade meramente declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador, sendo inegável o papel criativo desempenhado pelo juiz em seu exercício, trazendo sempre algo novo, em uma reconstrução da ordem jurídica através do diálogo deste com os demais agentes processuais, ainda que tal atitude seja marcada pela imperatividade correspondente a uma expressão do poder estatal<sup>59</sup>.

Essa mudança do centro metodológico do direito processual civil marca igualmente a translação de uma lógica apodítica (evidente) para uma lógica dialética, e de um modelo de monólogo jurisdicional para um modelo de diálogo judicial, marcando o processo como um espaço privilegiado de exercício de poder pelo povo, expressão de uma democracia participativa. O valor participação, aliás, sobressai-se pelo incremento das posições jurídicas das partes, a fim de que o processo se torne um ponto de equilíbrio democrático dos direitos fundamentais, os quais, inclusive, substancializam o processo, afastando o seu caráter de instrumento meramente formal, que se torna justo pela presença dessa estrutura mínima de valores.<sup>60</sup>

Do repúdio ao excesso de formalismo resultante da codificação positivista - que servia para o controle, pelo poder político, da jurisdição e dos agentes forenses, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito no processo - e da emergência da normatividade dos princípios e da nova perspectiva dada aos direitos fundamentais, se introduz um direito mais flexível, mudando a concepção da segurança jurídica, que passa de um estado estático para um dinâmico. E, desta maneira, deixa a mesma de ser vista com os olhos do Estado Liberal, no qual prevalecia como um valor absoluto, e passa a ser vista como uma garantia de mudança de realidade, de modo a permitir, de forma mediata, a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, típicos de um processo equinânime. E, por isso mesmo, do aplicador do direito contemporâneo passa a ser exigida a atenção

---

<sup>58</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2009, p. 42-43.

<sup>59</sup>Ibid., p. 39.

<sup>60</sup>Ibid., p. 46.

constante às circunstâncias do caso concreto, de modo a não permitir que o formalismo (excessivo) se torne obstáculo à condução de um resultado justo da lide<sup>61</sup>.

E, assim, pode ser dito que o movimento iniciado pelo instrumentalismo, de repulsa ao formalismo exacerbado, evolui para a defesa da ideia de que o processo não se esgota na realização do direito material, constituindo, em verdade, uma ferramenta pública indispensável à realização da justiça e da pacificação social, sendo, por isso, o direito processual substancialmente o direito constitucional aplicado, reforçando a ideia de que, exatamente por não ser neutro à questão axiológica, hoje, o processo não mais se confunde com a técnica processual, repudiando o formalismo puro e oco. O formalismo processual só se presta se direcionado ao cumprimento, em tempo razoável, de seus valores, de modo a colaborar para a justiça material da decisão.<sup>62</sup> De um plano axiológico a um deontológico, o processo vai estruturado por uma base assente nos valores da justiça, da participação leal, da segurança e da efetividade, da qual se retiram princípios, regras e postulados, que servem para a sua elaboração dogmática, sua organização, sua interpretação e sua aplicação<sup>63</sup>.

Abandona-se a visão positivista, adotando-se uma lógica argumentativa que induz à recuperação do diálogo judicial como valor essencial à formação do juízo, incentivando a cooperação recíproca entre as partes e o órgão judicial, dentro das regras formais do processo. Prestigia-se o concurso das atividades dos sujeitos processuais em colaboração tanto na pesquisa dos fatos como na valoração da causa. A democracia participativa adentra, desta forma, o processo, como um exercício de cidadania de natureza processual, fazendo surgir um modelo cooperativo, em que o contraditório assume um papel inegavelmente importante para a realização da justiça. Esta, aliás, torna-se a base do diálogo judicial e da cooperação processual, uma vez que a sentença passa a ser sempre o resultado do trabalho em conjunto de todos os sujeitos processuais.<sup>64</sup> E assim, cabe ao juiz não apenas decidir a lide, como também convencer as partes, principalmente, a vencida, do

---

<sup>61</sup>OLIVEIRA, Carlos AlbertoÁlvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. 2003, p. 64.

<sup>62</sup>OLIVEIRA, Op. Cit., p. 59-60.

<sup>63</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2009, p. 47.

<sup>64</sup>OLIVEIRA, Op. Cit., p. 64-65.

bom fundamento da sua decisão, que não se pode pautar apenas na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição<sup>65</sup>.

De tudo exposto, portanto, extrai-se a conclusão de que as mudanças operadas no direito processual civil, independentemente da classificação da fase metodológica em que o mesmo se encontra, fizeram surgir uma nova espécie de processo, o cooperativo. E este se destaca pela exigência de uma atuação mais ativa e leal, tanto do juiz como das partes, que devem contribuir de forma participada para a formação da decisão, em busca de alcançar um equilíbrio na distribuição dos trabalhos dentro do formalismo processual.

Por isso, feitas as exposições acerca das fases metodológicas do direito processual civil, de modo a explicar as mudanças pelas quais o processo passou até chegar ao estado atual, em que se encontra vetoriado pelos princípios da cooperação e demais corolários do devido processo legal equitativo, parte-se agora para a análise da evolução dos poderes atribuídos ao magistrado ao longo da história, de modo a permitir a discussão quanto à existência ou não de um protagonismo judicial pernicioso, que poderia ser apontado como fonte de autoritarismo. Para tanto, torna-se indispensável analisar a relação entre sociedade e Estado, ao longo da história, na medida em que restará a mesma refletida na própria estruturação da relação processual. E somente entendendo a evolução ocorrida na divisão de trabalho no processo será possível, através da comparação dos pontos comuns e divergentes, responder se, no processo contemporâneo, haverá ou não um protagonismo judicial e se este se configuraria em um autoritarismo (indesejável).

### 1.3 MODELOS PROCESSUAL LIBERAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO E A EVOLUÇÃO DOS PODERES DO MAGISTRADO

A maneira como se dá a distribuição das atividades e posições dos sujeitos processuais (forma de organização do processo) guarda íntima relação com a configuração do Estado, que é um dos elementos culturais que mais dialoga com o processo

---

<sup>65</sup>VARELA, Antunes. *Manual de processo civil*: de acordo com o dec.-lei 242/85. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 10.

civil.<sup>66</sup>Conforme ensina Texeira de Sousa, "o processo jurisdicional não é imune à ideologia política, antes é fundamentalmente influenciado por ela"<sup>67</sup>. Portanto, para entender a evolução pela qual o processo passou ao longo dos tempos, e então, compreender as modificações nos poderes atribuídos ao magistrado, é preciso, ainda que brevemente, trabalhar a evolução do próprio Estado. É preciso ter em mente, todavia, que não há correspondências absolutas, sendo, segundo Barbosa Moreira<sup>68</sup>, exageradamente simplificado falar em vínculo rígido, automático e absoluto entre o formalismo processual e o regime político adotados por um Estado.

O modelo liberal foi o primeiro modelo de Estado de Direito, surgido, após Revolução Francesa, da necessidade burguesa de impor freios aos desmandos arbitrários do regime antecedente, erigindo o princípio da legalidade como fundamento para a limitação de poder e elevando a lei a um ato supremo, restando o Estado e, por consequência, os magistrados, impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que fossem contrários ao estabelecido pela lei; representava, desta forma, limite à intromissão na liberdade dos particulares.<sup>69</sup> Em nome da liberdade, limita-se o poder político interna e externamente, pela sua divisão e pela redução ao mínimo da intervenção estatal na esfera particular, respectivamente.<sup>70</sup>

No modelo liberal burguês, os poderes executivo e judiciário foram rebaixados a uma posição de subordinação ao poder legislativo, ficando o primeiro limitado a atuar somente se autorizado e nos exatos limites da lei, e o segundo restrito à aplicação desta, sem qualquer atividade criativa ou interpretativa, uma vez que postura contrária era vista como quebra da igualdade entre as partes. O legislador, supostamente, em busca de tornar o ordenamento previsível, e, portanto, juridicamente seguro, criava leis abstratas e genéricas. O império dos homens era, ali, substituído pelo império das leis, que se colocavam a serviço da liberdade e dos interesses da burguesia.<sup>71</sup>

O reflexo dessa realidade no formalismo processual foi que as partes passaram a ser consideradas donas do processo, enquanto melhores juízes de seus próprios interesses,

---

<sup>66</sup>RAATZ, Igor. *Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Revista SJRJ, v. 18, n. 31, ago. 2011, p. 23.

<sup>67</sup>SOUSA, Miguel Texeira de. 2. ed. Lisboa: Lex, 2000, p. 58.

<sup>68</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Caderno de Direito Privado, Minho: CEJUR, nº. 10, abr-jun 2005, p. 4.

<sup>69</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25-26.

<sup>70</sup>MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 72.

<sup>71</sup>MARINONI, Op. Cit., p. 29.

sendo o magistrado considerado mero "convidado de pedra", atuando no estrito respeito pelas formas, sem deixar qualquer marca pessoal no andamento processual<sup>72</sup>. Às partes, eram não só atribuídos amplos poderes de impulsão inicial e final do processo, como também de delimitação de seu objeto, além de condução da marcha processual, inclusive no que diz respeito à instrução probatória,<sup>73</sup> estando o juiz proibido de conhecer fatos não alegados pelas partes ainda que notórios ou surgidos no desenvolvimento da ação, ou de atuar de ofício no domínio das provas<sup>74</sup>.

Vigorava o sistema da prova legal, em que a rigorosa regulação positiva do exame da mesma restringia demasiadamente a liberdade do órgão jurisdicional, relativizando além do desejável a apreciação da verdade dos fatos pelo juiz, que ficava limitado à versão trazida pelas partes.<sup>75</sup> Ao juiz, restava apenas decidir ao que lhe fora perguntado, atendo-se às provas e aos fatos trazidos à juízo pelas partes, sem nunca intervir para além do que lhe fora postulado.<sup>76</sup>

Tratava-se de um modelo de processo totalmente voltado à realização de interesses privatísticos, dominado pelo princípio dispositivo, entendendo-se por ausente o interesse do Estado no objeto da controvérsia.<sup>77</sup> Era ainda marcado pela total liberdade das partes - monopolizadoras da relação jurídica substancial e processual - frente ao tribunal, e pela postura passiva por este assumida,<sup>78</sup> a quem cuidava apenas garantir a legitimidade da decisão pela observância das regras e pressupostos processuais.<sup>79</sup>

Com o passar do tempo, contudo, a sociedade foi percebendo que o tratamento igualitário dos cidadãos perante a lei, ou seja, meramente formal, não era suficiente para garantir a liberdade e o desenvolvimento da sociedade, conforme prometido pelo Estado Liberal; a igualdade social concreta precisava ser considerada como requisito de efetividade da própria liberdade. Assim, o Estado assume uma função social de garantia do bem-estar dos cidadãos, e o processo passa a ser tido como instrumento de jurisdição,

---

<sup>72</sup>MENDONÇA, Luis Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. In: Revista Julgar, n. 1, 2007, p. 70

<sup>73</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Genesis*, Curitiba, jan. e mar., 2003, p. 23

<sup>74</sup>MENDONÇA, Op. Cit., p. 70.

<sup>75</sup>OLIVEIRA, Op. Cit., p. 23.

<sup>76</sup>GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na ação declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 1, 2007, p. 48.

<sup>77</sup>OLIVEIRA, Op. Cit., p. 23.

<sup>78</sup>VAZ, Alexandre Mário Pessa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código*. novas tecnologias ao serviço da justiça. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 315.

<sup>79</sup>SOUSA, Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 59.

sendo a relação processual protagonizada pelo magistrado, conforme idealizado por Franz Klein, na legislação, e, doutrinariamente, por Oscar Von Bülow.<sup>80</sup>

O Estado Social surge, portanto, conforme ensinamentos de Barbosa Moreira, para eliminar ou, ao menos, atenuar as diferenças de tratamento dos membros da sociedade em razão de sua diversidade de riquezas, de posição social, de cultura, de raça, de credo religioso e/ou de convicções políticas, bem como para reclamar do ordenamento jurídico a primazia dos interesses da coletividade sobre o estritamente individual.<sup>81</sup> A finalidade do Estado passa, então, a ser o bem-estar social, rompendo com o padrão de intervenção mínima estatal, típica do modelo puramente liberal.

E, nesse esteio, o processo passa a ser compreendido como um instrumento de pacificação social, uma vez que é por meio dele que o Estado exerce o seu poder de jurisdição, solucionando os conflitos existentes entre os indivíduos.<sup>82</sup> Assim, a finalidade essencial da função jurisdicional estatal deixa de ser a de garantir o equilíbrio das forças individuais (controle formal do processo) e se desloca para a realização da justiça material, garantindo interesses maiores da sociedade,<sup>83</sup> de boa administração da justiça.

A solução dos conflitos deixa de ser vista como mera matéria de interesse dos litigantes, os quais não podem mais ser tratados como titulares abstratos da situação em litígio, devendo ser vistos como indivíduos concretos, com necessidades a que o direito e o processo devem dar resposta.<sup>84</sup> O processo torna-se, portanto, fruto da combinação de uma concepção social da ordem jurídica, de uma posição intervencionista do Estado e uma noção holística da relação entre indivíduo e sociedade, adquirindo um caráter publicístico de atuação da lei, ainda quando em defesa de um interesse privado<sup>85</sup>.

Como consequência do caráter público do processo, o juiz passa a ser o centro da relação processual, atuando de forma mais ativa na condução daquele, recebendo amplos poderes para seu impulso sucessivo e sua gestão. Passa a poder, por exemplo, considerar fatos notórios, bem como os não alegados pelas partes e que, por ventura, surgirem no

---

<sup>80</sup>NUNES, José Coelho Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 176-178.

<sup>81</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 49, 1. trim., 1986, p. 51.

<sup>82</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do proceso*. 1999, p. 25 e 41.

<sup>83</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2003, p. 52.

<sup>84</sup>SOUSA, Miguel Texeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 61.

<sup>85</sup>MENDONÇA, Luis Correia de, *Vírus autoritário e processo civil*, p. 71.

desenvolver da demanda, e a ter maiores poderes de atuação de ofício em matéria probatória. O intervencionismo estatal e a função assistencial do Estado, típicos do modelo social, corresponderam, portanto, a uma ampliação dos poderes do juiz no processo, tanto no que tange ao impulso sucessivo processual, como na instrução da causa e na investigação da matéria fática.<sup>86</sup> Apesar desse incremento significativo dos poderes inquisitórios, a disponibilidade privada é mantida no que pertine ao impulso inicial do processo e aos negócios jurídicos processuais, assim como quanto à delimitação do objeto litigioso, mas as partes no exercício de seu poder de ação deixam de atuar como portadoras de seus próprios interesses, passando a defender também em juízo um interesse coletivo de paz social<sup>87</sup>.

Toma-se consciência de que as partes, no processo, buscam sair sempre vitoriosas, independentemente de estarem ou não com a razão. Assim, agem em busca de seus interesses, e, geralmente, ao sinal de que irão receber uma decisão desfavorável, agem no intuito de retardar o desfecho do processo. Por isso, a importância do órgão jurisdicional atuar como um terceiro imparcial, encarregado de manter a marcha regular do processo, impedindo que as partes atrapalhem o julgamento rápido e eficaz do processo, ficando igualmente encarregado de buscar os elementos necessários para que a decisão corresponda, o tanto mais próximo possível, à verdade real dos fatos, de modo a alcançar uma justa e célere composição do litígio.<sup>88</sup>

Com o advento do Estado Social Democrático, as conquistas alcançadas pelo Estado Social são mantidas, adaptam-se apenas às novas ideologias que surgem e à nova realidade da sociedade, de modo a dar eficácia aos fins estatais perseguidos. O tratamento do cidadão como mero recipiente da intervenção social do Estado passa, então, a ser vista como ultrapassada, sendo exigida a sua participação na realização concreta da seara política. Evolui-se de uma democracia representativa para uma democracia participativa, exigindo-se uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do Direito, não mais bastando a limitação ou a promoção da atuação do Estado.<sup>89</sup> Diversamente do que ocorria no Estado Liberal, em que a lei fora utilizada para travar o poder arbitrário do

---

<sup>86</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 2000, p. 25.

<sup>87</sup>MENDONÇA, Luis Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. 2007, p. 71.

<sup>88</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. 2005.

<sup>89</sup>RAATZ, Igor. *Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil*. 2011, p. 28.

soberano, o Estado Social Democrático reclama a legitimação do exercício do poder pela participação democrática da sociedade na tomada de decisão.<sup>90</sup>

No âmbito processual, em uma tentativa de evitar as degenerações dos modelos anteriores, o processo democrático visa garantir a participação dos cidadãos em todas as esferas jurídicas de seu interesse,<sup>91</sup> transformando-se em um espaço privilegiado de exercício de poder pelo povo, condizente com uma democracia participativa. Essa participação, aliás, sobressai-se pelo incremento das posições jurídicas das partes, garantindo uma estrutura mínima de valores, afastando a conotação do processo como mero instrumento formal de igualdade e justiça, pela presença de garantias e direitos fundamentais.<sup>92</sup> O papel do órgão jurisdicional passa, então, a ser o de garantidor da implementação de uma democracia processual participativa através de um processo de "judicialização da política", que consiste na transferência de poderes do Executivo e do Legislativo para o Judiciário<sup>93</sup>.

Coroa-se, assim, o movimento de incremento dos poderes do magistrado e de protagonismo judicial, inaugurados por Franz Klein (na legislação) e Oskar Von Bülow (na doutrina). Tal movimento foi iniciado tomando como premissa um suposto privilégio cognitivo do magistrado em relação aos demais sujeitos processuais, como resultado de um quadro de valores homogêneos e de uma formação técnica diferenciada daquele. Essa visão, contudo, de que o juiz teria um notável saber jurídico que lhe concederia privilégios cognitivos, caracterizando-o como senhor da jurisdição, levou, em alguns Estados, à imposição de uma ditadura de seus pensamentos e convicções subjetivas, gerando um autoritarismo pernicioso. E, assim, nestes países, o processo restou marcado pela ausência de qualquer controle dos provimentos prolatados pelo órgão jurisdicional, acarretando um déficit de legitimidade nas decisões judiciais, impedindo a concretização da democracia participativa tão desejada<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 100.

<sup>91</sup>NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 2012, p. 176.

<sup>92</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2009, p. 46.

<sup>93</sup>TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 13 e 28.

<sup>94</sup>NUNES, Op. Cit., p. 179-196.

#### 1.4 PROTAGONISMO JUDICIAL E AUTORITARISMO: DEFESA DE UM ÓRGÃO JURISDICIONAL COLABORANTE

O protagonismo judicial, resultante da atribuição de maiores poderes de direção e gestão processual, não só formal como igualmente material, ao magistrado, não agradou a todos. Parte da doutrina, a que Barbosa Moreira entendeu por chamar de neoprivativista<sup>95</sup> - da qual faziam parte, por exemplo, Cipriani, na Itália, Aroca, na Espanha, e, em Portugal, Mendonça -, entendeu o incremento dos poderes judiciais como um exacerbado elemento publicístico do processo, causador de um autoritarismo não condizente com regimes democráticos, pelo que defendeu um novo modelo de processo, intitulado garantístico<sup>96</sup>.

Este novo modelo processual estaria embasado na ideia de que o Estado democrático descansa a sua legitimidade no reconhecimento, na defesa e na garantia das liberdades e direitos fundamentais, e não em fins próprios. E, por isso, a jurisdição deveria servir, através do processo (seu instrumento), à tutela de direitos subjetivos e interesses legítimos dos cidadãos, exercendo, o juiz, de forma independente e imparcial, o papel de terceiro garantidor desses direitos e interesses<sup>97</sup>.

O arquétipo de magistrado defendido por esse movimento doutrinário estaria vinculado exclusivamente à lei (daí sua independência), não podendo substituir as partes em suas funções típicas, devendo manter-se sempre estranho aos fatos e ao objeto da causa (na sua condição de terceiro), sendo suas decisões resultado do correto exercício de sua função de tutela dos direitos e interesses das partes (consequência de sua imparcialidade). Não caberia, portanto, ao juiz promover uma igualdade substancial entre elas, mas apenas garantir o regular impulso e desenvolvimento processual, assegurando que a forma não se torne um obstáculo a sufocar o direito material, estando igualmente obrigado a certificar-se do respeito constante ao contraditório. O processo, assim, prestar-se-ia à descoberta de uma verdade instrumental, trazida aos autos pelas partes, que poderia ser distinta da realidade material, cuja persecução pelo magistrado estaria vedada, sob pena de implicar na presença de um autoritarismo indesejado. Não competiria, desta feita, ao juiz intervir na instrução do processo, principalmente em substituição das partes, uma vez que caberia a

---

<sup>95</sup>Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. 2005.

<sup>96</sup>MOREIRA, Op. Cit., p. 3.

<sup>97</sup>MENDONÇA, Luis Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. 2007, p. 72.

estas, por estarem em melhores condições para tanto, trazer aos autos os fatos referentes ao litígio.<sup>98</sup>

Barbosa Moreira, em defesa do protagonismo judicial e da visão publicista do processo como um meio para realização da justa e célere composição do litígio, contra-argumenta, ponto a ponto, os tópicos mais repisados pelos neoprivatistas. Começa por enfatizar que não há qualquer correlação direta e absoluta entre regimes autoritários/totalitários e aumento dos poderes judiciais. E explica, primeiro, que a tais regimes políticos apenas interessaria o fortalecimento dos poderes do Executivo, apenas sendo pertinente o aumento dos poderes do judiciário quando castrado este totalmente de sua autonomia. E, segundo, que os países que adotaram o protagonismo judicial apresentam-se, em sua maioria, como de regime democrático, utilizando-se como exemplo o caso da Inglaterra, país de regime democrático e berço do modelo adversarial de processo, que, originariamente, concedia às partes exclusividade na atividade probatória, e que, no entanto, desde 1998, com a entrada em vigor da *Civil Procedure Rules*, se não tiver expressamente concedido poderes instrutórios oficiosos aos magistrados, ao menos atribui-lhes amplos poderes de controle da atividade probatória, deslocando o comando do processo das mãos das partes para as do juiz. Finaliza esclarecendo que, apesar de ser possível apontar o aumento de poderes judiciais em países de regimes autoritários ou totalitários, disso só se pode concluir que esse reforço dos poderes do órgão jurisdicional é suscetível a qualquer regime político, inclusive a estes.<sup>99</sup>

Outro argumento esposado pelos "garantistas" - e rebatido por Barbosa Moreira - seria o de que a atividade oficiosa do juiz para suprimento de lacunas implicaria numa invasão de espaços destinados às partes, fundamentando-se na ideia de que caberia exclusivamente a estas a delimitação do objeto da causa e o carreamento, aos autos, dos fatos que serviriam de sustentação aos seus pedidos ou exceções (a causa de pedir), não sendo lícito ao juiz sub-rogar-se no lugar daquelas. Barbosa Moreira defende, contrariamente, o raciocínio de que, se ao juiz é dado o dever de julgar a causa de forma justa, nada mais coerente do que serem dadas a ele as condições necessárias para fazê-lo da forma mais bem informada possível, principalmente, quando os resultados da lide, muitas vezes, pode extrapolar a esfera puramente privada das partes, atingindo terceiros ou a coletividade. Por isso, ao determinar, por iniciativa própria, a produção de provas para

---

<sup>98</sup>MENDONÇA, Luis Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. 2007, p. 72-76.

<sup>99</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. 2005, p. 4-7.

esclarecimento dos fatos relevantes para a sua decisão, não estaria o magistrado usurpando o lugar destinado às partes, mas atuando em sua condição de julgador do litígio, uma vez que nem sempre a matéria produzida em razão da distribuição do ônus probatório é suficiente para esclarecer a verdade dos fatos e servir de base para uma decisão justa da lide<sup>100</sup>.

Oposita-se também, o autor, ao argumento perfilado no sentido de que restaria comprometida a condição de terceiro imparcial do juiz, a sua atuação oficiosa em matéria probatória para o esclarecimento dos fatos relevantes da causa. E destaca, nesse esteio, que a omissão de tal atividade oficiosa poderia igualmente ser indiciada como ofensiva a sua imparcialidade, na medida em que o magistrado não teria, em princípio, como saber a quem beneficiaria o resultado da prova determinada oficiosamente. A verdade real, por esta razão, deveria, segundo este autor, ser sempre perseguida, o mais próximo possível, ainda que seu conhecimento dificilmente possa ser perfeito ou completo<sup>101</sup>.

Isso porque, se é certo que uma das partes se beneficiará com a clarificação dos fatos obscuros, também é possível dizer que a subsistência dessa obscuridade irá, pela lógica, aproveitar a outra parte. Em todo caso, acabará o magistrado por beneficiar alguma das partes por sua atitude ou inércia. Enfatiza que o risco de autoritarismo não se encontra na hiperatividade judicial, mas muito mais no da sua inércia. Afinal, é aconselhável ao magistrado, sempre que se imponha como pertinente ao seu melhor convencimento acerca dos fatos relevantes, utilizar-se, com respeito imperativo ao contraditório, dos meios que a lei lhe conceda para a persecução da verdade real dos fatos. O antídoto contra eventuais imparcialidades estaria, portanto, no controle da observância dos deveres legais impostos ao magistrado e não no cerceamento da iniciativa da atividade jurisdicional<sup>102</sup>.

Advoga, ainda, contra a afirmação de que seria incompatível com a garantia dos direitos processuais das partes a atribuição de poderes aos órgãos jurisdicionais, explicando que tal conclusão resultaria, na verdade, de uma má interpretação daqueles direitos, uma vez que o seu desrespeito seria um desvio e não um fenômeno do protagonismo judicial. Não haveria o que se falar em violação de tais direitos, se as atividades oficiosas do juiz fossem devidamente notificadas às partes, possibilitando que estas participem das

---

<sup>100</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. 2005, p. 7-8.

<sup>101</sup>Ibid., 2005, p. 9-10.

<sup>102</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Rio de Janeiro. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, ano III, n. 4, jan. 1984, p. 110-112.

diligências, impugne-as, se necessário, e se manifestem quanto ao seus resultados.<sup>103</sup> Até porque a ampliação dos poderes oficiosos do magistrado não o exonera do dever de respeito ao contraditório das partes - indispensável à salvaguarda dos direitos de defesa - ou do dever de motivação racional de suas decisões - imprescindível ao controle judicial de sua atuação.<sup>104</sup>

Por fim, tendo em mente que a finalidade do processo é a justa composição da lide, e não apenas a resolução do litígio privado dentro de regras formais, defende a necessidade de atribuição de poderes ao juiz para a condução material do processo, de modo a garantir a vitória da verdade dos fatos, não permitindo que eventuais desigualdades na representação técnica possam vir a por em risco a justiça substancialmente adequada ao caso concreto.<sup>105</sup> Observa, portanto, que, ao atuar mais ativamente do processo, o magistrado não estará relegando, necessariamente, às partes uma posição mais passiva no processo, como se os papéis dos sujeitos processuais estivesse dispostos em uma gangorra, na nova estrutura de processo, não estão colocados em uma relação de disputa ou contraposição, mas de colaboração.<sup>106</sup>

Mariana Gouveia, em defesa de um papel mais ativo do magistrado, na tentativa de conciliar antagonismos existentes nos modelos anteriores (liberal e autoritário), propõe um novo arquétipo de juiz. O juiz colaborante, defendido pela autora, seria confiante na direção do processo e nos conhecimentos das questões discutidas no mesmo, preocupado com a solução mais adequada, diante do caso concreto, para o litígio que lhe fora apresentado pelas partes. Seria resultado da incidência do princípio da cooperação sobre o processo, que imporia ao magistrado, simultaneamente, um dever de atuação em posição de igualdade com as partes e um dever de preocupação com o litígio em discussão, de modo a garantir que a realidade endoprocessual seja correspondente, o máximo, à verdade extraprocessual.<sup>107</sup>

E, assim, entende e sublinha que, ainda que não se possa exigir das partes o desprezo pela defesa de suas próprias razões em nome de uma colaboração processual, é possível demandar do juiz uma postura processual de igualdade, trabalhando com elas em

---

<sup>103</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. 2005, p. 10-12.

<sup>104</sup>Id., 1984, p. 111.

<sup>105</sup>Id., 2005 p. 10-12.

<sup>106</sup>Id., 1984, p. 112-113.

<sup>107</sup>GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. 2007, p. 55.

um mesmo nível. E, desta forma, a comunidade de trabalho resultante do princípio da cooperação implicaria, no que pertine às partes, na exigência de uma conduta de boa fé, que corresponderia a um dever transversal de comportamento ético, na defesa de seus próprios interesses. E, no que diz respeito ao magistrado, acarretaria uma postura mais igualitária às partes, colaborando para a resolução mais adequada/justa do litígio, não mais sendo possível a interpretação de tal princípio como uma evidência de autoritarismo<sup>108</sup>.

Michelle Taruffo, segundo Mariana Gouveia, propaga igualmente a ideia de que um juiz diretor do processo não implica, necessariamente, em um juiz autoritário, ensinando que a consagração de certas garantias às partes, tais como, contraditório, dispositividade, igualdade e sindicabilidade das decisões, seria a chave para afastar o autoritarismo judicial e permitir a presença de um juiz ativo no processo. Discorda, portanto, da concepção de que a atribuição de poderes ao magistrado acarretaria diretamente a diminuição de poderes das partes, como se os poderes processuais fossem fatias de torta a serem distribuídas de forma limitada entre os sujeitos do processo. Defende que apenas uma decisão embasada na verdade material, e não somente a formal, ou seja, prolatada em respeito de regras processuais, poderia ser tida como uma decisão justa, restando, assim, nessa necessidade de justiça real, a justificação para a atribuição de poderes instrutórios oficiosos ao magistrado, uma vez que restaria este responsável por persegui-la<sup>109</sup>.

Ao que tudo indica, e conforme será mais a frente demonstrado, o NCPC português consagrou o modelo de juiz "colaborante", concedendo-lhe a gestão do processo - com a atribuição e o reforço dos poderes de direção processual, a serem exercidos sempre de forma justa, eficaz, partilhada e responsabilizante, de modo a evitar o autoritarismo judicial e a incentivar a lealdade processual, bem como a garantir o exercício da democracia no processo pela participação constante das partes. E elegeu a justiça material como objetivo a ser perseguido pelo magistrado em conjunto com as partes, restando àquele o dever de assegurar a igualdade substancial das mesmas e o respeito constante ao contraditório

---

<sup>108</sup>GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. 2007, p.5.

<sup>109</sup>TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in europa*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 2, 2006, p. 451-483 *apud* GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. 2007, p. 59

dinâmico - prestigiando a audiência prévia das partes e a cooperação processual, em vistas a evitar a prolação de decisões-surpresa<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup>CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 9-12

## CAPÍTULO II -PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação traduz-se na imposição de deveres deontológicos aos sujeitos processuais, com o intuito de tornar mais ético o âmbito processual, assim como já o é, há algum tempo, o campo do direito material pela adoção de cláusulas gerais como a da boa fé e a do abuso de direito. Não se pretende esconder a existência de um conflito de interesses entre as partes, sendo inquestionável a presença de um litígio ou uma controvérsia entre elas. Apenas não mais se admite que as partes se utilizem de quaisquer meios para alcançar seus interesses e/ou que a todo custo procurem obstacularizar que o processo alcance o seu fim de compor, de forma justa e célere, a lide.

Contrariamente ao que já se tenha argumentado, este princípio não vem a colidir com a independência e imparcialidade do magistrado - que em verdade depende muito mais das garantias inerentes ao seu estatuto próprio, às regras pertinentes ao regime de impedimentos e suspeições e ao aspecto deontológico típico de sua função de julgar a lide, do que das regras referentes à tramitação processual. Apenas vem a restringir a passividade do magistrado, posto que não mais se espera dele a indiferença na prolação da decisão, de fundo ou de forma, sobre a questão que lhe fora submetida à apreciação.

Não há mais espaço, em um processo condizente com o atual Estado Social Democrático, para uma visão liberal do magistrado, como um mero árbitro do conflito de interesse das partes. Não são mais suficientes a mera observância das regras lógico-formais e o respeito a certos mecanismos procedimentais e/ou às preclusões e cominações processualmente prescritas. Não se coaduna com o ordenamento jurídico vigente, uma posição passiva do magistrado. Pelo contrário, exige-se deste uma postura mais ativa para garantir a consecução da finalidade do processo, que consiste na composição do litígio segundo as regras materiais aplicáveis ao caso concreto após indagação exaustiva acerca da matéria de fato controvertida em juízo, sempre com respeito, por óbvio, à autonomia da vontade das partes - representadas no princípio dispositivo e na regra de auto-responsabilização das partes<sup>111</sup>.

O princípio da cooperação e demais corolários do devido processo legal (tais como, os da boa fé processual e do contraditório dinâmico) são vetores do modelo processual

---

<sup>111</sup>REGO, Carlos Francisco de Oliveira do. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. v.2. Coimbra: Almedina, 2004, p. 265-266.

contemporâneo, o qual pretende ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Projeto de Novo Código de Processo Civil, ainda em tramite de aprovação na Câmara dos Deputados. A inspiração para adoção dessa nova espécie de processo no ordenamento jurídico brasileiro veio do estudo da experiência lusitana, a qual, por sua vez, tomou como paradigma o sistema germânico, dando, contudo, em relação a este, um grande passo à frente, ao adotar, de forma inovadora, no art. 7º, nº 1, do seu NCPC, uma cláusula geral de cooperação processual.

De modo que, para melhor compreender a opção feita pela Comissão de Juristas responsável pelo Projeto de Novo CPC brasileiro no que diz respeito à adoção do modelo cooperativo de processo, é interessante examinar o caso português. Para tanto, impende como oportuno fazer, primeiramente, a distinção entre princípios, regras e cláusulas gerais, de modo a evidenciar o avanço representado pela adoção da referida cláusula geral de cooperação pelo ordenamento lusitano.

Em seguida, vislumbra-se como imperativo o exame do referido art. 7º, nº 1 e dos demais dispositivos legais contidos no NCPC lusitano resultantes da incidência do princípio da cooperação no processo, de modo a facilitar o entendimento da nova dinâmica processual presente no formalismo contemporâneo português, uma vez que o Projeto de NCPC brasileiro o toma como paradigma. E, assim, uma vez possibilitada a compreensão dos deveres e poderes que passam a ser impostos às partes e aos magistrados, bem como dos papéis que passam a ser, então, por estes exercidos dentro do processo, torna-se mais fácil a análise das escolhas feitas pelo legislador brasileiro, buscando-se semelhanças e diferenças entre o Projeto de NCPC do Brasil e o NCPC de Portugal, o qual, inclusive, entrou apenas recentemente em vigor.

## 2.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO UM SISTEMA MISTO DE PRINCÍPIOS E REGRAS

A compreensão do direito por meio de princípios representou uma quebra com o positivismo clássico liberal, o qual inadmitia a existência de uma margem de subjetividade interpretativa para a definição do significado de uma norma, defendendo a sua expressão

exclusivamente por intermédio de regras, ou seja, por normas que possam ser reveladas pelo seu próprio texto, cabendo ao juiz meramente aplicar o ditado no preceito legal tal qual como fora produzido e acabado pelo legislador. Por isso, o surgimento de uma série de princípios materiais de justiça no corpo das constituições que se seguiram ao Pós-Segunda Guerra Mundial levaram os positivistas a argumentar a incerteza e a insegurança de um sistema permeado por princípios, cujas aspirações éticas e políticas se expressavam através de fórmulas imprecisas<sup>112</sup>.

Até Kelsen<sup>113</sup> e Hart<sup>114</sup>, falava-se na composição do ordenamento jurídico por normas, servindo os princípios gerais do direito como mera técnica de integração de lacunas normativas. Não se admitia, portanto, uma leitura moral das normas, uma vez que o direito era encarado como uma questão linguística e empírica da existência ou não do texto legal.<sup>115</sup> Por isso, na opinião de Ronald Dworkin, o positivismo jurídico foi falho ao defender o ordenamento jurídico como um sistema de e para regras, ignorando outros padrões<sup>116</sup>.

Um sistema jurídico composto somente por regras, conforme pretendia o positivismo jurídico, conduz a uma limitada racionalidade prática, uma vez que exige uma exaustiva e completa disciplina legislativa das situações de vida, gerando um sistema seguro, porém sem qualquer espaço para complementação ou desenvolvimento livre do sistema, e, portanto, dissociado da realidade aberta e pluralista de uma sociedade permeada por valores e interesses conflitantes. Por sua vez, um sistema composto estritamente por princípios levaria a um estado de indeterminação, e seria, desta forma, inseguro e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Logo, em busca de equilíbrio, o pensamento moderno aponta como ideal um sistema permeado tanto por regras jurídicas como por princípios (ou pelos valores que estes exprimem)<sup>117</sup>.

Robert Alexy, reunindo princípios e regras no conceito de norma jurídica - gênero do qual são espécies -, define ambos como razões para juízos concretos de um dever-ser, formulados por meio de expressões deônticas de dever, permissão ou proibição. Faz,

---

<sup>112</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>113</sup>KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6.ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>114</sup>HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

<sup>115</sup>SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das questões jurídicas. *Revista de Direito Mackenzi*, v. 5, n. 1, 2011, p. 205-206.

<sup>116</sup>DWORKIN, Op. Cit., p. 36.

<sup>117</sup>CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição e constitucionalismo*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1162-1163.

contudo, uma diferenciação qualitativa entre eles, pontuando que princípios seriam mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam a realização de algo em sua maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, e que, por isso, admitem a sua satisfação em graus variados, a depender das condições do caso concreto. Ao passo que as regras seriam normas que contêm determinações daquilo que é fática e juridicamente possível, não admitindo a sua concretização em graus ou por medidas, devendo ser sempre satisfeitas por completo, ou seja, quando válidas, devem ser cumpridas nos seus exatos termos, nem mais, nem menos.<sup>118</sup>

Diante da colisão entre princípios e do conflito entre regras fica ainda mais evidente a diferença entre essas duas espécies de normas jurídicas, que apresentam em comum apenas o fato de que se fossem aplicadas isoladamente levariam a resultados inconciliáveis entre si.<sup>119</sup> Para Dworkin, a colisão entre princípios e o conflito entre regras demonstra a natureza lógica da sua aplicação diante do caso concreto. Afinal, como dito, as regras obedecem à lógica do tudo-ou-nada - ou seja, ou são válidas e devem ser aplicadas em seus exatos termos, ou são inválidas e, portanto, devem ser retiradas do ordenamento jurídico - sendo exceções admitidas desde que previstas no enunciado da própria regra.<sup>120</sup>

Já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, consubstanciada em uma questão de peso ou de importância, devendo ser considerada a força relativa de cada princípio no momento de solucionar o problema da colisão entre eles. A não prevalência de um princípio em relação a outro não implica a invalidade daquele no ordenamento jurídico. Isso porque, em outra situação, com condições diversas, aquele mesmo princípio pode prevalecer frente ao princípio outrora prevalecente.<sup>121</sup>

Os princípios, por sua natureza, são aversos à lógica da hierarquização, exigem uma metodologia que permita a sua aplicação diante do caso concreto levando em consideração a sua pluralidade, tendo, portanto, um caráter aberto. Abstratamente, é absurdo se falar na prevalência de um princípio em confronto com outro, uma vez que a técnica da ponderação ou proporcionalidade na aplicação dos princípios é direcionada ao caso concreto, e assim, é possível a convivência no ordenamento jurídico de princípios que na prática podem se apresentar como antagônicos.<sup>122</sup> Os princípios, portanto, ao permitirem o balanceamento

---

<sup>118</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2008, p. 90-91.

<sup>119</sup>ALEXY, Op. Cit., p. 91-92.

<sup>120</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2002, p. 39-40.

<sup>121</sup>DWORKIN, Op. Cit., p. 41-44.

<sup>122</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2011, p. 54-55.

de valores e interesses consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conexos, permitem a sua coexistência equilibrada dentro do sistema jurídico, diversamente das regras, que, ao não admitirem outra solução que não a sua validade e cumprimento na exata medida de suas prescrições, apresentam uma natureza excludente, não permitindo a convivência de regras antagônicas<sup>123</sup>.

No Estado Contemporâneo, já não mais se discute a importância da presença de ambos princípios e regras para a adequação do sistema à realidade da vida em sociedade. Em que pese ter sido demonstrado se tratarem de institutos jurídicos com estruturas lógicas diferentes, métodos de aplicação distintos, e que, diante do choque de normas, comportam-se de forma diversa, demandando soluções igualmente diferenciadas, essa distinção nem sempre é tão fácil, visto que, em abstrato, muitas vezes são bastante parecidas. Para entender, contudo, o papel que essas espécies de normas jurídicas desempenham no sistema é importante saber distingui-las, ao menos em tese, para, então, compreender as escolhas feitas pelo legislador e os contornos tomados pelo processo em razão destas.

## 2.2 A TÉCNICA LEGISLATIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS: ABERTURA E MOBILIDADE AO SISTEMA

Regras e princípios jurídicos são, como exposto acima, espécies de normas jurídicas, que nada mais são do que o resultado interpretativo dos textos normativos (lei). As cláusulas gerais, por sua vez, são espécie de texto normativo e, portanto, podem dar origem tanto a regras quanto a princípios jurídicos. A cláusula geral do devido processo legal, por exemplo, pode resultar na regra da obrigação de motivação das decisões judiciais e no princípio da cooperação. Logo, regras, princípios e cláusulas gerais não podem ser confundidos entre si, uma vez que operam em níveis diversos do fenômeno normativo<sup>124</sup>.

Inúmeros são os conceitos atribuídos às cláusulas gerais, dentre eles, o de que se trataria de uma espécie de texto normativo cuja indeterminação estaria presente em ambos

---

<sup>123</sup>CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição e constitucionalismo*. 2011, p. 1161.

<sup>124</sup>DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 66-67.

os extremos de sua estrutura lógica, uma vez que o seu antecedente (hipótese fática) seria composto por termos vagos e o seu consequente (efeito jurídico) seria indeterminado.<sup>125</sup> Há, contudo, conforme salienta Fredie Didier Jr.<sup>126</sup>, aqueles que admitam considerar igualmente como cláusula geral, o texto normativo que, apresentando vagueza em seu antecedente, tenha, entretanto, consequência(s) jurídica(s) determinada(s). Fato é que, conforme leciona Judith Costa-Martins, as cláusulas gerais apresentam uma disposição normativa cujo enunciado apresenta uma linguagem mais aberta, fluida ou vaga<sup>127</sup>, que lhe permite uma amplitude semântica mais extensa, promovendo o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas valorativas do caso concreto, as quais ou já estão indicadas em outras disposições normativas do sistema (caso tradicional de reenvio) ou são objetivamente vigentes no âmbito social de operação do magistrado (caso de redirecionamento)<sup>128</sup>.

Michele Taruffo, todavia, defende que as normas resultantes das cláusulas gerais seriam necessariamente heterointegradas, ou seja, preenchidas por critérios metajurídicos, pelo que não admite a função de reenvio, apenas a de redirecionamento normativo.<sup>129</sup> Para aqueles, contudo, que admitem a sua função de reenvio ao se referirem a ela, é frequente a designação das cláusulas gerais como normas diretivas, uma vez que remetem a outras normas dentro do próprio sistema<sup>130</sup>.

A técnica legislativa das cláusulas gerais surge como alternativa ao método casuístico, marcado pela tipicidade e determinação normativa, que conduz o intérprete/aplicador do direito a uma subsunção quase automática da norma ao fato jurídico, em uma pretensão de completude legislativa. Mediante a tipificação de condutas e comportamentos, em busca de leis claras, uniformes e precisas, a técnica casuística deixa pouco espaço para dúvidas quanto à determinação do sentido e alcance da norma, direcionando o sistema a uma desejada certeza e segurança jurídica, que, entretanto, causam-lhe igualmente rigidez e imutabilidade<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup>COSTA-MARTINS, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Brasília. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n.139, jul-set, 1998, p. 8

<sup>126</sup>DIDIER JR., Fredie. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. 2010, p. 57.

<sup>127</sup>COSTA-MARTINS, Op. Cit., p. 8.

<sup>128</sup>COSTA-MARTINS, Op. Cit., p. 10.

<sup>129</sup>TARUFFO, Michele. La giustificazione delle decisioni fondate su standards. v. 19, n.1, 1989. p. 152. *apud* COSTA-MARTINS, Op. Cit., p. 10.

<sup>130</sup>COSTA-MARTINS, Op. Cit., p. 10.

<sup>131</sup>COSTA-MARTINS, Op. Cit., p. 7-8.

Em busca de trazer maior mobilidade e abertura ao sistema, os ordenamentos jurídicos passam a ser, aos poucos, permeados pelas cláusulas gerais, responsáveis pela criação de leis carecidas de preenchimento com valoração, ou seja, por critérios necessários a sua concretização, determináveis apenas diante do caso concreto, sendo consideradas verdadeiras janelas de erupção de equidade do sistema.<sup>132</sup> Pela amplitude semântica de seus enunciados intencionalmente vagos, possibilitadores de penetração de valores ainda não expressamente previstos pela legislação, as cláusulas gerais permitem o influxo de valores metajurídicos, possibilitando a sistematização e ressystematização do mesmo<sup>133</sup>, que, então, passa a estar em constante adequação com a realidade social.

Opostamente ao que ocorre com as normas resultantes da casuística, as cláusulas gerais não pretendem a prévia apresentação de respostas, mas a sua progressiva construção pela jurisprudência, dirigindo ao magistrado um mandato de criação complementaridade e desenvolvimento normativo<sup>134</sup>, que o tornam verdadeiramente a boca da lei. Não no sentido tradicional de mero ventríloquo reproduzidor do disposto pelo legislador, mas pela dicção da lei através de uma atividade de criação normativa de alcance geral, que vai além do caso concreto, pela reiteração dos casos e progressiva reafirmação da *ratio decidendi* dos julgados, que servirá para sedimentação jurisprudencial do sentido e alcance da norma<sup>135</sup>.

A técnica das cláusulas gerais apresenta, contudo, a desvantagem de provocar incerteza quanto aos seus contornos, até que sejam esses devidamente consolidados pela jurisprudência. E, é por isso, que o ideal não seria um sistema composto exclusivamente por cláusulas gerais ou textos normativos derivados da casuística, mas pela presença harmônica de ambas as estruturas normativas<sup>136</sup>, de modo a se buscar o equilíbrio entre mobilidade/abertura e segurança/certeza jurídica. O ordenamento jurídico deixa, assim, de ser um sistema fechado - formado estritamente por cânones gerais e abstratos, cuja hipótese fática e a consequência jurídica já teriam sido específica e previamente traçadas pelo legislador -, para passar a apresentar igualmente textos normativos abertos - que pretendem dar resposta a problemas específicos e determinados pelo caso concreto, onde o

---

<sup>132</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2012, p. 142-143.

<sup>133</sup>COSTA-MARTINS, Judith. *O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro*. 1998, p. 6-7.

<sup>134</sup>COSTA-MARTINS, Op. Cit., p. 7-8.

<sup>135</sup>COSTA-MARTINS, Op. Cit., p. 10.

<sup>136</sup>COSTA-MARTINS, Op. Cit., p. 8.

direito é construído *a posteriori*, em uma mistura de indução e dedução, que melhor se adequa à complexidade da vida contemporânea<sup>137</sup>.

É bem verdade que toda norma resulta de um processo interpretativo do texto normativo, sofrendo sempre algum grau de integração valorativa pelo magistrado. O que ocorre com as cláusulas gerais é apenas que esse grau de integração é mais elevado, ao ponto de atribuir um poder criativo ao magistrado que não existe diante de normas produzidas pela casuística.<sup>138</sup> Tal poder de criação do direito, contudo, não é arbitrário, estando sujeito a controle formal (incompetência do órgão ou falta de fundamentação) e substancial (má compreensão de seu conteúdo), uma vez que os critérios utilizados para preenchimento da norma devem estar sempre contidos na fundamentação da decisão judicial<sup>139</sup>.

### 2.3 A CLÁUSULA GERAL DE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E O CASO PORTUGUÊS: DEVERES DE ESCLARECIMENTO, AUXÍLIO, CONSULTA E DE PREVENÇÃO DO MAGISTRADO E DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL DAS PARTES

A técnica das cláusulas gerais foi inicialmente desenvolvida no âmbito do Direito Privado, tendo sido só posteriormente importadas para o Direito processual, quando das mudanças metodológicas operadas no mesmo, ao final do século anterior. No que pertine à utilização destas, pode-se dizer que o ordenamento português é vanguardista mundial, estando o seu diploma processual atualmente estruturado sobre elas, que ficam localizadas logo em sua parte inicial, como um prólogo à compreensão de seu formalismo.

Desde a reforma de 1961, inspirado na experiência germânica, o ordenamento jurídico português, como dito, passou a adotar o modelo cooperativo de processo. Inovou, contudo, nas Reformas de 1995 e 1996, ao adotar uma cláusula geral da cooperação, a qual

---

<sup>137</sup>DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. 2010, p. 59-60.

<sup>138</sup>COSTA-MARTINS, Judith. *Odireito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro*. 1998, p. 9.

<sup>139</sup>DIDIER JR, Op. Cit., p. 66-67.

era, então, prevista no art. 266º, nº 1, do diploma revogado. A partir de 1º de setembro do ano de 2013, entrou em vigor, em Portugal, a Lei nº 41, de 26 Junho de 2013, que revogou o antigo CPC, estando o texto legal da referida cláusula geral de cooperação atualmente previsto, em sua integralidade e sem modificações, no art. 7º, nº 1 do novo código vigente, o qual prescreve:

**Art.7.º - Princípio da cooperação**

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 417º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.<sup>140</sup>

Como se pode depreender da leitura do enunciado nº 1 do artigo transcrito supra, trata-se de uma cláusula geral que visa direcionar o processo, de forma breve e eficaz, à justa composição da lide, para tanto, estipula que, ao longo de todo processo (em sua condução e intervenção), devam agir em cooperação recíproca, todos os sujeitos destinatários da norma, ou seja, não só as partes e seus mandatários, como igualmente o magistrado. Intencionalmente, portanto, o legislador português escolheu utilizar-se da técnica legislativa das cláusulas gerais, cuja estrutura normativa apresenta uma hipótese fática indeterminada, possibilitando, desta forma, um maior alcance (abertura) e mobilidade ao dispositivo, que, então, não se prende a tipos normativos, podendo ser utilizado sempre que o caso concreto o demande.

No caso específico da cláusula geral sob análise, a indeterminação pode ser, por exemplo, destacada pela utilização do termo vago "cooperar entre si". Afinal de contas, o que significaria "agir em cooperação"? A resposta para tal questionamento apenas pode ser encontrada diante do caso concreto, quando, então, será possível buscar o preenchimento da norma com critérios de valoração, os quais, no caso em comento, deverão ser extraídos do princípio da cooperação e seus corolários. Tal estrutura normativa também não tipifica em *numerus clausus* as consequências jurídicas para o seu descumprimento, o que,

---

<sup>140</sup>PORTUGAL. *Novo Código de Processo Civil*. 27. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 30-31.

conforme Fredie Didier<sup>141</sup>, seria mais uma vantagem na adoção desta cláusula geral de cooperação, uma vez que aquelas, ao serem construídas também somente perante o caso concreto, permitiriam uma maior flexibilidade da norma no acompanhamento das condutas adotadas pelos sujeitos processuais, facilitando, desta feita, a observância de seus preceitos.

Ou seja, ao não elencar taxativamente as condutas que seriam configuradas como em desrespeito ao dever de cooperação, resta facilitada a repressão a qualquer atividade não cooperativa dos sujeitos processuais. Da mesma forma que, ao não tipificar as consequências, permite-se que sejam elas adequadas às peculiaridades do caso concreto, e, assim, poderão, por exemplo, gerar uma invalidade, uma preclusão, um dever de indenizar, uma condenação ao pagamento de multa, um direito a uma tutela inibitória, etc<sup>142</sup>.

O ordenamento jurídico lusitano, portanto, através do art. 7º, não só continua a adotar expressamente o princípio da cooperação como fundamentalmente estruturante, angular e exponencial de todo o processo civil, estimulando que juízes, partes e mandatários, cooperando entre si, alcancem uma rápida e eficaz justiça diante do caso concreto<sup>143</sup>, como, ao fazê-lo por intermédio do método das cláusulas gerais (precisamente em seu enunciado nº 1, permite uma maior abertura e mobilidade ao seu sistema, possibilitando que tal princípio possa ser mais amplamente concretizado. Para além desse dever genérico de cooperação destinado a todos os sujeitos processuais, a doutrina lusitana destaca ainda a previsão de deveres específicos resultantes da incidência do princípio da cooperação.

Seguindo os ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa, costumam-se extrair, quanto à posição do magistrado, quatro poderes-deveres ou deveres funcionais, quais sejam, os de esclarecimento (art. 7º, nº 2, NCPC), de consulta (art. 3º, nº 3, NCPC), de prevenção (art. 590º, nº 2, "b" e art. 591º, nº1, "c", NCPC) e de auxílio (art. 7º, nº 4, art. 418, nº 1 e art. 754, nº 1, "a", NCPC). E, no tocante às partes, o dever de litigância de boa-fé (art. 8º, NCPC) e o de esclarecimento (art. 7º, nº 2, NCPC).

O primeiro consiste em um dever de recíproco esclarecimento, das partes para com o tribunal relativamente a eventuais dúvidas sobre alegações, pedidos ou posições destas

---

<sup>141</sup>DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. 2010, p. 71.

<sup>142</sup>Ibid., 2010, p. 71.

<sup>143</sup>NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 14. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 15-16.

em juízo, de modo a evitar que a decisão do magistrado tenha por base percepções equivocadas ou apressadas sobre as mesmas, e do magistrado para com as partes, no sentido de esclarecê-las acerca dos seus próprios pronunciamentos.<sup>144</sup> Esta última vertente do dever de esclarecimento, salienta Fredie Didier Jr., encontra-se igualmente embasado na regra da exigência de motivação das decisões judiciais, de modo a torná-las claras às partes que a elas se submetem<sup>145</sup>.

A primeira vertente, importa ainda salientar, representa igualmente um dever funcional do magistrado, na medida em que resta este obrigado a convidar as partes ao esclarecimento dos fatos, sempre que se apresente como necessário à completa elucidação da matéria fática relevante à formação de sua convicção. Assim, apesar de impor às partes o dever de comparecimento para prestar tais esclarecimentos, simultaneamente se configura como um poder-dever do magistrado, que não pode ser tido como uma mera discricionariedade concedida ao mesmo. Isso porque não se coaduna com o hodierno entendimento do formalismo processual, a prolação de decisões permeadas por dúvidas e incertezas quando era possível a persecução da verdade substancial dos fatos.

O dever de consulta, por sua vez, de cunho assistencial e exigível ao longo de todo o procedimento e em qualquer de suas fases, visa impedir que o magistrado venha a prolar decisões com base em questões, de fato ou de direito, ainda que conhecíveis *ex officio*, sem que tenha sido possibilitada às partes a oportunidade de sobre elas se pronunciarem. Tem, portanto, como objetivo final evitar a prolação de decisões-surpresa, que são aquelas proferidas sem a prévia audição das partes<sup>146</sup> - e que se configuram como tema central desta dissertação, o que justifica o seu tratamento superficial neste momento.

Observe-se, todavia, por ora, que, conforme enfatizado por Fredie Didier, tal dever não só representa a concretização do princípio da cooperação como também do princípio do contraditório, por ser responsável por assegurar às partes o poder de influenciar na solução da lide através da instigação do diálogo entre os sujeitos processuais.<sup>147</sup> Assim, pode-se dizer que o dever de consulta apresenta-se ponto de confluência ou intersecção entre esses dois princípios.

---

<sup>144</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 65-66.

<sup>145</sup>DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. 2010, p. 16.

<sup>146</sup>SOUSA, Op. Cit., p. 66-67.

<sup>147</sup>DIDIER JR., Op. Cit., p. 18.

O dever de auxílio, por conseguinte, consiste no dever ajudar as partes, sempre que possível, na superação de empecilhos sérios à obtenção de documentos ou informações que condicionem o eficaz exercício de um direito ou de uma faculdade, ou o cumprimento de um dever ou de um ônus processual. Coerentemente, tais obstáculos precisam ser justificadamente apontados pela parte interessada na sua remoção,<sup>148</sup> sob pena de restar configurado o abuso processual da parte. Afinal, o magistrado no exercício deste dever não atua em substituição destas, mas em auxílio das mesmas - consoante pode ser denotado pela própria nomenclatura escolhida para sua designação. Não se pode admitir, portanto, o mau uso do processo sob risco da prerrogativa do pedido de auxílio se tornar um subterfúgio para a transferência de um ônus processual que caberia às partes ao magistrado.

Por último, há de se falar sobre o dever de prevenção, que consiste no dever de alertar as partes quanto ao risco de perecimento do direito discutido em juízo ante a presença de uma irregularidade processual. Sobre esse dever judicial cumpre por oportuno salientar, desde já, residir uma grande celeuma doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista que são bastante discutidos os limites de incidência desse poder, não sendo muito clara a legislação lusitana neste ponto e sendo bastante vanguardista o tratamento perfilado pelo ordenamento germânico, que como dito, funciona como paradigma do ordenamento processual português.

Assim sendo, impende destacar que, no regime anterior tal dever de prevenção encontrava-se previsto no art. 508º, nº 1, b, consubstanciado, de forma expressa, em um convite ao aperfeiçoamento dos articulados, para a correção de irregularidades (art. 508º, nº 2) - ou seja, da ausência de requisitos legais ou da juntada de documentos essenciais ou exigidos por lei - ou de deficiências na exposição ou concretização da matéria fática (art. 508º, nº 3) - em outras palavras, insuficiências ou imprecisões (obscuridade, ambiguidade ou falta de clareza) na narração dos fatos que fundamentam os pedidos. Tal convite, salienta-se, na égide do regime revogado, podia ou não ser aceito pela parte, configurando-se em uma mera faculdade desta, uma vez que não havia previsão de qualquer sanção para o seu não aceite, estando a parte apenas sujeita às consequências jurídicas previstas para as irregularidades ou deficiências apontadas pelo magistrado e por elas não corrigidas.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 67.

<sup>149</sup>AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*. 10. ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 239-240.

No que pertine ao magistrado, a jurisprudência<sup>150</sup> interpretava que apenas o convite previsto no nº 2 (destinado à correção de anomalias presentes no próprio articulado) seria um dever vinculado, cuja omissão implicaria em nulidade. Enquanto o convite prescrito no nº 3 (designado para a correção de deficiências na exposição fática) seria considerado uma mera faculdade do magistrado, que, assim, não se encontrava obrigado a promovê-lo, inclusive, porque a omissão do núcleo essencial da causa de pedir constitui um defeito insanável<sup>151</sup>.

Atualmente, o dever de prevenção está inserido no dispositivo legal que trata da gestão inicial do processo (art. 590º, NCPC), ligado ao poder-dever de gestão processual atribuído ao magistrado - que, aliás, como será mais à frente discutido, é mais amplo e genérico que o poder-dever de direção. O dever de prevenção continua a ser previsto com uma das finalidades do despacho pré-saneador, que, segundo o art. 590º, nº 2, b do NCPC, visa providenciar o aperfeiçoamento dos articulados das partes, através do convite destas à correção de irregularidades presentes em tais peças processuais (nº 3) e/ou de deficiências relativamente à matéria fática (nº 4)<sup>152</sup>.

Merece relevo a redação dos dispositivos mencionados, uma vez que, ao serem utilizadas expressões como "o juiz convidará" (nº 3) e "incumbe ainda ao juiz convidar" (nº 4), não deixa mais espaço para dúvidas quanto ao regime vinculado de tais despachos pré-saneadores (art. 590º, nº 3 e 4, NCPC), implicando em nulidade, a sua omissão pelo magistrado. No que pertine ao aceite do convite proferido pelo órgão jurisdicional, não mais pode ser este interpretado como uma mera faculdade da parte, já que a estrutura condicionante, anteriormente presente no nº 4 do art. 580º do diploma revogado, foi expurgada, não constando do art. 590º, nº 5, NCPC. No regime vigente, o não aceite ao convite ao aperfeiçoamento dos articulados implicará em descumprimento do dever de cooperação, resultando na configuração de uma litigância de má-fé, cuja sanção é a aplicação de uma multa e, caso seja requerido pela parte adversária, de uma indenização<sup>153</sup>.

Por fim, resta ainda pontuar, que permanece inalterada a redação do dispositivo contido no art. 508º-A, nº 1, c do código revogado, tendo sido este apenas transferido para o atual art. 591º, nº 1, c, NCPC, o qual igualmente prevê um dever de prevenção, a ser

---

<sup>150</sup>Vide acórdão do STJ de 21/11/2006, 3º-126.

<sup>151</sup>VALLES, Edgar. *Prática processual civil com o novo CPC*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013, 94.

<sup>152</sup>CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. 2013, p. 72.

<sup>153</sup>CORREIA; PIMENTA; CASTANHEIRA, Op. Cit., p.72-73.

exercido na fase da audiência prévia, e que se destina ao suprimento das deficiências e insuficiências na exposição da matéria de fato, que forem, por ventura, subsistentes à fase de pré-saneamento ou que decorram da sequência do debate. Em todos os casos, a causa de pedir e o pedido (no caso do autor) e as exceções alegadas na contestação (no caso do réu) funcionam como limites às alterações decorrentes do aperfeiçoamento dos articulados, nos termos do art. 590º, nº 6 do NCPC - que, por sua vez, remete ao art. 265º (no caso do autor) e aos arts. 573 e 574 (no caso do réu), ficando vedada a apresentação de um articulado completamente diferente, pela total alteração dos fatos da causa.

Os avanços alcançados pelas modificações supra apontadas não levaram, contudo, à previsão expressa de um dever geral de prevenção em conformidade aos apelos de Teixeira de Sousa<sup>154</sup> e Carlos Francisco de Oliveira do Rego<sup>155</sup>, que pretendiam uma ampliação do âmbito de incidência do dever de prevenção de modo a abarcar, à semelhança do disposto no §139 da ZPO<sup>156</sup>, qualquer situação em que o êxito da ação (de qualquer das partes) se encontrasse em risco de frustração pelo uso inadequado do processo. Adotando-se tal perspectiva do dever de prevenção, restaria o magistrado obrigado a explicitar pedidos pouco claros, a apontar lacunas eventualmente constantes da exposição fática, a evidenciar a necessidade de adequação do pedido formulado à situação concreta e/ou a sugerir certa postura a ser adotada pela parte<sup>157</sup>.

Talvez a resposta a tais apelos, possa ser, todavia, retirada do art. 6º do NCPC, que concedeu maiores poderes ao magistrado, autorizando-o (vinculando-o) a atuar de forma ainda mais ativa na direção do processo, providenciando pelo seu célere andamento, inclusive, através da providência oficiosa de diligências necessárias ao seu regular prosseguimento. Esse dever propositalmente genérico de gestão processual pode representar a desejada ampliação do âmbito dos deveres de cooperação impostos ao magistrado, com o intuito de permitir a condução do processo em direção a sua finalidade última, qual seja, a concretização da justiça na solução do litígio.

---

<sup>154</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 66.

<sup>155</sup>REGO, Carlos Francisco de Oliveira do. *Comentários ao código de processo civil*. 2004, p. 264-265.

<sup>156</sup>§139-1 da ZPO: "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 insuficientemente dadas acerca dos fatos invocados, indicando os meios de prova e formulando os respectivos pedidos." tradução livre com base na tradução feita por 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.

<sup>157</sup>SOUSA, Op. Cit., p. 66.

No que pertine à posição das partes, para além do dever de esclarecimento já comentado, apesar de não ser impositivo somente a elas, a incidência do princípio da cooperação significa, necessariamente, um agir com lealdade, um dever de litigância de boa fé entre os sujeitos processuais - que, aliás, serve de base para justificar aquele mesmo dever de esclarecimento que se impõe a ambas as partes frente ao tribunal. E a boa fé pode consubstanciar-se tanto em uma norma de conduta (vertente objetiva) como em um elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos (vertente subjetiva),<sup>158</sup> e assim, o desrespeito a tal dever pode ser aferido pelo critério de conhecimento ou não ignorância, pelo sujeito, de sua atuação em desconformidade com a lei (litigância de má-fé), ou pela pura verificação da violação dos padrões de comportamento ou conduta assinalados pela norma<sup>159</sup>.

Por força do antigo art. 266º, o elenco previsto no anterior art. 456º, nº 2 foi ampliado para prever como litigância de má-fé o desrespeito (omissão grave) ao dever de cooperação (em sua alínea "c"). Quando da entrada em vigor do NCPC, tal modificação substancial foi mantida, tendo sido o texto normativo apenas deslocado para o art. 542º, que passou a incorporá-lo em sua integralidade, sem operar novas alterações. Nos termos do art. 542º, nº 2 do NCPC, não só o dolo como igualmente a negligência grave (elementos subjetivos) levam à configuração da litigância de má-fé, cuja consequência jurídica, consoante enunciado nº 1 do artigo em comento, seria a cominação de multa ou, caso seja requerido pela parte adversária, a condenação ao pagamento de uma indenização, conforme já pontuado mais acima.

No campo probatório, o dever de cooperação das partes para com o tribunal resultava do dispositivo contido no antigo art. 519º, que foi integralmente recepcionado pelo atual art. 417º do NCPC. Por força deste, fica determinado que as partes devam colaborar para a descoberta da verdade através do comparecimento em juízo para o cumprimento das diligências requeridas pelo magistrado, independentemente do ônus probatório que sobre elas esteja ou não pendente. As consequências jurídicas para o descumprimento deste dever de cooperação para a busca da verdade - que por força do art. 7º, nº 3 também são aplicáveis ao descumprimento do dever de esclarecimento (art. 7º, nº 2) - encontram-se elencadas no enunciado nº 2 do referido art. 417º. E são elas: a

---

<sup>158</sup>DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. 2010, p. 81.

<sup>159</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 63.

condenação ao pagamento de multa; a coerção do sujeito à realização da diligência; ou, em caso de recusa ilegítima no cumprimento da diligência que resulte na impossibilidade de produção de prova do fato - por se tratar de meio essencial para a mesma -, a inversão do ônus probatório; ou ainda, por último, a livre apreciação do valor probatório da recusa, quando essa não implicar a impossibilidade de prova do fato - por não se tratar de meio absoluto para tanto<sup>160</sup>.

Diversamente do que acontece com o dever de cooperação das partes (dever de boa fé processual), não há consequências jurídicas expressa e tipicamente previstas pelo ordenamento jurídico lusitano para o descumprimento dos deveres de cooperação que impendem sobre o magistrado. Assim, segundo os ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa, é preciso verificar se o dever descumprido possuía uma previsão aberta ou fechada, uma vez que as previsões fechadas, por não deixarem espaço para a apreciação de sua verificação pelo juiz, implicam em nulidade do ato praticado em sua inobservância. Enquanto que, diante de previsões abertas - quando, então, é dada ao magistrado uma certa margem de discricionariedade (que não se confunde com arbitrariedade) -, não é possível se falar em nulidades processuais pelo desrespeito ao preceito.<sup>161</sup> Tal assunto será mais aprofundado adiante.

#### 2.4 PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O Código de Processo Civil brasileiro, ainda vigente, foi promulgado em 1973 através da Lei 5.869, sendo, portanto, anterior à promulgação da Constituição de 1988, responsável pela instituição do Estado Democrático brasileiro. Com intuito de adequar o diploma processual civil às mudanças operadas pela adoção de um novo regime estatal, foram nele operadas inúmeras reformas. Ao longo de quatro décadas, tantas reformas, contudo, acarretaram o enfraquecimento da coesão necessária entre suas normas, comprometendo a sua organização sistemática, e igualmente gerando consequências,

---

<sup>160</sup>REGO, Carlos Francisco de Oliveira do. *Comentários ao código de processo civil*. 2004, p. 453-455.

<sup>161</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 67.

inclusive, de ordem pragmática, como o comprometimento da celeridade e funcionalidade do próprio sistema<sup>162</sup>.

Por isso, com o fito de sistematizar a legislação processual infraconstitucional - e resolver os inúmeros problemas causados pelas reformas sucessivas operadas no diploma em questão - e adaptar o formalismo processual civil às novas diretrizes contemporâneas do processo, foi protocolado no Senado Federal um Projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro sob a designação PLS 166/10. Tal Projeto, que se encontra, atualmente, em trâmite de aprovação na Câmara dos Deputados Federais, onde foi recepcionado com o protocolo PL 8.046/10, representa um grande avanço legislativo, tendo em vista ter sido claramente adotada uma estruturação cooperativa do processo, ainda que não haja menção explícita neste sentido, conforme será ora demonstrado.

Hodiernamente, como já vastamente pontuado, entende-se que o formalismo processual compatível com um Estado Constitucional Democrático é aquele estruturado em valores constitucionais e direcionado à busca pela Justiça do caso concreto, servindo o processo como instrumento à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva do direito substantivo em juízo. A participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o procedimento também passou a ser exigido, uma vez que a democracia deixou de ser limitada à mera representação legislativa, sendo igualmente consubstanciada na participação jurisdicional. Não basta, portanto, o poder de influenciar na elaboração das normas, é preciso ser igualmente possibilitado o poder de influenciar na reconstrução do sentido atribuído ao texto normativo, no momento de aplicação da mesma, para se ter por concretizado o exercício da democracia.<sup>163</sup> Por isso, no Projeto de NCPC, o processo civil (democrático) brasileiro é claramente um processo participativo, e, conforme mais a frente será defendido, é mais que isso, é um processo cooperativo.

Apesar de, contrariamente ao que ocorre no ordenamento jurídico lusitano, o princípio da cooperação não estar expressamente previsto nem mesmo na exposição dos motivos do Projeto, a sua influência é possível de ser detectada em inúmeros dispositivos legais ao longo do diploma em construção. Já a participação encontra-se explicitamente consagrada no Projeto, em seu art. 5º, sendo prescrita como um direito da parte atuar ativamente ao longo de todo o procedimento em cooperação com o magistrado. Ressalte-se

---

<sup>162</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 205-206.

<sup>163</sup>Ibid., p. 15-19.

que o referido art. 5º do Projeto é, entretanto, omissivo quanto ao dever de cooperação deste para com aquelas, restando meramente implícita esta vertente do princípio da cooperação, cuja extração é feita através de uma interpretação sistemática do diploma em projeção.

O exercício deste direito de participação ativa, registre-se, resta devidamente assegurado pela imposição, ao magistrado, de um dever de observância constante pelo contraditório dinâmico, nos termos da parte final do art. 7º do Projeto. Como já se explicitou, a participação das partes no processo pelo contraditório não se limita ao direito de bilateralidade de audiência, mas demanda, igualmente, a paridade de armas, o direito à informação sobre todos os atos processuais da causa, a possibilidade de reação e, principalmente, de influência sobre o resultado da lide, além do direito de ver seus argumentos considerados na decisão e de não ser por esta surpreendida. O contraditório, nos moldes do Estado Democrático, importa ainda na observância dos deveres de cooperação, boa-fé e lealdade processual<sup>164</sup>.

Isso porque, em uma estruturação cooperativa de processo, o juiz não só tem o encargo de velar pelo contraditório das partes como igualmente a ele se submete, tornando isonômica a relação entre os sujeitos processuais no desenvolver do procedimento. A verificação do cumprimento desse dever pelo magistrado - a que corresponde um direito das partes - é possível através da exigência de adequada motivação das decisões judiciais. E uma decisão para ser considerada devidamente motivada precisa preencher dois critérios: o da racionalidade ou correção lógica (critério interno) e o da correlação com os fundamentos apresentados pelas partes - os quais não se confundem com os argumentos perfilados por elas, uma vez que estes são meros esforços retóricos acerca dos fundamentos (critério externo). Assim, pode se dizer que decisão adequada (e, então, válida) é, portanto, aquela motivada de forma racional e em consideração aos fundamentos apresentados pelas partes através de suas manifestações processuais, resultantes do diálogo constante entre os sujeitos do processo através do exercício do contraditório dinâmico<sup>165</sup>.

Com as modificações operadas no texto original da PLS 166/2010, as reclamações de Marinoni e Mitidiero<sup>166</sup>, de que teria faltado explicitar no Projeto os requisitos necessários para a consideração de uma decisão corretamente motivada, já não são mais

---

<sup>164</sup>REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no projeto de novo código de processo civil*. In: Revista de Informações Legislativas, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun., 2011, p. 91.

<sup>165</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 36 e 41-42.

<sup>166</sup>MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit., p. 42.

devidas, posto ter havido a adição de um parágrafo único ao art. 476, que permite a interpretação (contrário senso) neste sentido. Merece especial atenção, ainda, o inciso IV do referido parágrafo único, uma vez que este enfatiza a necessidade de enfrentamento, pelo magistrado, de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, influenciar em sua decisão, consagrando, desta feita, de forma expressa aquele critério externo acima ressaltado.

Dito isso, parece interessante novamente enfatizar que a colaboração devida em um processo civil democrático é das partes para com o magistrado, mas também deste para com elas. Insiste-se, ainda, em repisar que entre as partes subsiste apenas um dever de lealdade processual, ou seja, de uma conduta ao longo do processo pautado pela boa fé, resultante da incidência do princípio da cooperação. Não se pode esperar das partes que abram mão de seus próprios interesses, que, no litígio, são sempre contrapostos, porque pensar de forma diversa seria uma ingenuidade. Aliás, é justamente essa interpretação (equivocada) que leva ao argumento de que o princípio da cooperação seria uma mera utopia. Talvez com o intuito de afastar essa interpretação incorreta do referido princípio, que o texto original da PLS 166/10 foi modificado. No que pertine ao dever cooperação das partes, foi retirada, do dispositivo contido no art. 5º do Projeto, a expressão "entre si", deixando apenas a alusão do dever de colaboração com o juiz. Foi omissivo, infelizmente, quanto ao dever de colaboração do magistrado para com a parte, como já exaustivamente reclamado.

O dever de lealdade processual entre as partes encontra-se expressamente previsto no inciso II do art. 80 do Projeto, responsável por elencar os deveres das partes e de seus procurados. Observe-se, inclusive, que, com exceção do inciso VI, os demais deveres previstos neste artigo são todos no sentido de impor às partes uma conduta pautada pela boa fé, no intuito de cooperar para a célere e adequada resolução do litígio. O inciso I refere-se a um dever de verdade quanto aos fatos alegados em juízo, e em sentido semelhante; o inciso III trata do dever de verdade quanto aos fundamentos jurídicos utilizados na ação e da defesa; já o inciso IV trata de declarar que serão desaprovadas atitudes dilatórias no que pertine à instrução da causa; e, por fim, o inciso V demanda o cumprimento, com exatidão, das decisões judiciais, sendo vedadas condutas que embarquem a efetivação dos pronunciamentos proferidos pelo órgão jurisdicional. Portanto, como se pode observar, em verdade, a parte está a colaborar com o juiz na

condução do processo e para efetivação de seu resultado, tendo o dever de se portar pautada pela boa-fé ao longo de todo o procedimento, o que implica uma lealdade processual inclusive com a parte adversa (ainda que inderetamente).

Poder-se-ia, em uma interpretação mais apressada dos dispositivos que sofrem a incidência do princípio da cooperação no que pertine à relação entre as partes, enxergar a existência de um dever de colaboração direta entre elas, uma vez que, muitas vezes, a colaboração do magistrado para com uma parte pode demandar necessariamente a colaboração da outra. Contudo, há de se sublinhar que, esta última, não agirá com a bondade de seu coração e em detrimento de seus próprios interesses, mas porque fora intimada para tanto pelo órgão jurisdicional, que, por sua vez, atua na busca pela aproximação da verdade dos fatos. Em outros casos, por não ser demandada a colaboração da parte adversa, resta mais evidente se tratar apenas de um dever para com o magistrado ou apenas deste, mas sempre direcionado à busca pela verdade dos fatos.

A cooperação do órgão jurisdicional para com as partes, como já pontuado em tópico anterior, perfaz-se no cumprimento de quatro deveres funcionais: de esclarecimento, de prevenção, de consulta (ou diálogo) e de auxílio. O Projeto, como dito, não consagrou uma cláusula geral de cooperação semelhante à presente no art. 7º, nº 1 do NCPC português, nem mesmo dispôs de forma expressa sobre o dever de cooperação do magistrado para com as partes, quer no corpo da lei quer na exposição de seus motivos. Contudo, apesar disso, e como já ressaltado, a adoção do princípio da cooperação como um princípio estruturante do novo processo civil brasileiro, e a presença dos deveres resultantes de sua incidência podem ser identificados em dispositivos esparsos ou retirados da interpretação sistemática do diploma.

Assim, segundo defendido por Marinoni e Mitidiero, o dever de colaboração pode ser extraído, no ordenamento processual civil brasileiro, do direito fundamental a um processo justo e ao contraditório, ou seja, está pautado no devido processo legal (art. 5º, LIV, e LV, C.F) e seus corolários. A incidência do princípio da cooperação pode ser, por sua vez, apontada nos seguintes dispositivos legais do Projeto de NCPC: art. 8º (dever de esclarecimento); arts. 10, [474], parágrafo único, [480], parágrafo único, e [880], parágrafo único (dever de diálogo); arts. [291] e [893], §1º (dever de prevenção); e arts. 5º, [731, III, 732, 733, V, 986 e 987] (dever de auxílio)<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 51.

Discordando da classificação dada pelos referidos doutrinadores quanto ao dever contido no art. [295] do Projeto (previsto no texto original no art. 305), prefere-se caracterizá-lo como um dever de prevenção e não de auxílio. Observa-se que tal dispositivo disciplina o dever de convite ao aperfeiçoamento da petição inicial - seja para emendá-la ou complementá-la -, de modo a permitir que a parte possa vir a corrigir eventual vício ou irregularidade capaz de gerar dificuldades ao julgamento do mérito. E que, em todo caso, independentemente da classificação que se entenda correta, caberá ao juiz apontar precisamente o que deva ser alterado ou incluído na petição, de modo a facilitar a correção do vício pela parte. Apesar da prevenção, em último caso, representar uma ajuda (e, portanto, um auxílio) do magistrado à parte, ao apontar a existência de um vício, o órgão jurisdicional pretende preveni-la quanto ao risco de perecimento de um direito (ou da própria causa), e não retirar de seu caminho um empecilho formal ao exercício de um direito ou de uma prerrogativa ou ao cumprimento de um dever ou de ônus.

O art. [291] do Projeto, segundo Marinoni e Mitidiero, prescreve um dever geral de prevenção ao disciplinar que o magistrado deve sempre oportunizar a correção dos vícios sanáveis antes de proferir decisão sem julgamento do mérito da causa. Trata-se não só de prevenir as partes quanto ao risco do seu direito não ser examinado em razão do mau uso do processo, mas também de demonstrar que o formalismo democrático visa privilegiar o exame do mérito causa, enfatizando, assim, o papel do processo como instrumento para a prestação da tutela dos direitos substanciais.<sup>168</sup> Seguindo essa orientação, podemos apontar da mesma forma o disposto no art. 343 do Projeto, que se refere à fase de saneamento do processo, e igualmente, contempla a possibilidade de suprimento dos defeitos sanáveis. No mesmo sentido e no que se refere aos recursos, o §1º do art. 893 do Projeto, estipula ao relator o dever de determinar a renovação ou a produção de atos cujo vício detectado seja passível de saneamento.

O dever de auxílio, por sua vez, pode ser destacado na parte final do art. 5º, o qual dispõe que, fornecidos os subsídios pela parte, cabe ao magistrado proferir decisões, realizar atos executivos ou determinar as medidas de urgência necessárias à tutela do direito material. E, no Livro designado ao processo de execução fica ainda mais fácil identificar o dever de auxílio no Projeto de NCPC, podendo ser citado o art. 731, III, que

---

<sup>168</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC:críticas e propostas*. 2010, p. 112.

permite ao magistrado, a qualquer momento, demandar de pessoas indicadas pelo exequente o fornecimento de informações ou de documentos que estejam em seu poder e se relacionem com o objeto da execução; bem como o art. 732, pelo qual fica atribuído ao magistrado o poder de determinar medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados, seja em razão de requerimento da parte ou de ofício. No que diz respeito aos recursos, o dever de auxílio é previsto nos arts. 986 e 987, os quais dizem respeito à possibilidade de fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, de modo a auxiliar as partes diante da confusão quanto ao recurso correto a ser dirigido aos tribunais superiores, permitindo que sejam feitas as alterações necessárias para o conhecimento do mérito pelo juízo verdadeiramente competente para aquela matéria.

O dever de recíproco esclarecimento entre partes e magistrado, no que pertine àquelas, resta devidamente previsto no primeiro trecho do art. 8º do Projeto, ao impor a elas um dever de contribuir com o magistrado para identificação das questões de fato ou de direito, de modo a alcançar a célere solução do litígio. No que diz respeito ao magistrado, o dever de esclarecimento pode ser apontado no art. [118], VIII, do Projeto, uma vez que, dispõe que, em qualquer momento processual, poderá ser determinado, pelo órgão jurisdicional, o comparecimento pessoal das partes em juízo, para se manifestem acerca dos fatos da causa.

O dever de consulta, por sua vez, pode ser extraído da parte final do art. 7º do Projeto, o qual impõe ao magistrado o dever de velar pelo contraditório efetivo ao longo de todo o procedimento. Ressalte-se que, a leitura conjugada deste trecho final do art. 7º ao conteúdo integral do art. 10º - responsável pela vedação às decisões-surpresa -, é responsável por aproximar a disciplina do dever consulta prevista no Projeto àquela contida no art. 3º, nº 3 do NCPC português. Neste comparativo, contudo, peca o Projeto apenas pela ausência da previsão expressa da submissão do magistrado ao contraditório.

Veja que o art. 3º, nº 3 do NCPC lusitano, à semelhança do art. 16 do CPC francês, enfatize não só caber ao magistrado o dever de fazer observar, como observar ele mesmo, o contraditório. Desta forma, estes dispositivos estrangeiros deixaram clara a inclusão do magistrado como um sujeito do diálogo processual de modo que, caso não sejam operadas mudanças nesse dispositivo do Projeto antes de sua aprovação e entrada em vigor, restará ao aplicador do direito o dever de chegar a essa mesma disposição através da interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico (constitucional e processual civil).

Registre, contudo, que apesar da falha apontada, há de se admitir que os referidos arts. 7º, trecho final, e 10 do Projeto, ao consagrar de forma expressa a imposição ao magistrado de um dever de velar, constantemente, pelo exercício do contraditório efetivo e, explicitamente, proibir decisões sobrevindas em surpresa das partes (ainda que fundadas em questões conhecíveis de ofício), representam um grande avanço em relação ao CPC atualmente em vigor. Neste ponto, o Projeto dá passos largos no sentido de se aproximar aos ordenamentos processuais que lhe servem de paradigma.

O dever de diálogo, como prefere chamar a doutrina brasileira, conforme explicitado, é previsto como devido ao longo de todo procedimento, o que, em tese, afasta a necessidade de sua previsão pontual, cabendo ao magistrado observá-lo sempre que se mostrar necessária uma cognição participada dos elementos relevantes da causa, de modo a permitir que seja exercido o poder de influência das partes sobre o desenvolvimento e resultado do processo. Nada impede, todavia, que tal dever seja enfatizado ao longo do diploma processual, denotando a importância da audiência prévia das partes, que serve para, através da instauração de um diálogo aberto entre os sujeitos processuais, possibilitar a discussão acerca das questões controvertidas em juízo.

O parágrafo único do art. 474 pode ser apontado como exemplo de dispositivo que repisa a necessidade de observância do dever de diálogo, ao prescrever não ser possível a extinção do processo em razão da decretação de prescrição ou decadências (matérias de ordem pública, e que, por isso, podem ser conhecidas oficiosamente), sem que tenha sido dada às partes a oportunidade de se manifestarem acerca de tais questões prejudiciais do mérito. Ou seja, antes de proferir sua decisão, está o magistrado obrigado a debater com as partes a sua intenção de, neste caso, extinguir o processo. Outro dispositivo a agraciar o dever de consulta é o art. 480, parágrafo único, que determina só ser permitida a consideração de fato novo conhecido oficiosamente pelo magistrado, se houver o respeito ao prévio contraditório das partes, acerca do mesmo, permitindo que sobre ele tomem uma posição.

O processo consagrado pelo Projeto é, consoante foi possível se observar, um ambiente leal e participado entre os sujeitos processuais, em que o magistrado atua ativamente na busca pela verdade material, sendo sempre garantida a observância do contraditório dinâmico, em exercício de uma democracia jurisdicional. Destarte, ainda que o Projeto não seja tão claro quanto à adoção do princípio da cooperação como um vetor

estruturante do processo, uma vez que, diversamente do que acontece no ordenamento jurídico lusitano, não houve a sua previsão expressa, tampouco a consagração de uma cláusula geral de cooperação, é ainda assim possível vislumbrá-lo como um formalismo cooperativo.

Saliente-se que os passos que estão sendo dados nesse sentido, não só resultam da inovação completa na elaboração de alguns textos normativos (como é caso, por exemplo, dos arts. 5º, 8º e 9º) - não sendo possível encontrar dispositivos correlatos no CPC vigente - como são igualmente consequência da influência de normas constitucionais (a exemplo do art. 7º, que tem parcial correspondência com o art. 5º, I da CF, ou ainda, o art. 10º, influenciado pelo art. 5º, LV, CF), e da ampliação do conteúdo das normas que foram (quase) integralmente recepcionadas pelo Projeto (como, por exemplo, o seu art. [118], que corresponde parcialmente ao art. 125 do CPC vigente)<sup>169</sup> e/ou da adaptação na sua interpretação. Tudo de modo a permitir a adequação ao novo formalismo processual brasileiro.

---

<sup>169</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 228 e 256.

### **CAPÍTULO III - DIREÇÃO MATERIAL, DEVER DE CONSULTA E CONTRADITÓRIO DINÂMICO: PROIBIÇÃO DE DECISÕES-SURPRESA**

O arquétipo de magistrado mais ativo na busca pela verdade material, idealizado por Klein, é, no final século XX, mantido, o que se procura é apenas atribuir-lhe uma nova roupagem, de modo a amoldar o modelo de processo social a uma visão mais contemporânea, pautada na máxima da cooperação processual, com vistas a garantir a realização da democracia participativa.<sup>170</sup> Por esse novo modelo, a administração da justiça, cometida ao juiz pelo Estado, não mais deve ser exercida em nome de interesses pessoais (sejam estes das partes, do Estado ou do próprio magistrado), mas em nome do Povo. Por isso, nesta nova etapa, o cidadão se torna o novo centro metodológico do processo, e a defesa de seus direitos e interesses passa a ser o elemento central da atividade, não só do magistrado, mas de todos os demais sujeitos processuais, posto que se conscientiza recair sobre todos o dever de dignificação da justiça, a qual, aliás, passa a ser perseguida substantivamente e em tempo útil<sup>171</sup>.

A outorga e o reforço dos poderes de direção ativa do processo ao magistrado - que, aliás, configuram-se em poderes-deveres ou deveres funcionais -, nesta nova perspectiva comparticipada do processo, não permitem que sejam unilateral e/ou facultativamente exercidos. Devem estar estes sempre focados aos fins a que o processo visa alcançar, e atentos à necessidade de ser garantida a participação das partes ao longo de todo o procedimento, já que o processo surge por intermédio e em razão destas. A direção do processo, assumida pelo órgão jurisdicional, neste esteio, deve ser sempre justa, eficaz, partilhada e responsabilizante, assegurando a igualdade substancial das partes e o respeito constante ao contraditório dinâmico. Cuida-se de substituir o monólogo sequencial pelo diálogo necessariamente responsabilizante dos sujeitos processuais, através do contraditório constante, incentivado pela imposição da prévia audição das partes,<sup>172</sup> com vistas, inclusive, a evitar a prolação de decisões-surpresa.

---

<sup>170</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2003, p. 140-141.

<sup>171</sup>CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio, *Ibid.*, p. 11-12.

<sup>172</sup>CORREIA; PIMENTA; CASTANHEIRA, *Op. Cit.*, p. 11-12.

### 3.1 DIREÇÃO MATERIAL DO PROCESSO E A BUSCA PELA VERDADE MATERIAL

A orientação contemporânea do processo, conforme defendido ao longo deste trabalho, é cooperativa ou mista - busca conciliar harmoniosamente os princípios inquisitório e dispositivo, formando uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais. Com o intuito de alcançar a verdade material necessária à justa composição do litígio, demanda o reforço dos poderes e a ativação do papel do magistrado, principalmente, no que pertine a direção formal e substancial do processo, sobretudo no âmbito probatório da causa<sup>173</sup>. Dirigir formalmente o processo significa impulsioná-lo, regularmente, de modo a garantir que o mesmo possa vir a atingir, eficazmente, o seu fim. Deve o magistrado, neste esteio, providenciar para que o processo seja conduzido da forma mais célere, econômica e eficaz possível<sup>174</sup>.

Já a direção material do processo implica em uma espécie de ativismo judicial, exigindo do órgão jurisdicional uma participação mais ativa na busca pela melhor maneira de garantir que as partes consigam do processo aquilo que se propuseram obter. Nesse sentido, não pode o magistrado permitir que fatos alegados pelas partes fiquem sem prova, ou que provas relevantes juntadas aos autos fiquem sem discussão, ou ainda, que aspectos jurídicos importantes sejam deixados de lado pelas partes, tendo o dever de igualmente levar ao debate questões sobre as quais tenha tido conhecimento de ofício. Trata-se de uma atividade de assistência às partes, que, todavia, não lhe retira os deveres de neutralidade e imparcialidade, que são próprios de sua função<sup>175</sup>.

Até mesmo países com sistema claramente adversarial, como os EUA, têm cedido às exigências de fortalecimento dos poderes judiciais (ao menos, probatórios), de modo a evitar as distorções da verdade, resultantes do desequilíbrio (desigualdade prática) entre as capacidades técnicas de defesa das partes, e de uma postura passiva do órgão jurisdicional. Diante dessa nova realidade, sublinhe-se, ter sido o *cross examination* o mecanismo encontrado pelos norte-americanos para assegurar o contraditório e preservar a natureza

---

<sup>173</sup>VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código*. 2002, p. 326.

<sup>174</sup>DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. 2009. Tese. Doutorado em Direito Processual - Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2011, p. 175.

<sup>175</sup>DEL CLARO, Op. Cit.,p. 176.

adversarial na assunção das provas. Na Europa, é oportuno pontuar as Recomendações do Conselho Europeu no sentido de defender um papel ativo ao magistrado - ao menos em audiência preliminar, e se possível nos demais momentos processuais -, a fim de garantir o desenvolvimento rápido do litígio, ressaltando-se a necessidade de, simultaneamente, serem observadas as garantias das partes, principalmente, a de sua igualdade dentro do processo, bem como de ser delimitada essa atuação oficiosa para dentro dos limites do objeto da ação. Dentre os poderes oficiosos recomendados, podem ser elencados os de convite à prestação de esclarecimentos úteis sobre os fatos da causa, o qual pode importar na necessidade de pedido para comparecimento pessoal das partes para interrogatório acerca dos mesmos, bem como os de discussão sobre as questões de direito e de investigação e direção na produção das provas<sup>176</sup>.

Segundo os ensinamentos de Othmar Jauernig, o dever judicial de perguntar e esclarecer visa proporcionar a completude das alegações feitas pelas partes (na ação e exceção), de modo a tornar clara a matéria fática discutida em juízo e facilitar o trabalho de busca pela verdade substancial. Assim, a título exemplificativo, pode-se apontar a situação em que, tendo o autor demandado a condenação do réu no cumprimento do contrato, sem descrever exatamente a celebração do contrato, torcendo para que o réu não o viesse a discutir em juízo, pode o magistrado requerer tal explicitação, se entender pertinente à solução da causa (alegação incompleta); ou então, pode o tribunal sentir a necessidade de se chamar a parte para esclarecer a que coisas respeita o seu pedido de entrega (alegação obscura); ou ainda, não tendo a parte especificado as datas referentes ao seu pedido de mora, pode o magistrado convidá-las a complementar a sua alegação.<sup>177</sup> Assim, caso reste verificada alguma insuficiência ou imprecisão na exposição do suporte fático, porque ininteligível, obscura ou ambígua, restará o magistrado orientado a promover o convite da parte ao esclarecimento da causa de pedir ou do pedido, no caso do autor; ou da defesa, no caso do réu<sup>178</sup>.

Importante chamar atenção, ainda, para a imperatividade da utilidade no pedido de esclarecimento - por isso, se falar em clarificações úteis. Ou seja, é preciso que esteja presente, por exemplo, a intenção de se evitar a interposição de uma nova ação, seja por ter

---

<sup>176</sup>VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código*, 2002, p. 327-328.

<sup>177</sup>JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Tradução F. Silveira Ramos, Coimbra: Almedina, 2002, p. 140-141.

<sup>178</sup>AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*. 2011, p. 239.

sido algum dos pedidos inadmitido pela falta de clareza ou porque esta tenha vindo a gerar um defeito formal cuja consequência processual seja a extinção da demanda; ou simplesmente porque o esclarecimento sirva a permitir que o magistrado possa prolatar sua decisão de forma mais bem informada. Fredie Didier, ao tratar do dever de esclarecimento, aliás, costuma exemplificar a situação de o magistrado se deparar com a dúvida quanto ao preenchimento de um requisito processual de validade do processo (ex. não tenha certeza quanto à legitimidade *ad causam* do autor); ou a situação da constatação da obscuridade da explanação do pedido ou da causa de pedir (o que poderia causar o indeferimento da petição inicial)<sup>179</sup>.

No diploma português revogado, o dever de direção do processo, expressamente relacionado ao princípio do inquisitório, estava previsto no art. 265º, segundo o qual o poder oficioso do órgão jurisdicional ficava condicionado à propositura da demanda pela parte autora - a quem competia o impulso inicial - e aos limites objetivamente impostos pelos sujeitos processuais de ambos os polos da lide - responsáveis pelas alegações dos fatos principais da causa. No que dizia respeito ao impulso processual sucessivo, a regra era o da oficialidade, cabendo ao magistrado prezar pela marcha célere e regular do processo, pelo que, somente quando fosse especialmente atribuído à parte o ônus de impulsionar o procedimento, é que ficaria restrito esse poder de direção formal do magistrado. E, mesmo neste caso, em razão do dever de auxílio resultante do princípio da cooperação, prescrito no art. 266º, nº 4 do CPC revogado (atual art. 7º, 4º, NCPC), era prevista a possibilidade de intervenção judicial para remoção de eventuais obstáculos que se colocasse, desproporcionalmente, como empecilhos ao exercício de ônus legalmente atribuídos às partes. Ainda no intuito de buscar a composição do litígio em tempo razoável, estava inserido no âmbito da direção do processo, o poder-dever de indeferimento dos requerimentos e diligências que se mostrassem impertinentes ou meramente dilatórios, de modo a eliminar atos inúteis, causadores de um retardamento desnecessário e indesejado à causa<sup>180</sup>.

Ressalta-se que tais disposições continuaram a ser válidas no regime emprestado pelo Novo CPC lusitano. Apesar do incremento nos poderes do magistrado gerados pela

---

<sup>179</sup>DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível em: <<http://ufba.academia.edu/FredieDidier>>. Acesso em: 06 mai. 2013, p. 9.

<sup>180</sup>REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao código de processo civil*. 2004, p. 256-257.

substituição do dever de direção pelo de gestão processual - que será mais à frente abordado -, a distribuição dos papéis entre os sujeitos processuais continuou mais ou menos a mesma - salvo algumas alterações que serão pontuadas mais a seguir.

Com o fito de privilegiar o conhecimento e julgamento das questões de mérito, era atribuído ao magistrado (através do dispositivo contido no nº 2 do art. 265º revogado), o poder-dever de providenciar, independentemente de requerimento da parte interessada, pelo suprimento de exceções dilatórias sanáveis, ressaltada a hipótese de resultar em modificação subjetiva da instância, quando então seria necessário o convite da parte para a produção dos atos necessários a sua regularização. Atualmente, todavia, no art. 6º, nº 2º do NCPC (responsável pela disciplina da matéria) o convite das partes não se encontra mais restrito às hipóteses de modificação subjetiva da instância, sendo considerado devido em qualquer situação em que a sanação dependa de ato a ser praticado pela parte. No mais, o dispositivo legal foi preservado.

Já havia, portanto, na vigência do CPC revogado, quem defendesse tratar-se da previsão de um poder-dever genérico de saneamento da falta de pressupostos regulares de certos atos do processo (considerados isoladamente), desde que restasse como idôneo à realização do fim para o qual foi previsto. Por isso mesmo, no ânimo de perseguição da verdade material dos fatos, o referido artigo revogado, agora no seu enunciado nº 3, já previa amplos poderes, *ex officio*, ao magistrado no que pertine às diligências instrutórias (limitadas, contudo, aos fatos de que era autorizado conhecer, nos termos do art. 264º do CPC revogado) e probatórias. Tratava-se de uma verdadeira incumbência complementar ou auxiliar designada ao magistrado, de investigação oficiosa dos fatos alegados pelas partes<sup>181</sup>.

Para além dos poderes-deveres consagrados no art. 265º, esse dever de direção podia ser ainda percebido em diversos outros dispositivos espalhados pelo diploma processual revogado, pela imposição ao magistrado de uma atuação ativa, orientando o processo para uma solução substancialmente justa e em tempo razoável. Como se perceberá mais à frente, com a passagem do papel de diretor para o de gestor processual, os poderes do magistrado, nesse sentido, iriam ainda aumentar, para se aproximar ainda mais do ordenamentos que lhe servem de paradigma.

---

<sup>181</sup>REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao código de processo civil*. 2004, p. 259-260.

Já o ordenamento jurídico germânico, fonte de inspiração dos legisladores portugueses no que pertine à matéria processual, é exemplo da possibilidade de convívio harmônico entre o princípio dispositivo e a postura ativa do magistrado. Apesar de ser expressamente regido pelos princípios dispositivo e da instrução por iniciativa das partes, é dirigido, formal e materialmente, pelo órgão jurisdicional. Na condução formal do processo, o magistrado tem poderes bastante amplos, só lhe sendo vedada a atividade contra a vontade das partes. Já no que está relacionado à direção material do processo, fica o magistrado proibido de carrear fatos novos aos autos, devendo ficar limitado aos fatos alegados pelas partes, agindo apenas para esclarecê-los e/ou prová-los. Quanto às questões de direito, em razão do brocardo jurídico *iuria novit curia*, pode o magistrado introduzir novos pontos de vista jurídicos, estando, entretanto, obrigado a discuti-los previamente com as partes, antes da prolação de sua decisão. A notoriedade do conhecimento do direito pelo magistrado não o exime, desta feita, da proibição de prolação de decisões em surpresa das partes<sup>182</sup>.

Neste dever de direção material, está também inserida a incumbência não só de proteger as garantias das partes, mas igualmente, de prezar para que elas mesmas também as respeitem, justificando-se nisso o dever de alertá-las quanto à existência ou má-formulação ou defeito das questões de fato e/ou de direito relevantes à causa.<sup>183</sup> O dispositivo germânico responsável pela consagração desse poder-dever de direção processual (formal e material) é o §139 da ZPO, que segue transcrito, abaixo:

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

---

<sup>182</sup>DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. 2011, p. 175-178.

<sup>183</sup>Ibid.,p. 177.

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, então, a pedido dessa parte, deve o tribunal conceder um prazo no qual a parte prestará o esclarecimento por escrito<sup>184</sup>

Da leitura do dispositivo supracolacionado, verifica-se não se tratar de uma mera faculdade do magistrado, mas de um verdadeiro dever funcional, cuja inobservância poderá levar a configuração de uma nulidade processual. Contrariamente do que se possa argumentar, em razão desse dever, o magistrado não se torna um inquisitor do processo, mas um conselheiro das partes e incentivador de suas atividades. Segundo este dispositivo, ele tem o dever de esclarecimento dos fatos que não foram suficientemente explorados pelas partes, bem como de proposição oficiosa dos meios probatórios necessários à prova dos fatos alegados por elas<sup>185</sup>.

Quanto ao direito, fica obrigado a chamar a atenção das partes quanto à existência de pontos de vista jurídicos não abordados. Tudo com o intuito de evitar as temidas decisões-surpresa, restando aí a necessidade de consulta das partes quanto a todas as questões de fato e de direito relevantes à causa, ainda quando conhecíveis de ofício, antes da prolação de decisões que as tenham por base. Pretendendo reservar certa margem de autonomia privada, trata-se de um dever de aviso e/ou assistência, e não uma imposição, de modo que consubstancia-se por cumprido o dever do magistrado, independentemente do caminho escolhido pelas partes, a quem cabe decidir ouvir, ou não, os conselhos judiciais<sup>186</sup>.

Talvez, o ponto mais controverso e que representa uma grande reticência da jurisprudência tedesca é a previsão, no trecho final do nº 1 do §139 da ZPO, da possibilidade de sugestão, pelo magistrado, de modificação do pedido e/ou formulação de pedidos úteis quando ficar evidenciado se tratar do único meio para que o autor possa atingir o seu objetivo no processo ou para que o réu possa se defender.<sup>187</sup> Assim, por exemplo, em um processo em que o autor pediu a restituição em espécie quando só poderia pedir a indenização em dinheiro, para se evitar a extinção da causa sem resolução do mérito, o que, muito provavelmente, resultaria na interposição de nova demanda com as

---

<sup>184</sup>Tradução livre do original em DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. 2011, p. 178-179.

<sup>185</sup>DEL CLARO, Op. Cit., p. 179-180.

<sup>186</sup>DEL CLARO, Op. Cit., p. 179-180.

<sup>187</sup>GOUVEIA Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca pela verdade real*. Mensagem recebida do autor por e-mail em 07 de maio de 2013.

mesmas partes e causa de pedir, pode o magistrado sugerir a alteração do pedido, para que a indenização pecuniária seja apresentada como pedido principal, ou ao menos, acessório de sua demanda<sup>188</sup>.

Nesse sentido, apesar de serem controvertidos os limites do dever judicial de esclarecimento, no qual a doutrina alemã insere o dever de sugestão de alteração da pretensão discutida em juízo, é pacífico o entendimento de não poder o magistrado atuar como consultor de apenas uma das partes sem igualmente garantir a proteção dos interesses da outra. Por isso mesmo, o dever de sugestão de alteração das alegações ou dos pedidos da causa deve ser exercido somente em casos excepcionais e de forma objetiva, de modo a preservar a condição de terceiro imparcial do magistrado<sup>189</sup>.

Essa possibilidade de alteração da pretensão da demanda, ressalte-se, foi objeto de grande discussão na doutrina portuguesa, que ao comparar o diploma lusitano como o seu paradigma, chegou a, por exemplo, reclamar a ampliação do âmbito de incidência do dever prevenção, defendendo sua interpretação como um dever genérico, que permitiria, à semelhança do disposto no §139 da ZPO, abarcar qualquer situação em que o êxito da ação (de qualquer das partes) se encontrasse em risco de frustração pelo uso inadequado do processo. Estaria, por essa concepção mais ampla do dever de prevenção, imposto ao magistrado o dever de explicitar pedidos pouco claros, apontar lacunas eventualmente constantes da exposição fática, evidenciar a necessidade de adequação do pedido formulado à situação concreta e/ou sugerir certa postura a ser adotada pela parte<sup>190</sup>.

O ordenamento processual civil brasileiro atualmente (ainda) em vigor, principalmente em razão das reformas sofridas após Constituição de 1988, é orientado à garantia de um devido processo legal. Através não só de uma estruturação do processo com vistas à proteção dos direitos fundamentais das partes, como também de uma previsão de uma postura judicial neutra - estando o magistrado proibido de tomar partido no conflito das partes; independente - não podendo se deixar influenciar por questões estranhas ao processo; e imparcial - não podendo julgar de acordo com meros *status* das partes; é dado ao magistrado o dever de prezar para que tutela jurisdicional seja entregue, não somente em respeito das regras procedimentais previamente estabelecidas, mas também como

---

<sup>188</sup>JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 2002, p. 142.

<sup>189</sup>JAUERNIG, Op. Cit., p. 142-143.

<sup>190</sup>Cf. REGO, Carlos Francisco de Oliveira do. *Comentários ao código de processo civil*. 2004, p. 264-265. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 66.

resultado de um *fair trial*, ou seja, de forma justa, leal e equânime. Em razão disso, tem-se que uma direção meramente formal do processo civil brasileiro não é mais admitida como suficiente, sendo necessário, por força do dispositivo contido no art. 5º, LIV, CF, ser exercida, igual e especialmente, uma direção material deste pelo magistrado,<sup>191</sup> a esteira do que disciplinam os diplomas processuais estrangeiros acima apontados.

O art. 125 do CPC (ainda) vigente no Brasil é responsável por atribuir, expressamente, ao magistrado o poder-dever (ou dever funcional) de direção do processo, disciplinando, em linhas gerais, os deveres resultantes do mesmo. Por força de tal dispositivo, o magistrado fica responsável por assegurar a igualdade de tratamento das partes (inciso I), velar pela rápida solução do litígio (inciso II), prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (inciso III), bem como, tentar, a qualquer tempo, a conciliação das partes<sup>192</sup>. A atribuição do poder-dever de dirigir, formal e materialmente, o processo não erradica, todavia, a parcela de autonomia das partes no processo, sendo assegurado às partes uma boa margem de dispositividade sobre os fins perseguidos no processo e de disponibilidade sobre os meios processuais para a persecução de tais fins<sup>193</sup>, de modo a assegurar o equilíbrio de forças processuais.

Assim, à semelhança do ordenamento germânico, no processo civil brasileiro cabe à parte autora dar o pontapé inicial do processo (art. 2º, CPC) e a ambas a responsabilidade de delimitar o objeto da causa - ficando o magistrado limitado as fronteiras fáticas estabelecidas por elas (art. 128, CPC) -, bem como alegar os fatos constitutivos (no caso do autor), impeditivos, modificativos ou extintivo (no caso do réu) do direito discutido em juízo. E, ao magistrado cabe dar os impulsos sucessivos do procedimento (art. 262, CPC), assim como determinar a produção, oficiosa ou a requerimento das partes, das provas necessárias à instrução da causa, tendo, inclusive, o poder de indeferir diligências que se mostrarem inúteis ou protelatórias (art. 130, CPC). E, ainda que não esteja autorizado a julgar *extra, ultra ou infra petita* (art. 460, CPC), tem ele o poder de apreciar livremente os fatos e circunstâncias resultantes dos autos, ainda que tais não tenham sido suscitados pelas

---

<sup>191</sup>DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. 2011, p. 210-212.

<sup>192</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 87-88.

<sup>193</sup>ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 238.

partes (art. 131, CPC), de modo a retirar deles a verdade material a ensejar a justa solução do litígio<sup>194</sup>.

Segundo Moniz de Aragão, em princípio, a atuação oficiosa do magistrado é meramente complementar à atividade das partes - a quem compete originariamente a missão de delimitar a causa de pedir e produzir as provas de sua ocorrência. Todavia, em alguns casos, o diploma brasileiro, atribui ao magistrado poder para desencadear a instrução probatória, tornando seu encargo a investigação dos fatos da causa, a exemplo do que acontece nos incidentes de falsidade (art. 392, CPC)<sup>195</sup>.

Nesse sentido, importante são alguns poderes instrutórios concedidos ao órgão jurisdicional, que permitem um contato mais direto com a investigação da matéria fática pertinente ao litígio, como, por exemplo, a possibilidade de promover o interrogatório das partes (art. 342) ou a inquirição de testemunhas arroladas por elas (art. 418). Isso porque, tais diligências propiciam ao magistrado a oportunidade para se informar livremente sobre tudo aquilo que considerar conveniente ou pertinente à solução da controvérsia posta em juízo, porque interessante à formação de sua convicção. Afinal de contas, a ele é dado o poder para apreciar livremente as provas produzidas em juízo.

É também dado ao órgão jurisdicional, aliás, o poder para, após promover as indagações que entender necessárias, determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a produção dos atos probatórios legalmente autorizados, que lhes pareçam proveitosos para a elucidação da verdade dos fatos por ventura apurados em suas diligências. Chame-se atenção, ainda, para a circunstância da livre apreciação das provas, importar, no ordenamento brasileiro, a possibilidade de conhecimento de fatos que estejam provados nos autos, ainda quando estes não tenham sido suscitados pelas partes. Neste ponto, inclusive, o ordenamento brasileiro costumava ultrapassar o seu irmão lusitano, o qual, no seu diploma processual anterior, restringia o conhecimento pelo magistrado, expressamente, aos fatos alegados pelas partes, nos termos da parte final do art. 664 do CPC revogado<sup>196</sup>.

Atualmente, contudo, por força do art. 5º, nº 2 do NCPC português (que veio substituir o art. 664º do CPC revogado), o magistrado apenas encontra-se vedado a

---

<sup>194</sup>ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 214-215 e 218.

<sup>195</sup>ARAGÃO, Egas D. Moniz. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileira, ano III, n. 4, jan. 1984, p. 102.

<sup>196</sup>ARAGÃO, Op. Cit., p. 102-103.

conhecer officiosamente os fatos essenciais da causa. E daí já não se poderia mais falar em uma distância, neste ponto, tão grande entre estes dois diplomas processuais, uma vez que o magistrado brasileiro, apesar de poder, por força do disposto nos art. 131, atender, em sua decisão, a todos os fatos que se encontrem carreados aos autos, ainda quando não alegados pelas partes, encontra-se limitado pela causa de pedir, nos termos do art. 128<sup>197</sup>, sob pena julgar *extra* ou *ultra petita*. E a causa de pedir, como ensina Texeira de Sousa<sup>198</sup>, engloba justamente os fatos essenciais (e só eles) - os quais, como será mais à frente evidenciado, não se confundem com os que lhes são complementares ou instrumentais.

Didier Jr. ensina ainda que, segundo o disposto no art. 462 do CPC brasileiro, restará o magistrado autorizado a conhecer, ainda que de forma officiosa, de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos supervinientes à interposição da ação, desde que não se configurem como causa de pedir nova, posto não estar autorizado a agregá-la ao processo, tendo em vista o princípio da demanda - resultante dos arts. 128 e 460 do CPC pátrio. Exemplifica, tal autor, a hipóteses de ser interposta uma ação rescisória com base na violação de uma lei, e o magistrado verificar ter havido, em verdade, o desrespeito a outra norma. No caso hipotético em questão, salienta que não poderá o órgão jurisdicional apreciar o pedido à luz de outra norma que não aquela apontada, sob pena dos fundamentos de sua decisão restar prolatada fora dos limites da lide. Igualmente, aponta que as objeções substanciais não podem ser, em regra, conhecidas de ofício pelo magistrado, salvo as de prescrição e decadência, as quais se encontram legalmente autorizadas.<sup>199</sup>

Cumpre, entretanto, fazer agora as seguintes reflexões: será que não seria possível questionar a possibilidade de relativizar-se ainda mais os limites objetivos da lide, considerando-se que o direito processual contemporâneo, cada vez mais, advoga a busca pela verdade substancial e a preferência pelos julgamentos de méritos, cogitando, inclusive, admitir um dever judicial de prevenção lato, que possibilite, ainda que excepcionalmente, a sugestão de alteração do pedido ou da causa de pedir pelo magistrado? Ora, se a justiça substancialmente adequada ao caso concreto é finalidade última do processo, como se admitir como justa uma solução para lide que obrigue o magistrado a desconsiderar fatos capazes de influenciar diretamente na resolução do litígio,

---

<sup>197</sup>ARAGÃO, Egas D. Moniz. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. 1984, p. 103-104.

<sup>198</sup>SOUSA, Miguel Texeira de. *Introdução ao processo civil*. 2000, p. 32-33.

<sup>199</sup>DIDIER JR., Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Gênesis - Revista de Direito Processual*, Curitiba, n. 29, jul./set., 2013, p. 508-509.

apenas porque tal configura-se como causa de pedir ou objeção substancial não suscitada pelas partes? Não poderia o contraditório servir para esclarecer o interesse das partes em se aproveitarem de tais fatos ou não? Apesar de acreditar serem estas indagações válidas, neste momento e neste trabalho, impende-se apenas informar que os diplomas processuais brasileiro (atual e futuro) e lusitano (revogado ou em vigor) não estão prontos, ainda, para responder tais perguntas ou admitir tais situações.

Por ora, resta dizer que, ao magistrado brasileiro, no exercício de seu papel de diretor do processo, cumpre igualmente o dever de fundamentar racionalmente as suas decisões, expondo as razões de seu convencimento, de modo a permitir a verificação de que os argumentos perfilados pelas partes foram devidamente ouvidos. Registre-se que, tal dever, associado que é ao direito fundamental ao contraditório, desempenha papel marcadamente importante de legitimação da atividade jurisdicional. Ao permitir o controle da observância do contraditório, tal dever garante a verificação da participação efetiva das partes na formação da decisão da causa, refletindo, no processo, o regime político democrático adotado pelo Brasil,<sup>200</sup> evitando, com isso, a prolação de decisões-surpresa.

Oportuno destacar que a proibição de decisões prolatadas em surpresa das partes ou de um contraditório em conotação efetiva ou dinâmica não encontra previsão expressa, sendo o resultado de uma construção doutrinária e jurisprudencial, que se justifica pela própria estrutura contemporânea do processo civil brasileiro. Esta, como já evidenciado, está orientada pelo princípio do devido processo legal e pelo respeito às garantias das partes, com vistas à concretização de um processo devido, leal e equânime.

Assim, pode se concluir, em suma, que impende sobre o órgão jurisdicional brasileiro o dever de respeitar, fomentar e assegurar o respeito pelos direitos processuais das partes, de modo a possibilitar a compatibilização entre um ativismo judicial e a observância da autonomia e liberdade daquelas, em busca de uma solução materialmente justa para a lide trazida à sua apreciação. De modo geral, portanto, não pode se dizer sejam eles tão diferentes dos magistrados alemães,<sup>201</sup> ou (por consequência) dos portugueses.

Fato é, e não se pode negar que, o aumento dos poderes do magistrado, em respeito e em reforço das garantias processuais das partes, bem como a assunção da necessidade de uma direção do processo igualmente substancial pelo órgão jurisdicional, vão conduzindo, aos poucos, o ordenamento processual civil brasileiro, cada vez mais, para uma

---

<sup>200</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2011, p. 417-418.

<sup>201</sup>DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. 2011, p. 216-218.

estruturação cooperativa, tendência contemporânea do Direito Processual, como já pontuado. Tais avanços, até agora, entretanto, foram resultado muito mais de uma leitura sistemática do diploma processual em consonância com o diploma constitucional, bem como dos esforços interpretativos desempenhados pela doutrina e pela jurisprudência - que, muitas vezes, vão buscar nos ordenamentos estrangeiros as respostas que precisam para alcançar um processo nos moldes previstos pela Constituição (devido, justo, equânime) e compatíveis com a dinâmica da sociedade atual.

Consoante exaustivamente pontuado, a necessidade de participação das partes no processo, de uma leitura do princípio do contraditório em sua concepção dinâmica e efetiva, bem como a orientação dos poderes de direção processual do magistrado no sentido de, assegurando o respeito às garantias das partes, guiar o processo a uma comunidade de trabalho, onde os sujeitos processuais atuam, em cooperação, em busca da concretização de uma justiça substancialmente adequada e célere, não foi explicitamente previsto no diploma processual (ainda) em vigor, mesmo após as inúmeras reformas sofridas. Por isso, a existência de uma grande expectativa quanto ao Projeto de Novo CPC, que parece estar a conduzir o ordenamento processual civil brasileiro, a passos largos, ao encontro dos ordenamentos jurídicos lusitano e germânico, ao menos no que pertine aos poderes e deveres resultantes da influência do princípio da cooperação, e à orientação do processo à busca da justiça substancialmente adequada e célere, na qual a direção material do processo pelo magistrado se torna imprescindível.

Se comparado aos diplomas estrangeiros suscitados, apesar dos claros avanços dado pelo Projeto, fica ele, infelizmente, ainda sujeito a críticas, podendo-se, por exemplo, reclamar a ausência de previsão expressa do princípio da cooperação como vetor do processo ou de um dever de cooperação imposto ao magistrado para com as partes, ou ainda da necessidade de uma postura ativa do mesmo. Tais conclusões novamente, contudo, podem ser depreendidas da interpretação dos diversos dispositivos do Projeto que refletem a incidência do referido princípio e conduzem o magistrado a essa postura ativa, dinâmica e cooperativa.

Orientado pela ideia de que o ativismo judicial de modo algum pode resultar em imparcialidade do órgão jurisdicional - uma vez que, imparcialidade e neutralidade não se confundem, e o perfil compatível com o Estado Constitucional é o de um magistrado ativo na condução do processo em colaboração com as partes, não podendo ser, portanto

indiferente ao direito material discutido em juízo - age bem o Projeto de NCPC brasileiro, ao manter a direção material e formal do processo nas mãos do magistrado.<sup>202</sup> Em substituição do atual art. 125 do CPC vigente, o Projeto, em seu art. [118], não só prevê, expressamente, ao magistrado um dever (genérico) de dirigir o processo, como amplia o rol (exemplificativo) das incumbências que são resultantes do exercício de tal função.

Assim, como diretor do processo, caberá ao magistrado: promover o célere andamento da causa (inciso I); prevenir ou reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça, indeferindo as postulações que se mostrarem impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando oficiosamente as medidas e sanções previstas em lei (inciso II); determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem judicial (inciso III); tentar, a qualquer tempo, a composição amigável das partes (inciso IV); dilatar os prazos processuais, bem como alterar a ordem da produção probatória, adequando-os às especificidades do caso concreto, de modo a conferir efetividade a prestação da tutela jurisdicional (inciso V); determinar o pagamento ou depósito das multas liminarmente cominadas em razão do descumprimento de ordem judicial (inciso VI); exercer o poder de polícia, quando se mostrar necessário (inciso VII); determinar o comparecimento pessoal das partes para esclarecimento acerca dos fatos da causa (inciso VIII); e, por fim, determinar o suprimento da falta de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades (inciso IX)<sup>203</sup>.

Apesar de o Projeto ter sido, como dito, omissivo quanto à explicitação de um dever genérico de cooperação na direção formal e material do processo, tal conduta pode ser extraída não somente da própria estruturação deste (art. 5º, I e LIV, CF) - calcada, expressamente, na participação das partes (art. 5º do Projeto) e orientada à busca de uma justiça substancial -, como também da leitura dos inúmeros dispositivos que resultam claramente da influência do princípio da cooperação, tais como os arts. 5º, 7º, 8º, 10º e tantos outros. Em razão da incidência desse princípio, apenas implicitamente reconhecido como vetor do ordenamento processual em construção, tem o magistrado, de modo geral, o dever de conduzir o processo isonomicamente, observando e fazendo observar o contraditório - que, desta vez, ressalte-se, está expressamente previsto em sua conotação efetiva ou dinâmica no art. 7º do Projeto. Afinal, um processo, cujo modelo seja

---

<sup>202</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 32-33.

<sup>203</sup>BRASIL. Projeto de Lei nº. 8046/10. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>>. Acesso em: 18 dez 2013, p. 21.

compatível com o Estado Constitucional Democrático, tem de ser dirigido de maneira paritária e estar fulcrado no diálogo, pelo que resta o magistrado autorizado a atuar de forma assimétrica apenas no momento de prolação das suas decisões<sup>204</sup>.

Grande avanço do Projeto foi, nesse sentido, a expressa previsão do respeito ao contraditório como um dever imposto ao magistrado, a quem cumpre garanti-lo ao longo de todo processo e de forma efetiva (art. 7º), lhe sendo proibido prolatar decisões contra uma das partes sem a prévia audição da mesma (9º), ou em surpresa de ambas. Ainda em respeito ao contraditório e com vistas a evitar decisões surpresas, resta ainda ao magistrado igualmente obrigado a possibilitar que as partes tenham a oportunidade de se manifestar acerca das questões, de fato ou de direito (ainda que conhecíveis de ofício) relevantes ao deslinde da causa, antes de prolatar sua decisão (art. 10º). A decisão proferida em surpresa das partes não é considerada legítima, posto que ausente a participação das partes no processo cognitivo da mesma:

Nos demais aspectos, de forma semelhante ao diploma ainda vigente, o Projeto prevê, em seu art. 2º, que o processo será iniciado pelas partes e se desenvolverá por impulso oficial. Tal dispositivo ressalva, contudo, a possibilidade de, em casos excepcionais e devidamente previstos por lei, o impulso inicial ser atribuído a outro sujeito processual que não aquelas, concedendo uma porta (expressa) para relativização do princípio dispositivo neste ponto, o que representa uma novidade. A título exemplificativo, pode-se apontar o art. 602 do Projeto (art. 988 do CPC ainda vigente), que elenca algumas situações em que a legitimidade para interposição da causa (de inventário) é concorrente, possibilitando que sujeito, que não seja parte no processo, possa vir a dar o impulso inicial ao mesmo. Assim, por exemplo, nos termos do inciso VIII do referido artigo, tem-se que o Ministério Público poderá intentar ação de inventário em favor de um herdeiro incapaz.

Observe-se que, no caso supramencionado, o Ministério Público não tem qualquer interesse substancial na causa, apenas atua no exercício de um dever funcional de proteção de incapazes. Por isso, ainda que no momento da interposição da ação possa se dizer que, propriamente falando, esteja o Ministério Público atuando como parte, parte não o é. E, assim, talvez seja possível se falar na existência de uma qualquer impropriedade terminológica na redação do art. 2º do Projeto. Mas, nada obstante, é possível, ainda assim, entender a intenção do legislador, que denomina como sendo parte aquele que tenha real e

---

<sup>204</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 72-73 e 87-88.

imediate interesse no objeto da contenda. No art. 989 do CPC há a previsão, ainda, da possibilidade do próprio magistrado, de ofício, determinar a instauração do processo de inventário - o que tornaria ainda mais clara a situação de não-parte a impulsionar o início do processo -, tal hipótese, todavia, parece não ter sido reproduzida no Projeto de NCPC.

A fixação dos limites objetivos da demanda permanecerão, segundo o art. 121 do Projeto, como uma incumbência das partes, estando o magistrado novamente proibido de conhecer questões não suscitadas por elas e cujo respeito a lei lhes exija a iniciativa (fatos essenciais), devendo, portanto, prolatar suas decisões dentro dos limites impostos por elas, posto que ainda dominam a fixação do objeto a ser discutido em juízo. No que pertine à instrução da causa, continuará atribuído ao magistrado o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a produção das provas que entenda necessárias à demonstração da realidade dos fatos (art. 354, Projeto). Terá ainda o poder de livremente apreciar as provas produzidas, independentemente de qual das partes tenha tido o ônus processual para produzi-las em juízo.

Relativamente ao ônus probatório, aliás, é importante pontuar que, apesar de ter sido mantida como regra a distribuição estática (art. 357, Projeto), inovou o Projeto ao consagrar, expressamente, a teoria da carga dinâmica da prova, prescrevendo um poder excepcional ao magistrado, enquanto diretor material do processo, de distribuição do ônus da prova de modo diverso, em atenção às especificidades do caso concreto. Assim, quando entender necessário, resta ao magistrado autorizado a atribuir o ônus da prova a quem se encontre em melhores condições de produzi-la, devendo para tanto, por óbvio, promover o contraditório (art. 358)

Como se pode observar, o Projeto de NCPC parece estar sendo formulado de maneira a permitir ao ordenamento processual civil brasileiro dar mais alguns passos no sentido de se aproximar dos sistemas que lhe servem de paradigma. Certamente, no que pertine à postura a ser adotada pelo magistrado, à semelhança do que é propagado por esses ordenamentos estrangeiros considerados, resta claro estar sendo adotada posição judicial ativa na busca pela verdade substancial da causa. E no mesmo esteio, tem sido reproduzida a orientação da importância do reforço dos poderes atribuídos ao magistrado, para possibilitar que este, enquanto diretor, não só formal, mas, principalmente, material do processo, possa vir a conduzi-lo à concretização da justa composição do litígio.

Não deixa o Projeto, igualmente, de enrobustecer as garantias concedidas às partes, colocando no magistrado a incumbência de prezar para que sejam elas respeitadas. Afinal de contas, o pensamento contemporâneo tem sido no sentido de aceitar que a atividade das partes não exclui a do órgão jurisdicional, sendo ambas capazes de coexistir em harmonia, sendo papel do magistrado, inclusive, garantir que as partes possam exercer seu papel de forma otimizada. Neste sentido, merece destaque a consagração expressa dos direitos ao contraditório efetivo e à participação ativa das partes no processo, por representarem uma expressão do poder democrático do povo e demonstrarem a intenção legislativa de tornar o processo um ambiente compartilhado e avesso à prolação de decisões-surpresa.

Obedecendo todas essas diretrizes do processualismo equitativo contemporâneo, de consagração de uma postura ativa do órgão jurisdicional, de fortalecimento simultâneo dos poderes do magistrado e das garantias processuais das partes, da ênfase na necessidade de participação destas na condução do processo e na formação de seu resultado, bem como da construção de uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais na busca pela verdade substancial, acentuando a necessidade do diálogo constante através do contraditório, o novo diploma processual lusitano prefere, contudo, atribuir ao magistrado um dever de gestão do processo. Resta questionar qual a diferença entre o poder de direção e o de gestão processual, de maneira a possibilitar o entendimento da escolha feita pelo legislador e as implicações destas na postura a ser assumida pelo magistrado.

### 3.2 DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL E DE CONSULTA: DIÁLOGO PROCESSUAL EM BUSCA DE UM ATIVISMO JUDICIAL SAUDÁVEL PELO EQUILÍBRIO COM AS GARANTIAS INDIVIDUAIS

O Novo CPC português, em vigor desde setembro de 2013, consagra um modelo de processo projetado para a busca de respostas concretas à pretensão dos litigantes, afastando, de uma vez por todas, o modelo de processo liberal - embasado no império do princípio dispositivo e limitado à persecução de uma justiça meramente formal para a resolução da demanda judicial. Abandona-se, portanto, a visão do processo como um terreno minado, cheio de armadilhas, consubstanciadas em cominações e preclusões

desenhadas para coroar como vitoriosa a parte mais hábil ou que cometa menos erros formais - o que muitas vezes é resultado puramente de um melhor patrocínio técnico. Adota-se a ideia de que a lide deva ser resolvida com base no direito substantivo e na solução materialmente mais adequada à justiça do caso concreto, assumindo o magistrado, para tanto, uma posição judicante (ativa), adquirindo um papel de gestor do processo<sup>205</sup>.

Em busca de identificar o que seria esse dever de gestão processual imposto ao magistrado, contido no art. 6º do NCPC - que veio substituir o poder de direção (material e formal) do processo, prescrito no art. 265º do CPC revogado -, e de modo a permitir entender a escolha feita pelo legislador, se mostra oportuna a definição dada por Mariana F. Gouveia<sup>206</sup> ao mesmo. Para esta autora, trataria-se de um poder-dever do órgão jurisdicional, que reúne, em um só normativo, o dever de direção do processo e o princípio da adequação formal. Claramente, tal autora alinha seu pensamento às orientações contidas no art. 2º, "a", do Regime Processual Experimental (RPE), que, ao impor ao magistrado o dever de gestão processual, explicitava que tal consistiria no dever de adotar a tramitação adequada às especificidades do caso concreto, adaptando a forma e o conteúdo dos atos processuais aos fins que pretendiam ser atingidos. Nas demais alíneas, previa ainda o dever do magistrado garantir que atos inúteis fossem praticados, devendo recorrer os atos impertinentes ou meramente protelatórios ("b"), bem como o dever de adotar mecanismos legais de agilização do processo ("c").

Pela leitura do dispositivo contido no art. 6º, NCPC, pode se observar que as orientações contidas nas alíneas "b" e "c" do art. 2º do RPE foram devidamente recepcionadas, sendo acrescido o dever do magistrado adotar igualmente mecanismos de simplificação do processo. A alínea "a", todavia, responsável justamente pela previsão de um dever de adequação formal, deixou de ser previsto dentro do dispositivo responsável por consagrar o dever de gestão processual, sendo prescrito em apartado, no art. 547 do NCPC. No que pese a existência de um dispositivo autônomo próprio à previsão de um dever genérico de adequação formal imposto ao magistrado, não parece razoável entender um dever de gestão processual que não permita ao magistrado adaptar o processo,

---

<sup>205</sup>CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. 2013, p. 9-12

<sup>206</sup>GOUVEIA, Mariana França. *Regime Processual Experimental: anotado: decreto-lei nº 108-2006, de 8 de Junho*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 31

principalmente, quando lhe é imposto o dever de adoção de mecanismos de agilização e simplificação às especificidades do caso concreto.

Parece, portanto, mais compatível com a concepção contemporânea do formalismo processual interpretar o dever de gestão processual, contido no art. 6º do NCPC, como a consagração de um dever funcional, imposto ao magistrado, de dirigir o processo de forma eficiente, otimizando-o, através da utilização dos meios de agilização e simplificação legalmente previstos, para uma simples, célere e menos custosa consecução de seu fim, qual seja, a realização da tutela jurisdicional mais justa e adequada ao direito substantivo discutido em juízo. Por isso, apesar de discordar da opção feita pelo legislador de disciplinar o dever genérico de adequação formal em dispositivo autônomo (art. 547º, NCPC) - argumentando-se ter sido preferível mantê-lo, aos moldes do art. 2º do RPE, em um dos números do art. 6º, NCPC, de modo a não deixar espaço para dúvidas quanto à relação de conteúdo e continência entre tais poderes-deveres do magistrado - não parece razoável pensá-los de forma diversa.

Previsto no art. 6º do NCPC como um dever e não como um princípio, deixou-se clara a vinculação do magistrado a uma boa e eficiente direção do processo. Restou-se igualmente evidente a previsão de uma postura judicial dinâmica e ativa do magistrado, com vistas a garantir a justa resolução do litígio em tempo razoável. Quanto à razoabilidade da duração do processo, resta oportuno pontuar se tratar de algo relativo, devendo ser considerado em sintonia com as especificidades do caso concreto, uma vez que não se pode esperar que demandas com níveis de complexidade diversos sejam resolvidas utilizando-se a mesma quantidade de tempo. As individualidades da demanda vão igualmente orientar os meios de agilização e simplificação a serem adotados pelo magistrado de modo a conduzir eficientemente o processo aos fins pretendidos.

Por isso, somente aparentemente poderia se falar na possibilidade da gestão processual acarretar uma densificação da demanda, inclusive porque, como expressamente previsto pelo art. 6º do NCPC, tal dever está orientado à simplificação e agilização da mesma - o que novamente, deve ser considerado *in concreto*. Desta feita, o que se deve ter em mente é que, o que, em princípio, pode se apresentar como uma complexificação da causa, como por exemplo, a necessidade de aumento de atos processuais a serem praticados pelos sujeitos processuais, configura-se, em verdade, na constatação pelo magistrado das necessidades específicas do caso concreto, sendo o dever deste adequar o

procedimento de modo a permitir que este possa vir a concretizar, da forma mais eficiente e rápida, o seu resultado último - qual seja, a justa composição do litígio. Assim, o fato das circunstâncias apresentadas ao longo do procedimento poderem causar uma modificação do roteiro inicialmente previstos para o mesmo, de modo a possibilitar uma maior proximidade da realidade fática da controvérsia discutida em juízo, não afasta a constatação de que, para aquele caso em particular, tudo foi feito, pelo magistrado, para que a justiça fosse substancialmente alcançada e para que o processo tenha sido resolvido da forma mais célere e simples.

Gerir o processo significa, nestes termos, providenciar pelo seu célere e regular desenvolvimento deste, dentro do que é concebível, considerando-se as particularidades do caso concreto. Para tanto, dentre os mecanismos de simplificação e agilização processual legalmente previstos, decidiu o legislador citar (não exaustivamente): a promoção oficiosa das diligências que se mostrarem necessárias, a recusa do que for tido por impertinente ou meramente procrastinatório e a possibilidade de suprimento da falta de pressupostos processuais sanáveis e necessário à regularização da instância. Com isso, o legislador pretendeu libertar o processo das amarras de um formalismo exacerbado, privilegiando o conhecimento e julgamento das questões de fundo, de modo a adequá-lo aos moldes condizentes com uma visão equitativa do mesmo, que igualmente justificam a orientação do dever de gestão processual à persecução de uma justiça substancialmente adequada.

Interpretando o dever de gestão processual de forma extensiva, ou seja, como um dever genérico de direção dinâmica e ativa do processo em busca de uma célere e justa composição da lide, pode ainda ser argumentado que os deveres decorrentes do princípio de cooperação, que igualmente se prestam à busca da realização de um devido processo equitativo, servem para auxiliar o juiz em seu dever de gerir o processo. E, assim sendo, para além do dever de consulta expressamente previsto no art. 6º do NCPC, poderia ser defendido, similarmente, que os deveres de esclarecimento, auxílio e prevenção estariam relacionados, de forma interpenetrada, a este dever de gestão processual. Sob esta ótica, portanto, ao mesmo tempo que os deveres de cooperação serviriam a facilitar o exercício do dever de gestão seriam por este influenciados, na medida em que, fazendo parte do seu conteúdo, restariam orientados à agilização e simplificação do processo, privilegiando a cognição das questões materiais.

Em um modelo de formalismo equitativo, orientado pelo princípio da cooperação, a condução do processo deve ser compartilhada pelo magistrado e demais sujeitos processuais. Sendo assim, torna-se imprescindível à gestão processual o exercício dos deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta pelo magistrado. Ao exercer os deveres de cooperação, o magistrado estará a gerir o processo, eliminando os formalismos desnecessários, desobstruindo o caminho para os exercícios de direitos, deveres e ônus processuais, esclarecendo dúvidas quanto às questões postas em juízo, bem como facilitando e estimulando a participação das partes na condução e formação do resultado do processo, tudo de modo a permitir que a verdade dos fatos seja revelada, possibilitando a justa composição do litígio, sem maiores embaraços ou atrasos indesejáveis.

Através do dever de prevenção, com vistas a evitar o aniquilamento prematuro do processo em razão de defeitos meramente formais, estaria o magistrado autorizado a interceder no processo, suprindo ou convidando as partes a suprirem eventuais faltas de pressupostos processuais da demanda, bem como apontando eventuais vícios formais que pudessem colocar o direito substantivo controvertido em risco. Seria igualmente no intuito de melhor gerir o processo, conduzindo-o para um resultado materialmente justo e resultante da cooperação entre os sujeitos processuais, que restaria justificado o dever de auxiliar as partes na remoção de eventuais obstáculos que se coloquem no caminho daquelas no exercício de um direito ou de uma faculdade, ou no cumprimento de uma obrigação ou de um ônus processual.

Assim como o recíproco dever de esclarecimento entre magistrado e as partes serviria para que aquele, mais seguro acerca dos elementos que compõem o objeto da causa, possa dirigir o processo de forma mais adequada, prolatando decisões mais bem fundamentadas porque mais conscientes, e assim, menos sujeitas à interposição de recursos. Em todos os casos, e a cada passo do processo - quando se mostrar necessária a manifestação das partes porque oportuna a sua influência sobre a cognição judicial -, o dever de consulta serviria para garantir o respeito ao contraditório dinâmico, com vistas a equilibrar as forças entre os princípios dispositivo e o inquisitório, em nome de um processo cooperativo, e portanto, equânime.

Ainda no que pertine à preservação das garantias processuais das partes e manutenção do equilíbrio de forças entre os sujeitos do processo, em respeito à margem de dispositividade que é reservada a elas no mesmo, é preciso ressaltar que o exercício do

dever de prevenção, à semelhança do dever de consulta, não pode resultar em uma imposição processual. Da mesma forma que o magistrado, no exercício de seu dever de consulta, encontra-se limitado a conceder às partes a oportunidade de se manifestar e influenciar o cognitivo judicial, no cumprimento do dever de prevenção fica ele restrito a proferir aviso sobre a existência de defeitos de cunho formal a por em risco o direito substantivo discutido em juízo.

Cabe ao magistrado, portanto, apenas aconselhar a parte, e a esta, por sua vez, optar por ouvir o aviso do magistrado, procedendo às correções apontadas, ou assumindo as eventuais consequências de sua inércia. Isso porque a matéria de fundo, que se encontra em perigo de não poder ser apreciada e julgada pelo magistrado, diz respeito a um interesse privado da mesma. Pelo mesmo motivo, é dado às partes o poder de escolher se manifestar ou não sobre a questão de fato ou de direito cujo contraditório foi estimulado pelo exercício do dever de consulta. Em ambos os casos, é presumido estarem as partes cientes de que eventuais consequências processuais, decorrentes de sua omissão ou falta, deverão ser por elas suportadas, pois são responsáveis pelas suas condutas processuais (resultado do princípio da auto-responsabilidade das partes). Por outro lado, a observância destes deveres de cooperação impostos ao magistrado não depende da conduta subsequente das partes, sendo constatada simplesmente pela presença do conselho em juízo.

Outra questão, que se faz oportuna novamente abordar, é a possibilidade de ser atribuído ao magistrado o poder de, agora na condição de gestor do processo e em exercício de seu dever de prevenção, aconselhar a parte a promover uma alteração do pedido, de modo a melhor adaptá-lo às circunstâncias da causa. Durante a vigência do CPC revogado, a opinião dominante da doutrina e jurisprudência era no sentido de vedar tal hipótese, sendo o dever de prevenção interpretado de forma restritiva, não podendo ultrapassar os limites objetivos da demanda imposto pelas partes, nos termos do art. 264 revogado. Contudo, como já pontuado, havia uma minoria doutrinária,<sup>207</sup> que pleiteava, já então, pela concepção do dever de prevenção em termos mais genéricos e mais similares aos contornos que lhe são atribuídos pela doutrina alemã, ao interpretar o §139 da ZPO. Tal parágrafo, aliás, como se sabe, é responsável pela atribuição do poder de direção ou mesmo gestão processual nas mãos do magistrado germânico.

---

<sup>207</sup>Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 66; REGO, Carlos Francisco de Oliveira do. *Comentários ao código de processo civil*. 2004, p. 264-265.

Resta saber se a atribuição de um poder de gestão ao magistrado, que, claramente, o incumbe de administrar ativamente o processo, simplificando-o e adequando-o, de modo a permitir o privilégio do conhecimento e apreciação das questões de fundo, em busca de uma célere e justa composição do litígio, pode levar a uma leitura mais lata do poder de prevenção. Sobretudo, diante das modificações operadas pela substituição do art. 273 do CPC revogado pelo art. 265º do NCPC, o qual assume a disciplina das regras sobre alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo.

Para além de se notar não mais haver uma imposição de limite temporal, para alteração da causa de pedir ou do pedido, à réplica, observa-se também, no que diz respeito ao pedido, que o novo dispositivo contido no nº 2 do art. 265º do NCPC nada menciona sobre a possibilidade de alteração do mesmo, apenas fala em ampliação ou redução deste, informando ser ela possível até o encerramento da discussão em primeira instância. O nº 3 do artigo em comento representa uma transcrição do nº 3 do art. 273 do CPC revogado, contudo, tendo em vista as mudanças operadas e acima pontuadas, a interpretação do termo "modificação" deve ser no sentido de "ampliação ou redução" do pedido.

Assim, essa omissão do termo "alteração", no sentido de "constituição de pedido diverso", promovida pelo legislador na nova redação do dispositivo responsável pela disciplina deste tema, poderia representar a lacuna legislativa que os defensores de uma interpretação mais ampla do poder de prevenção imposto ao magistrado estavam aguardando. Não há dúvidas de que o poder de gestão processual do magistrado visa conceder-lhe maiores e melhores condições de alcançar os fins almejados pelo processo. Igualmente, conforme defendido, não parece ser razoável entender que o dever de prevenção possa vir a configurar um desrespeito ao princípio dispositivo das partes, na medida em que se trata meramente de um conselho do magistrado a estas, sendo reservado às mesmas o poder de decidir por segui-los ou não. Da mesma forma, não parece ser pertinente a defesa, diante da mentalidade atual, da ideia de que um papel ativo do magistrado em assistência das partes seja capaz de retirar-lhe a imparcialidade, visto que os direitos da parte adversa serão sempre resguardados através do contraditório. Não se trata, portanto, de atuar como consultor de uma das partes.

Diante disso, já não parece tão difícil defender estar incluído no poder de prevenção, a hipótese de, diante das especificidades do caso concreto e da matéria fática resultante dos autos do processo, o magistrado poder vir a aconselhar qualquer das partes

sobre a necessidade de modificação de seu pedido. Nesse sentido, são válidas as observações feitas no ponto em que se discutiu a previsão dessa possibilidade no ordenamento jurídico alemão. Repise-se, desta feita, que esse poder deve ser exercido com muita cautela e de forma objetiva, como por exemplo, diante da verificação de que os defeitos ou equívocos cometidos na formulação do pedido (tendo em conta a causa de pedir e os fatos concretos apurados) estariam a causar embaraços à justiça substancial da causa. O conselho do magistrado, nesse sentido, deve consubstanciar-se como o único meio para que o objetivo pretendido (pelo autor ou pelo réu) seja alcançado.

Ademais, cumpre por fim novamente ressaltar, que o impulso inicial, nos casos legalmente impostos, permanece como uma atribuição das partes, correndo os impulsos subsequentes, em regra, por conta do magistrado (art. 6º, nº 1, NCPC). No que pertine a formação da matéria fática a embasar a discussão em juízo, importante ressaltar que, às partes, cabe a alegação dos fatos essenciais (art. 5º, nº 1, NCPC). É, contudo, lícito ao magistrado conhecer officiosamente dos fatos instrumentais, notórios e resultantes do exercício de suas funções, bem como ainda, dos fatos que sejam complementares ou concretizadores dos fatos alegados pelas partes e resultem da instrução da causa, desde que sobre estes tenham tido a oportunidade de se manifestar (art. 5º, nº 2).

Cumprido esclarecer que os fatos essenciais, que são aqueles que integram a causa de pedir ou que servem de fundamento à exceção, por terem função constitutiva do direito alegado pelo autor ou da exceção deduzida pelo réu, ou seja, por serem responsáveis pela individualização do direito ou da exceção, quando ausentes importarão na inviabilidade daquela. Ao passo que os fatos complementares são aqueles que, apesar de não integrarem o núcleo essencial da situação jurídica suscitada pela parte, e, portanto, não serem necessários à identificação da situação jurídica posta em causa, são indispensáveis à procedência da ação<sup>208</sup>.

Os complementares estarão presentes nas causas de pedir e exceções complexas, ou seja, formadas por elementos diversos, uns constitutivos do núcleo primordial, outro que sirvam a complementar aqueles. Já os concretizadores exercerão o papel de pormenorização dos fatos anteriormente alegados.<sup>209</sup> Assim, seja por servirem para melhor explanar os fatos principais ou para complementá-los, tornam-se imprescindíveis à

---

<sup>208</sup>SOUSA, Miguel Texeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 70-72.

<sup>209</sup>FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 20.

procedência da ação. Por isso, quando ausentes os fatos essenciais nas alegações, haverá a inviabilidade ou ineptidão da ação, por ausência da causa de pedir (no caso do autor), ou nulidade da exceção (no caso do réu), enquanto que, quando faltantes os fatos complementares ou concretizantes, estar-se-á diante da improcedência da ação<sup>210</sup>.

Por fim, tem-se que os fatos instrumentais, também chamados de probatórios ou secundários, por servirem de prova indiciária dos fatos essenciais ou complementares, podem ser qualificados como aqueles que servem de base às presunções judiciais, ou seja, permitem inferir, pela experiência, a existência ou não dos fatos principais ou complementares alegados. Assim, por exemplo, em uma ação de divórcio por adultério, os fatos essenciais alegados serão o vínculo matrimonial e a ocorrência do adultério, enquanto os fatos complementares ou concretizadores poderão ser a gravidade da violação do dever de fidelidade, tais como a perda da confiança, e a reincidência do ato, já os fatos instrumentais poderão ser a circunstância de terem os concubinos passado um final-de-semana juntos, ou de terem sido flagrados no ato de adultério<sup>211</sup>.

### 3.3 PROCESSO EQUITATIVO: CONTRADITÓRIO DINÂMICO, DEVER DE CONSULTA E PROIBIÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA

O direito fundamental à jurisdição não pode (mais) ser interpretado estritamente como um direito de acesso aos tribunais, para exercício de um direito de ação ou de defesa, uma vez que seu espectro é muito mais amplo, correspondendo, em verdade, a um direito de tutela jurisdicional efetiva (*Rechtsschutzeffectivität*). Como se sabe, a jurisdição é exercida através do processo, que lhe serve de instrumento, e que deve obedecer ao princípio do devido processo legal. Atualmente, tal princípio conduz o processo a um formalismo estruturado de forma equitativa, orientando-se a concretização de um resultado substancialmente justo (individual e socialmente)<sup>212</sup>, daí se falar em um devido processo equitativo. Inúmeros são os dispositivos legais contidos em tratados internacionais, que

---

<sup>210</sup>SOUSA, Miguel Texeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 72.

<sup>211</sup>Ibid., p. 70 -72.

<sup>212</sup>FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 2013, p. 123.

ensejam essa visão do processo, a exemplo do art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do art. 14º, nº 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e do art. 6º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que serviram de inspiração para a prescrição do art. 20º, nº 4 da CRP e do art. 5º, inciso LIV da CF<sup>213</sup>.

O conceito de devido processo legal, há de se pontuar, variou bastante ao longo da história, afinal, o que se considerou como devido no século XIV certamente não é o que se considera como devido nos dias atuais. Certo é que, desde sua origem, quando se apresentou como uma cláusula geral contra o abuso estatal<sup>214</sup>, esse princípio foi consagrado como elemento fundamental dos Estados de Direito, sendo expressão constitucional do formalismo processual.

Conforme exposto e defendido neste trabalho, o processo não se limita ao seu caráter externo (formal), não sendo adequado visualizá-lo como instrumento exclusivamente técnico, uma vez que o mesmo se encontra voltado à concretização dos valores dominantes no meio social.<sup>215</sup> Por isso mesmo a compreensão do princípio do devido processo legal não pode, atualmente, ficar limitada à segurança conferida pela regularidade do procedimento - enquanto uma simples sequência ordenada de atos. Deve abarcar também a possibilidade de sustentação de razões e apresentação de provas por ambas as partes, de modo a permitir que elas, em igualdade de condições, possam influir, através do contraditório, no convencimento do magistrado<sup>216</sup>.

Assim, pode se dizer que, em razão do acúmulo histórico sobre o seu conceito e do princípio hermenêutico constitucional da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, é possível apontar, ao devido processo legal, um conteúdo mínimo, composto pela garantia de respeito ao contraditório e à duração razoável do processo<sup>217</sup>, bem como à igualdade de tratamento dos sujeitos processuais e à ampla defesa. Tais garantias, todavia, impende destacar, sofreram igualmente alteração em seu conteúdo em razão das modificações operadas historicamente na sociedade, e são, aliás, parcialmente responsáveis pelas mudanças no conceito conferido ao que se entende por processo devido, justamente por fazerem parte do seu núcleo.

---

<sup>213</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 39.

<sup>214</sup>DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. 2010, 75-76.

<sup>215</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2003, p. 227.

<sup>216</sup>OLIVEIRA, Op. Cit, p. 85-86.

<sup>217</sup>DIDIER JR., Op. Cit., p. 77.

Hodiernamente, o processo equitativo sofre ainda a influência do princípio da cooperação (novo corolário do devido processo legal), que representa uma norma definidora do seu formalismo, desenhando-o como um ambiente leal e cooperativo direcionado à justa, breve e eficiente solução do litígio.<sup>218</sup> Nas palavras de Fredie Didier Jr., "o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal", na medida em que, não havendo regra jurídica expressa que condicione algum dos sujeitos processuais a um determinado comportamento que, no caso concreto, mostre-se indispensável à concretização do devido processo legal, pode tal princípio funcionar como regra justificadora de tal conduta. Assim, por exemplo, se não houver regra que expressamente determine que o magistrado deva atuar de maneira coerente com os seus próprios comportamentos, estando vedado agir de forma contraditória em prejuízo das partes (ou seja, *venire contra factum proprium*), o princípio da cooperação impõe tal situação jurídica passiva ao magistrado<sup>219</sup>.

Na sua concepção tradicional, o contraditório (componente do conteúdo mínimo outorgado ao devido processo equitativo) era compreendido como um direito à bilateralidade de audiência, que consistia na necessidade de audiência de uma parte, quando fosse formulado um pedido ou tomada uma posição em juízo pela outra. No campo probatório, consistia, ainda, no direito da parte controlar as provas produzidas pela outra, tendo igualmente a oportunidade de sobre ela se pronunciar. Assim, o processo se desenvolvia através da fiscalização recíproca dos argumentos e provas realizadas pelas partes<sup>220</sup>.

Tratava-se de uma visão estática do contraditório, condizente com uma perspectiva monológica do processo, em que a formação do provimento judicial era unilateralmente desenvolvida pelo magistrado. Tal levava a uma participação meramente fictícia e aparente das partes, uma vez que o contraditório consistia numa mera formalidade, de garantir a oportunidade de uma parte dizer e a outra contradizer, sendo imposto ao magistrado apenas

---

<sup>218</sup>DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. 2010, p. 74 e 79.

<sup>219</sup>Id., 2013, p. 8.

<sup>220</sup>FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 2013, p. 124.

o dever de ouvi-las, sem necessariamente escutá-las, ou seja, sem estar obrigado a considerar seus argumentos<sup>221</sup>.

Contemporaneamente, todavia, graças aos influxos do princípio da cooperação - responsável pela recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do *decisum*<sup>222</sup> - e da constatação da necessidade de manifestação do poder democrático do cidadão no processo, a partição efetiva dos sujeitos processuais foi adotada como elemento indispensável a um devido processo legal, atribuindo ao contraditório uma concepção mais ampla e dinâmica. Afinal, "democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório"<sup>223</sup>.

O direito de participação das partes no processo, proporcionada pelo exercício do contraditório, retira sua conotação efetiva do tratamento doutrinário emprestado pelos alemães à garantia constitucionalde *rechtliches Gehör* (prevista no art. 103, I, de sua Lei Maior). Inspirados nesta garantia de participação efetiva, ensinada como um direito das partes, em situação de plena igualdade, influírem sobre todos os elementos relevantes à solução da causa (questões de fato e de direito, bem como nas provas), o contraditório ganha uma conotação dinâmica.<sup>224</sup> Em razão de tal reformulação, torna-se possível uma melhor relação entre os sujeitos processuais, que passam a atuar em uma comunidade de trabalho, tanto na fase preparatória do processo quanto na fase de sua problematização<sup>225</sup>.

Pelo exercício do contraditório dinâmico, portanto, pretende-se incentivar uma participação efetiva das partes, pela garantia de um poder de influência sobre as questões que se mostrarem potencialmente importantes à formação da decisão judicial. Identifica-se, portanto, duas facetas ao contraditório, uma formal - o direito de participar, sendo ouvida - e outra substancial - de poder influenciar a decisão do magistrado,<sup>226</sup> com reduzidas ou inexistentes chances de serem por ela surpreendidas.<sup>227</sup> Dá-se, desta forma, segundo Nicolò Trocker, uma conotação positiva ao contraditório, de poder de influência sobre o

---

<sup>221</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, ano 34, fev, 2009, p. 117-118.

<sup>222</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2003, p. 231.

<sup>223</sup>DIDIER JR., Fredie. *Princípio do contraditório: aspectos práticos*. 2003, p. 505.

<sup>224</sup>FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 2013, p. 124-125.

<sup>225</sup>JÚNIOR; NUNES, Op. Cit., p. 114.

<sup>226</sup>DIDIER JR., Op. Cit., p. 506-507.

<sup>227</sup>JÚNIOR; NUNES, Op. Cit., p. 109.

desenvolvimento e êxito do processo, não mais estando aquele direito limitado um caráter negativo, de simples defesa ou oposição contra uma atuação alheia<sup>228</sup>.

As partes deixam, neste esteio, de serem visualizadas como simples objeto do pronunciamento judicial, passando a intervir ativamente no processo, atuando de forma crítica e construtiva sobre o seu desenvolvimento e resultado. E assim, ao passo que se tornam sujeitos participantes do cognitivo judicial, agindo em anteparo de eventuais lacunas ou insuficiências operadas na cognição do órgão jurisdicional, ficam mais propensas a submeterem-se passivamente à decisão<sup>229</sup>.

Observe-se que não se pretende colocar o papel desempenhado por todos os sujeitos processuais em um mesmo plano, apenas é defendido que, cada um, no exercício de sua própria função, possa exercer influência sobre a formação da decisão através do debate. Ao contrário do que se possa argumentar, dessa forma, o contraditório não representa um obstáculo à celeridade processual, mas um meio de redução da suscetibilidade da decisão a recursos. Quanto mais bem trabalhado o contraditório, mais bem fundamentada restará a decisão, estando menos sujeita a que a eventual interposição de recurso tenha suas razões acatadas pela segunda instância, tornando mais célere a definição da decisão<sup>230</sup>.

Ainda no que pertine à nova conotação outorgada ao contraditório, pode ser destacado o fato de que tal gerou a necessidade de atualização dos conhecidos axiomas jurídicos *novit curia e da mihi factum, dabo tibi ius*.<sup>231</sup> Como se sabe, da ideia expressa no primeiro brocardo era possível se retirar, como consequência, o ditado contido no segundo, uma vez que ao afirmar que ao órgão jurisdicional era dado saber o direito, justificava-se inculcar nas partes o dever de trazer os fatos ao processo e no magistrado o dever de dizer o direito a que estes corresponderiam.

Hoje, todavia, a ideia de exclusividade das partes sobre a formação do material fático da causa encontra-se ultrapassada, sendo mais recomendável destacar a sua relevância na corroboração dos fatos constitutivos da causa de pedir, sem proibir a atuação do magistrado quanto à apreciação dos fatos secundários - instrumentais na extração da verdade relativa aos fatos principais - seja porque de conhecimento notório, resultante da

---

<sup>228</sup>TROCKER, Nicolò. *Processo e costituzione*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 371 *apud* FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 2013, p. 124-125.

<sup>229</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2003, p. 234.

<sup>230</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. 2009, p. 116 e 128.

<sup>231</sup>DIDIER JR., Fredie. *Princípio do contraditório: aspectos práticos*. 2003, p. 509.

instrução dos autos ou situados no âmbito de experiência comum, sendo ainda possível atribuir ao magistrado o conhecimento oficioso de alguns fatos principais pontualmente prescritos em lei.<sup>232</sup> Do mesmo modo que, diante da vastidão dos temas jurídicos, não é obrigatório ao magistrado, em princípio, saber de todo o Direito. Afinal, pelo contraditório, ouvirá os argumentos jurídicos de cada parte, para só então, no exercício da jurisprudência, decidir<sup>233</sup>.

A verdade é que, não adianta atribuir poderes ao órgão jurisdicional sem possibilitar o seu controle, por isso, em um processo equilibrado e dialógico (como pretende ser o de modelo democrático), é preciso que, na medida em que sejam atribuídos poderes de atuação oficiosa ao magistrado, seja igualmente concedido às partes o poder de influenciar essa atuação. Afinal, agir sem ser provocado não é o mesmo que agir sem provocar. Por isso, a atuação de ofício não afasta a necessidade de ser oportunizado às partes a possibilidade de manifestação prévia, de modo a permitir o exercício do poder de influência, inerente ao contraditório. Assim, ainda que o magistrado esteja autorizado a conhecer certos fatos, de ofício, estará obrigado a, antes de proferir sua decisão, ouvir as partes e considerar seus argumentos<sup>234</sup>.

Da mesma maneira que, a despeito da liberdade por ele desfrutada no que pertine às questões de direito - não estando vinculado aos aportes jurídicos feitos pelas partes, podendo extrair conclusões jurídicas dos fatos carreados aos autos, de forma independente - não pode, nem deve, descartar os argumentos jurídico perfilados pelas partes, em cooperação com o juízo.<sup>235</sup> Portanto, ainda que possa decidir com base em argumento jurídico não aventado nos autos pelas partes, porque possui a liberdade para entender os fatos sob uma ótica jurídica diversa, tem a obrigação de, neste caso, intimar as partes para que possam, assim, se manifestar a respeito daquele novo argumento jurídico, exercendo seu poder de influência. Ao atuar de forma leal com as partes, evita a prolação das decisões-surpresas, respeitando a garantia de contraditório, que não deve ficar postergado somente ao momento do recurso<sup>236</sup>.

A prolação de decisão com base em visão jurídica desconsiderada ou desapercibida por ambas as partes, sem que seja oportunizada a discussão acerca dos novos rumos dados

---

<sup>232</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2003, p. 235.

<sup>233</sup>DIDIER JR., Fredie. *Princípio do contraditório: aspectos práticos*. 2003, p. 509.

<sup>234</sup>DIDIER JR, Op. Cit., p. 508-509.

<sup>235</sup>OLIVEIRA, Op. Cit.,p. 235-236.

<sup>236</sup>DIDIER JR., Op. Cit.,p. 510.

ao litígio, é inadmissível, por representar um desrespeito às garantias de defesa de interesses e influência sobre o convencimento judicial, inseridas no direito ao contraditório. E, desta forma, o diálogo judicial - propiciado pelo contraditório - funciona como uma autêntica garantia da democratização do processo, impedindo que os poderes atribuídos ao magistrado e a aplicação do brocardo jurídico *iura novit curia* possam vir a transformar o processo em um instrumento autoritário e opressor, em que o tecnicismo exacerbado venha a causar empecilhos à justa e efetiva aplicação do direito no caso concreto<sup>237</sup>.

Não se pode olvidar a possibilidade de o magistrado não ter se apercebido da existência de uma norma mais favorável ao litigante, ou mesmo que tenha dado interpretação incorreta à mesma. Nesse sentido, torna-se imprescindível a colaboração das partes na investigação da norma aplicável ao caso concreto, bem como na fixação de seu conteúdo e alcance, não só para evitar as decisões-surpresa, como igualmente, melhorar a qualidade do pronunciamento, trazendo maior celeridade e concentração ao processo.<sup>238</sup> Admitindo-se a falibilidade do magistrado e tomando-se consciência de que a decisão será muito mais adequada (e legítima) se construída através de um debate adequado, em que todos os sujeitos do processo saibam dos aspectos mais importantes da causa, torna-se clara a importância do contraditório como instrumento indispensável a uma justa composição do litígio<sup>239</sup>.

### 3.3.1 Contraditório no Novo Código de Processo Civil português

É bem verdade que um comando constitucional que preveja o contraditório e garanta um Estado Democrático de Direito já impõe, por si só, a interpretação do contraditório em sua conotação dinâmica, de poder de participação e influência sobre a

---

<sup>237</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2003, p. 237.

<sup>238</sup>*Ibid.*, p. 236-237.

<sup>239</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. 2009, p. 126.

formação da decisão. Todavia, nada altera, e só vem acrescentar a previsão e a disciplina infraconstitucional de tal direito fundamental processual<sup>240</sup>.

No ordenamento jurídico português, em razão do princípio dispositivo, a introdução dos fatos essenciais da causa (aqueles constitutivos da causa de pedir ou das exceções) ainda representa um monopólio quase que total das partes, (art. 5º, nº 1, NCPC). Estando o magistrado, apenas excepcionalmente, nos termos do art. 5º, nº 2, c, NCPC, autorizado a carrear fatos principais aos autos, seja porque notórios, resultantes do exercício de suas funções ou integrantes de simulação das partes. Ainda, no que pertine às alegações dos fatos, oportuno pontuar que a previsão, contida no código revogado, de que estariam admitidos tantos articulados quantos fossem necessários a um pleno exercício do contraditório, tem-se que tal não foi reproduzida no NCPC<sup>241</sup>.

Pelo novo diploma, os articulados foram reduzidos ao número de três, sendo a réplica o último deles. Ressalva-se, entretanto, que, caso exceções sejam alegadas nesta, o direito ao contraditório passa a dever ser exercido na audiência prévia ou, caso não seja aí possível, na audiência final, consoante disposto no art. 3º, nº 4 do diploma em vigor. No que diz respeito aos fatos instrumentais ou acessórios, conhecíveis de ofício pelo magistrado, exige-se, igualmente, a observância do direito ao contraditório, pelo que deve ser oportunizado a ambas as partes a possibilidade de sobre eles, previamente, se manifestarem, nos termos do art. 3º cominado com art. 4º do NCPC. É também em audiência (prévia ou final) que podem ser alegados fatos supervientes, corrigidas alegações fáticas ou introduzidos fatos concretizadores ou complementares aos fatos essenciais, em todos os casos, impende ser respeitado o contraditório<sup>242</sup>.

No âmbito probatório, o princípio do contraditório concede às partes o direito de, em pé de igualdade, propor todos os meios de prova potencialmente idôneos ao apuramento da verdade dos fatos (principais ou instrumentais), bem como, de poder fazer prova destes até o momento que, respeitando a duração razoável do processo, lhe pareça mais conveniente aos seus interesses (art. 423, NCPC). Propicia, também, o direito de que as provas sejam produzidas em audiência com contraditório de ambas as partes (art. 415º,

---

<sup>240</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, ano 34, fev, 2009, p. 124-125.

<sup>241</sup>FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 2013, p. 125-127.

<sup>242</sup>FREITAS, Op. Cit., p. 126-127.

NCP), restando ressalvado, ainda, o direito ao pronunciamento sobre as provas produzidas por si, pela parte adversa e/ou pelo órgão jurisdicional (604º, nº 2, e, NCPC) - uma vez que este goza de amplos poderes inquisitório na instrução da causa (art. 411º, NCPC)<sup>243</sup>.

O princípio do contraditório, no que pertine às questões de direito, se consubstancia na necessidade de ser igualmente facultado às partes a oportunidade de discutirem efetivamente todos os fundamentos jurídicos da demanda, antes da prolação da decisão. Quando se tratar de questões, cuja disponibilidade seja uma exclusividade das partes, só podendo ser trazidas aos autos pelo interessado, o contraditório configura-se na necessidade de ser dado à parte contrária a oportunidade de manifestação sobre aquelas. Já diante de questões, de conhecimento oficioso, quando não foram suscitadas por qualquer das partes, caso o magistrado entenda por tomá-las como base para sua decisão (seja ela de mérito ou meramente processual), concretiza-se pela imperatividade de intimação de ambas as partes para sobre elas se pronunciarem, tomando suas posições. Trata-se, portanto, da prescrição do contraditório como meio de prevenção contra a prolação de decisões-surpresa<sup>244</sup>.

O convite ao debate sobre questões, de fato ou de direito, inclusive as conhecíveis de ofício, torna-se dispensável, contudo, conforme parte final no art. 3º, nº 3, NCPC, apenas diante da constatação, pelo magistrado, de sua manifesta desnecessidade. Talvez porque a definição deste termo indeterminado recaia sobre o âmbito de discricionariedade do órgão jurisdicional, tal exceção, introduzida pelo legislador português já nas reformas de 1995-1996, não é encontrada noutros dispositivos estrangeiros destinados a disciplinar a questão das decisões-surpresa, como se pode observar no §278, III da ZPO, no art. 16, nº 3, CPC francês,<sup>245</sup> ou mesmo, no art. 10 do Projeto de NCPC brasileiro.

Ainda no campo das questões de direito, importante ressaltar a necessidade de o magistrado, ao identificar a existência de uma nova questão jurídica, observar se as partes cumpriram com seus respectivos ônus de alegação (arts. 552º, nº 1, d e 572º, b, do NCPC), uma vez que este, como gestor do processo, poderá convidar as mesmas ao suprimento de sua falta, no momento do despacho pré-saneador (art. 590º, nº 2, NCPC). Isso se torna importante na medida em que a inobservância do referido ônus poderá implicar na

---

<sup>243</sup>FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 2013, p. 128-133.

<sup>244</sup>Ibid., p. 133.

<sup>245</sup>Ibid., p. 133-134.

inaplicabilidade do contraditório. No que pese tal garantia constitucional aproveitar a ambas as partes, no caso de apenas uma delas ter respeitado o seu respectivo ônus de alegação, por força do disposto no art. 197º, nº. 2 do NCPC, somente esta restará autorizada a arguir a anulabilidade operado pela eventual inobservância do dever de consulta imposto ao magistrado<sup>246</sup>.

A jurisprudência francesa costuma igualmente apontar como hipótese de desnecessidade de estímulo do contraditório, o caso de mera retificação da qualificação jurídica dada pela parte, que não implique em norma diversa cujos efeitos sejam substancialmente diferentes, por entender que, neste caso, não se estará diante de uma nova questão de direito. Se tal correção operada pelo magistrado resultar, diversamente, em norma com efeitos jurídicos diversos, por se estar, evidentemente, diante de uma questão jurídica inédita, fica exigida a estimulação do debate, através do contraditório de ambas as partes,<sup>247</sup> permitindo o exercício, pelas mesmas, de seus direitos de participação e influência, bem como evitando a prolação de decisões-surpresa, consideradas perniciosas à entrega de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

### **3.3.2 Contraditório no Projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro**

Uma das intenções da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Novo CPC brasileiro, conforme esclarecido em sua exposição de motivos, é trazer harmonia entre a lei ordinária e a Constituição Federal. Neste sentido, a forma encontrada por eles para deixar em evidência tal desígnio foi incluir, de maneira expressa, neste diploma, princípios constitucionais em sua vertente processual.<sup>248</sup> Dentre tais princípios, impõe-se destacar o do contraditório, que, devidamente consagrado no art. 5º, LV da Constituição como um direito fundamental, pode desdobra-se, segundo Theodoro Júnior e Dierle Nunes, em três outros direitos. Assim, tem-se que o contraditório faz surgir, para as partes, o

---

<sup>246</sup>FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, p.135-136.

<sup>247</sup>Ibid., p. 136.

<sup>248</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta*. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>>. Acesso em: 09 abril 2013, p. 4.

direito de informação sobre os atos processuais praticados por seu adversário, de manifestação sobre os elementos fáticos e jurídicos da causa, bem como o de ver seus argumentos séria e detidamente considerados pelo magistrado no momento da prolação de sua decisão - o que pode ser verificado na fundamentação da mesma<sup>249</sup>.

O dever judicial de fundamentação racional das decisões, prevista no art. 93, IX, CF, consoante repisado, representa uma garantia de respeito real, por parte do juiz, da participação das partes na formação do provimento jurisdicional. Por intermédio da análise da congruência lógica das conclusões perfiladas pelo magistrado em sua decisão, é possível verificar a adequada consideração dos argumentos defendidos pelas partes no processo. Isso porque, como já rebatido, a fundamentação não mais representa um mero mecanismo de legitimação formal da decisão, sendo exigida a apreciação detida, pelo magistrado, dos aspectos relevantes e racionalmente suscitados pelos sujeitos do processo, de modo a permitir o convencimento de todos os interessados, não podendo mais resultar apenas da cognição exclusiva e solitária do julgador<sup>250</sup>.

Assim, tem-se que um processo constitucionalmente orientado leva à quebra do privilégio cognitivo do magistrado, impondo-lhe o dever de fundamentar racionalmente suas decisões, as quais passam a ser produzidas e construídas em conjunto com os demais sujeitos do processo, impedindo decisões solitárias. Permite-se, desta forma, através de uma concepção dinâmica impressa ao contraditório, que o cidadão assuma a sua posição de autodesinatário dos provimentos judiciais, ciente de que o seu poder de influência sobre a decisão, a cujos efeitos ficará submetido, restará devidamente garantida<sup>251</sup>.

Atualmente, apesar de não haver uma previsão expressa no diploma processual, em vigor desde 1973, de um direito ao contraditório, a matéria é tratada infraconstitucionalmente através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Através da interpretação conjugada do direito fundamental ao contraditório e da garantia constitucional ao um devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), por exemplo, torna-

---

<sup>249</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. 2009,p. 135.

<sup>250</sup>Ibid,p. 137.

<sup>251</sup>Ibid.,p. 137-138.

se possível concluir pela proibição de decisões-surpresa, porque prolatadas em inobservância daqueles direitos<sup>252</sup>.

O Projeto de NCPC, conforme pontuado, parece estar a realizar o dever de densificação do contraditório dinâmico no regramento infraconstitucional. Prevê, por exemplo, expressamente, no seu art. 7º, o contraditório efetivo como um dever a ser garantido pelo magistrado. Não chega, todavia, ainda, a prever a submissão do órgão jurisdicional ao contraditório, em termos claros, à semelhança do que acontece no diploma processual francês<sup>253</sup>, que em seu art. 16 dispõe que "o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório". Afirma, todavia, enfaticamente, não poder o juiz, em qualquer grau de jurisdição, decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha sido oportunizado às partes a possibilidade de sobre ele se manifestar, ainda que se trate de matéria conhecível de ofício (art. 10º), ou seja, resta proibida a prolação de decisões-surpresa, ficando imposto ao magistrado o dever de consulta (ou de diálogo), o que representa um grande avanço<sup>254</sup>.

É igualmente inédita a expressa vedação, contida no art. 9º do Projeto e imposta ao magistrado, da exarcação de decisão contra uma parte sem a prévia audição da mesma acerca da matéria objeto de pronunciamento, ressalvadas as hipóteses de medida de urgência ou de perigo de perecimento do direito. Como se pode observar, novamente, resta ao magistrado obrigado consultar a parte, ou seja, instigar o contraditório, permitindo o exercício do direito de defesa e de influência, bem como impedindo que a parte seja surpreendida pela decisão.

Nesse ponto, interessante repisar que, em regra, a audiência da(s) parte(s) deverá, imperativamente, ser prévia à prolação da decisão, apenas excepcionalmente poderão ser apontadas hipóteses em que, ante as necessidades de adequação da tutela jurisdicional, restará autorizada a postergação ou eventualidade do contraditório. As tutelas de urgência, por sua própria definição, não permitem a espera, ocorrendo *inaudita altera pars*. Assim, seja porque existam evidências suficientes a autorizar uma tutela imediata do direito, seja porque o direito se encontre em perigo de perecimento (o que não deixa de imprimir

---

<sup>252</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. 2009, p. 139.

<sup>253</sup>Art. 16 "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction" original em MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 36.

<sup>254</sup>MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit., p. 36-37.

urgência à tutela), ou por outro motivo autorizado em lei, restará diferido o contraditório, que, então, deverá ser realizado em momento futuro. Nestes casos, não há o que se falar em desrespeito ao direito em comento, posto estar diante de provimentos temporários ou precários, ou seja, sujeitos à modificação posterior em razão da manifestação postergada das partes<sup>255</sup>.

No que diz respeito à eventualidade do contraditório, é plausível exemplificar a hipótese de execução de título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial, uma vez que, em ambos os casos, presume-se estar diante de um direito já devidamente constituído - quer porque já houve uma cognição exaustiva prévia acerca de seu mérito, quer porque o legislador decidiu atribuir esse efeito a determinado documento. Em todos os casos, somente quando presentes as circunstâncias previstas em lei, geralmente de cunho formal, será permitido o exercício do contraditório, de forma incidental ou autônoma<sup>256</sup>.

No que pese não ser necessária a repetição do dever de observância do contraditório, tendo em vista a expressa previsão, contida no art. 7º do Projeto - da obrigação genérica de estímulo efetivo desse direito ao longo de todo o procedimento -, tal técnica serve, entretanto, para enfatizar a importância dada à estruturação do processo nesses termos. Por isso, a menção explícita do direito ao contraditório pode ser observada em inúmeros dispositivos legais, a exemplo dos arts. [20, 114, 304, 916] do Projeto<sup>257</sup>.

Nesse turno, imperioso, ainda, chamar atenção ao art. 10 e aos parágrafos únicos dos arts. [474] e [480] do Projeto, uma vez que evidenciam a inadmissão de surpresa das partes pela prolação de decisões embasadas em ponto jurídico por elas não debatido, ou considerando fatos sobre os quais elas não tiveram oportunidade de tomar uma posição. Consagram, portanto, em consonância com a perspectiva processual mais moderna, o entendimento de que é preciso ser dado às partes o prévio conhecimento dos pontos em que o direito subjetivo possa estar exposto a perigo, permitindo às partes um exercício pleno do seu direito de defesa e influência sobre a decisão judicial, porque mais bem aparelhados para tanto<sup>258</sup>.

Analisando mais detidamente os referidos parágrafos únicos dos arts. 474 e 480 do Projeto, observa-se tratar, em ambos os casos, da imposição do prévio contraditório das

---

<sup>255</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 37.

<sup>256</sup>Ibid., p. 37-38.

<sup>257</sup>Ibid., p. 37.

<sup>258</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta*. p. 4.

partes. No primeiro caso, porque verificada a possibilidade de resolução da causa com julgamento do mérito - ou seja, com formação da coisa julgada material - em razão da decretação de prescrição ou de decadência - exceções conhecíveis de ofício, por serem consideradas matéria de interesse público. E, no segundo caso, porque o magistrado pretende utilizar, como fundamento de sua decisão, um fato superveniente - conhecido de ofício ou suscitado por qualquer das partes - surgido em momento posterior à interposição da causa ou em razão da instrução da mesma.

Por fim, resta repisar que, no que pese não tenha sido consagrado de forma expressa como um vetor processual, é evidente a incidência do princípio da cooperação na estruturação do processo civil brasileiro em construção. Ainda que seja mais nítida a sua influência sobre as partes, sendo, por exemplo, previsto, no art. 5º do Projeto, explicitamente, um dever de cooperação destas para com o magistrado, é igualmente possível - ainda que demande maiores esforços interpretativos ao operador do direito - a extração de deveres de cooperação do magistrado para com as partes, conforme já fora devidamente demonstrado.

Dentre os deveres resultantes da incidência do princípio da cooperação, no que pertine ao contraditório, é importante destacar o dever de consulta, que, conforme devidamente enfatizado, no Projeto de NCPC brasileiro, resulta da parte final do seu art. 7º, sendo igualmente constatado, *a contrario sensu*, nas vedações contidas nos arts. 9º e 10 do diploma em projeção. Isso porque, ao impor ao magistrado o dever de velar pelo contraditório efetivo, culminou por incumbi-lo da tarefa de incentivar e garantir o debate, entre os sujeitos do processo, sobre todas as questões relevantes ao deslinde da causa, sendo, por isso, terminantemente proibida a prolação de decisões sem a prévia audiência das partes que ficarão sujeitas a seus efeitos. Ainda que o Projeto exija, portanto, maiores esforços interpretativos do operador do direito, não restam dúvidas quanto à previsão de um dever de consulta, da necessidade de observância do contraditório e da proibição de decisões-surpresa, sendo imperativo o diálogo constante entre os sujeitos processuais e a construção compartilhada do cognitivo jurisdicional, para ser considerado devido o processo.

## **CAPÍTULO IV - A PROIBIÇÃO DE DECISÕES-SURPRESA E A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS: NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS JURÍGENOS E MEIOS PROCESSUAIS DE REAÇÃO**

O princípio da cooperação, como devidamente enfatizado, implica no fortalecimento do dever de lealdade processual, já imposto às partes pelo princípio da boa-fé processual, e impõe a elas um dever de esclarecimento e colaboração com o magistrado para a busca da verdade real contida nos fatos que deram origem à controvérsia discutida em juízo. No que pertine ao magistrado, a incidência de tal princípio no processo resulta na atribuição de deveres funcionais de prevenção, auxílio, esclarecimento e consulta.

O dever de consulta, conforme já repetidamente salientado, representa um ponto de interação entre o princípio da cooperação e o princípio do contraditório, na medida em que, com intuito de cooperar para a concretização da justiça substancial do litígio, o magistrado resta incumbido de fazer observar (ele mesmo) o contraditório efetivo das partes ao longo do processo. Através do exercício do dever de consulta, o magistrado, como gestor/diretor do processo, irá garantir a participação das partes, em pé de igualdade e com poder de influência sobre o desenvolvimento do procedimento e sobre o cognitivo jurisdicional.

É justamente em razão da imperatividade da observância do contraditório efetivo - que é tão latente nos ordenamentos processuais hodiernos ao ponto de resultar na atribuição de um dever funcional ao magistrado que o torna responsável pela garantia de seu respeito e sua concretização, ao longo de todo o procedimento, ao mesmo tempo em que o sujeita, junto às partes, ao seu cumprimento -, que resta por proibida a prolação de decisões-surpresa. Assim, configuradas pela ausência de contraditório prévio das partes relativamente às questões de fato ou de direito relevantes à causa - nos casos em que não reste autorizado o exercício diferido ou eventual do mesmo -, as decisões-surpresa são consideradas perniciosas à concretização do processo nos moldes constitucionalmente delineados.

Resta saber se a proibição das decisões-surpresa resulta de uma dimensão do princípio do contraditório ou de um aforamento do princípio da cooperação, para então, indagar sobre a natureza jurídica das decisões prolatadas em surpresa das partes, bem como

os efeitos por elas produzidas no mundo jurígeno, para, por fim, apontar os meios processuais existentes para o seu combate, sempre tendo em mente que o objetivo é analisar a temática com foco em ambos ordenamentos brasileiro e português.

#### 4.1 PROIBIÇÃO DAS DECISÕES SURPRESA: TRATAMENTO LEGAL

A proibição das decisões-surpresas surge nos ordenamentos jurídicos modernos como resultado da nova estruturação do processo, pois, quando esse passa a exigir uma participação ativa e cooperada entre os sujeitos processuais, modificando a conotação dada ao princípio do contraditório para abarcar o poder de influência das partes sobre o cognitivo judicial, as decisões passam, necessariamente, a demandar a presença dessa expressão da democracia para se ter por legitimada. Uma decisão, portanto, que prescindida do debate trilateral entre os sujeitos do processo quanto a qualquer um de seus elementos fundantes não poderá ser considerada legítima, porque proferida em surpresa das partes.

Afinal, uma decisão que tenha sido devidamente discutida entre os sujeitos do processo, possibilitando o esclarecimento de todos os pontos eventualmente obscuros, dúbios ou mal explicitados, bem como oportunizada a manifestação das possíveis perspectivas jurídicas a serem abordadas frente aos fatos apurados, permite a formação de uma decisão mais bem sedimentada e próxima da realidade substancialmente perseguida, tornando-a menos sujeita a recursos. A partir do momento em que, à parte, é possibilitado participar do processo de construção da decisão à qual poderá ficar submetida, diminui-se a probabilidade de insurreição contra a mesma, trazendo mais celeridade e justiça ao processo enquanto instrumento para a entrega da tutela jurisdicional. Contrariamente, a surpresa, como consequência da ausência de debate, subtrai do ordenamento a celeridade, previsibilidade e transparência necessária à persecução de seus fins.

Vanguardista no âmbito do direito processual civil, a doutrina alemã costuma apontar como responsáveis pela disciplina das decisões-surpresa (ou melhor, por sua vedação) o art. 103º, 1 da Lei Fundamental (que prevê o *rechtliches Gehör* - garantia de ser ouvido) e os §§ 139, 1 (que prevê o dever de *erörtern* - discutir com as partes o quadro factual e o enquadramento jurídico da causa) e 2 (prescreve que o magistrado, antes de

fundamentar sua decisão em visão fática ou jurídica, desconsiderada pela parte ou por ela objetivamente tida por irrelevante, ou que seja diversa das perspectivas jurídicas espostas por ambas as partes, deva chamar-lhes a atenção, oportunizando-as a discussão acerca da mesma) e 278, III, ambos da ZPO. A garantia de audição das partes imposto ao magistrado, registre-se, é tratado como um dever vinculado do juízo (mesmo quanto às questões jurídicas), desdobrando-se no direito de informação (*recht auf information*), no direito de intervenção (*recht auf Äusserung*) e no direito de exigir a ponderação de seus argumentos (*recht auf Berücksichtigung*).<sup>259</sup>

Tratando o assunto como expressão de uma boa direção, a doutrina alemã determina que só andar bem o magistrado quando, antes de proferir sua sentença, der às partes o dimensionamento jurídico sobre o objeto discutido no processo, permitindo que possam vir as mesmas a emitir sobre aquele sua posição. Impõe-se, assim, que a discussão da matéria jurídica, à semelhança do que ocorre com a fática, seja ampla e abertamente discutida entre os sujeitos processuais, em uma relação (quase) paritária, antes da prolação da decisão<sup>260</sup>.

No ordenamento português, a proibição das decisões-surpresa foi originalmente introduzida pelo Dec.-lei nº 329-A/95, que em seu preâmbulo a qualifica como uma dimensão do contraditório. A versão, atualmente em vigor, do texto normativo responsável por sua previsão é, contudo, resultado da modificação operada pelo Dec.-lei nº 180/1996, que substituiu o termo "agindo com a diligência devida" - dirigida às partes com o intuito de evitar que viessem as mesmas a se beneficiar de sua própria negligência<sup>261</sup> - pela expressão "salvo caso de manifesta desnecessidade" - dirigida ao magistrado. Ficando o dispositivo contido no art. 3º, nº 3 - recepcionado integralmente pelo NCPC - com a seguinte redação<sup>262</sup>:

Artigo 3º - Necessidade do pedido e da contradição

(...)

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

(...)<sup>263</sup>

---

<sup>259</sup>RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa - contributo para a sua (re)compreensão no Direito Processual Civil Português*. 2011. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 24-26.

<sup>260</sup>Ibid., p. 26.

<sup>261</sup>NETO, Abílio. *Código de processo civil anotado*. 14. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 54.

<sup>262</sup>NETO, Op. Cit., p. 7-8.

<sup>263</sup>PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. 27. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 25.

Como já pontuado em tópico anterior, a primeira parte do dispositivo acima colacionado é inspirado no trecho inicial do art. 16º do *Code de Procédure Civile*, que impõe ao magistrado o dever de não só assegurar a observância do contraditório, mas também de observá-lo, ele mesmo. Registre-se, ainda, que o contraditório é visto pela doutrina francesa como um instrumento importante para a persecução de um dos seus motes principais, qual seja a manutenção do equilíbrio na relação entre partes e órgão jurisdicional. Por isso mesmo, aliás, os poderes de direção do magistrado deverão sempre estar amoldados de modo a permitir uma ampla discussão trilateral do objeto da causa<sup>264</sup>.

Inova o art. 3º, nº 3 do NCPC em relação ao dispositivo francês supramencionado, todavia, ao introduzir - através de um termo indeterminado, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo magistrado -, uma ressalva à obrigatoriedade do contraditório prévio das partes. Abre, com isso, espaço para questionamento acerca da amplitude de discricionariedade que seria dada ao magistrado para decidir as hipóteses em que estaria ele autorizado a dispensar o contraditório das partes.

Em coerência com a visão até aqui defendida - de que o processo contemporâneo visa alcançar um equilíbrio entre os poderes de gestão/direção atribuídos ao magistrado e as garantias processuais concedidas às partes -, tem-se que o preenchimento do significado atribuído ao termo "caso de manifesta desnecessidade" deve ser feito levando em consideração, de forma objetiva, as especificidades do caso concreto. Não se trata de ponderar em razão de sua própria conveniência quando seria necessário o prévio contraditório, mas de objetivamente constatar quando a sua dispensa não implicará em uma ofensa às garantias das partes, imprimindo celeridade ao procedimento.

Visa-se, com essa visão, impedir que o contraditório se torne um instrumento de retardamento da marcha processual regular, representando o seu exercício em um formalismo excessivo e pernicioso a uma breve solução do litígio. Em todo caso, há de se registrar, impenderá sobre o magistrado, como em toda e qualquer decisão judicial, a obrigação de fundamentar as razões que o levaram a considerar manifestamente dispensável o contraditório, de modo a permitir a verificação da legitimidade da mesma.

Ademais, segue o dispositivo em comento prescrevendo não ser lícito ao magistrado decidir sobre questões de fato ou de direito, ainda que de conhecimento

---

<sup>264</sup>RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa - contributo para a sua (re)compreensão no Direito Processual Civil Português*. 2011, p. 22-23.

oficioso, sem antes possibilitar que as partes sobre elas se manifestem. Cumpre, neste ponto, repisar que tal dispositivo diz respeito apenas às questões relevantes ao deslinde da causa porque tocam no mérito da mesma, ou seja, àquelas que servirão de base para a decisão final do litígio (sentença).

A proibição das decisões-surpresa no atual ordenamento jurídico brasileiro, consoante já destacado, surge da interpretação sistemática do direito constitucional ao devido processo legal, que se desdobra no direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (em suas conotações dinâmicas) e de normas infraconstitucional processuais, sendo uma construção da doutrina e da jurisprudência, não resultando de regra infraconstitucional específica e/ou expressa. Nesse sentido, interessante o julgado da segunda turma do STF, contido RMS 24.536/DF<sup>265</sup>, no qual o Relator Min. Gilmar Mendes, ao trabalhar o ponto referente à questão da decisão-surpresa - por ter ocorrido uma qualificação jurídica diversa da inicialmente apontada pela acusação, em razão da verdade apurada na instrução dos fatos suscitados em juízo -, apoia seus argumentos na garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, C.F), discorrendo acerca da conotação dada aos mesmos pela Constituição de 1988. Enfatiza, assim, que o direito de defesa não mais estaria limitado à mera manifestação das partes, uma vez que o que se pretende resguardar através do enunciado do referido dispositivo constitucional é o direito à pretensão jurisdicional. Esclarece, utilizando-se de analogia ao direito alemão, que essa garantia à pretensão jurisdicional efetiva, desde muito, consubstancia-se igualmente no direito de informação e no direito das partes verem seus argumentos considerados pelo julgador, insistindo, por fim, que seria deste último que surgiria para o magistrado a obrigação de fundamentação de suas decisões.

No que pese os pensamentos perfilados pela doutrina e jurisprudência continuarem a ser atuais e pertinentes, o Projeto, visando facilitar a aplicação do direito pelo seu operador, dedica um dispositivo legal para o tratamento da matéria ora sob análise, o art. 10 do Projeto. Consoante já destacado em momentos anteriores, tal será o responsável pela previsão expressa da proibição de decisões-surpresa no ordenamento processual civil brasileiro, interessante, contudo, se faz a sua interpretação de forma conjugada com o disposto nos arts. 7º e 8º do referido diploma, uma vez que são responsáveis pela prescrição de um dever de observância do contraditório efetivo pelo magistrado - devido

---

<sup>265</sup>Acórdão unânime. STF. SEGUNDA TURMA. Relator Min. GILMAR MENDES. DJ. 05.03.04.

ao longo de todo o procedimento - e pela previsão de uma postura ativa e cooperativa das partes para com o magistrado, respectivamente<sup>266</sup>.

A despeito das falhas, anteriormente sublinhadas - da ausência de uma expressa submissão do magistrado ao contraditório -, a imposição da trilateralidade da discussão pode ser retirada (justamente) da interpretação conjugada dos arts. 7º, 8º e 10 do Projeto. De resto, o referido art. 10 é bastante similar ao art. 3º, nº 3 (português) e ao art. 16 (francês), prescrevendo a impossibilidade da prolação de decisão, sobre questões relevantes, de fato ou de direito, ainda que de conhecimento oficioso, sem o prévio incentivo ao contraditório das partes para manifestação acerca das mesmas.

Ao menos *prima facie*, portanto, a proibição das decisões-surpresas é tratada, nos ordenamentos processuais contemporâneos, como dimensão do princípio do contraditório, sendo disciplinada legalmente dentro do dispositivo responsável pela previsão dessa garantia processual, ou sendo, ao menos, a ele remetido. O princípio do contraditório, como se sabe, possui, hoje, uma conotação mais ampla e dinâmica do que em outra ora, consubstanciando-se na ideia de que as partes devem não só ser escutadas em juízo, como ouvidas, ou seja, não basta que lhe seja oportunizada a possibilidade de manifestação, é preciso ser-lhes concedido o poder de exigir que os argumentos perfilados sejam considerados pelo magistrado no momento da prolação da decisão, de maneira a que possam influir em seu cognitivo, participando da formação do resultado da demanda, principalmente, diante da possibilidade de terem que se submeter ao seu substrato (a decisão).

Em paralelo, tem-se que o princípio da cooperação (novo vetor processual) visa tornar o processo uma comunidade de trabalho, ou seja, um ambiente leal e participativo, em que a importância do papel desempenhado por cada ator do processo é exaltada e não implica em protagonismos, contrariamente, entende-se resultar em um policentrismo processual, que vindica uma harmonia entre uma postura ativa das partes e o ativismo judicial. Em um processo cooperativo, portanto, todos os sujeitos atuam de maneira colaborante, ainda que cada um em sua esfera própria de atuação, para a consecução da finalidade principal do processo: a justa e breve solução do litígio.

Colaborar significa igualmente permitir o intercâmbio, entre os sujeitos do processo, de ideias e valores atinentes às questões relevantes para deslinde da causa. Por

---

<sup>266</sup>RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa - contributo para a sua (re)compreensão no Direito Processual Civil Português*. 2011, p. 32-33.

isso mesmo, defende-se que, por força da incidência do princípio da cooperação, reste outorgado ao magistrado um dever de consulta (como preferiu chamar a doutrina lusitana) ou de diálogo (consoante nomeado pela doutrina brasileira), que se consubstancia na obrigação de fazer cumprir, e observar (ele mesmo), o contraditório. Afinal, é o contraditório que permite a trilateralidade da discussão, possibilitando que os sujeitos, em uma postura cooperativa, atuem de modo a fazer surgir a realidade substancial dos fatos, bem como a alcançar a melhor qualificação jurídica - considerados os fatos provados e as peculiaridades do caso concretamente discutido em juízo. Seguindo esse pensamento, aliás, seria, até mesmo, possível argumentar que a nova conotação do contraditório seria consequência da influência do princípio da cooperação, para além dos demais princípios ínsitos ao modelo Democrático de Direito.

Fato é que, os princípios da cooperação e do contraditório se relacionam de forma interdependente. Enquanto o primeiro imprime nos sujeitos processuais um dever de cooperação para a descoberta da verdade substancial - o que, para as partes, consubstancia-se por uma tomada de postura processual leal e pelo dever de esclarecimento daquilo que não tenha ficado claramente exposto nos autos e, para o magistrado, implica no dever de transparência de suas razões, de auxiliar as partes na superação das barreiras procedimentais, de prevenir as mesmas quanto à existência de vícios, de ordem formal, a por em perigo de perecimento o mérito da causa, e, por fim, de incentivar as partes ao diálogo, constante e efetivo, sobre o material fático, probatório e jurídico (ou seja, objeto da causa). O segundo figura como instrumento processual garantidor deste diálogo, possibilitando a troca permanente de ideias, valores e pontos de vistas jurídicos capazes de influenciar o convencimento do magistrado. Pelo que, conclui-se que a concretização do dever de consulta - resultante do princípio da cooperação -, consiste em uma concretização (em simultâneo) do contraditório<sup>267</sup>, pelo que, por razões de lógica dedutiva, a violação de um (dever de consulta, e, por consequência, do princípio da cooperação) implicará na violação do outro (contraditório), posto que interconectados.

E, pensando nesses termos, a proibição das decisões-surpresa seria decorrência da preocupação do ordenamento jurídico (e, portanto, do legislador) em evitar, ou ao menos, desestimular a produção desse tipo de pronunciamento judicial, que desconsidera a importância dos valores imprimidos pelos princípios do contraditório e da cooperação - os

---

<sup>267</sup>DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. 2010, p. 18.

quais, em um modelo contemporâneo, não podem, nem devem, ser interpretados de forma dissociada um do outro. A vedação de decisões-surpresa visa, então, garantir que, às partes, seja dado o poder de participar e cooperar para formação da decisão, exercendo o seu poder de influência. Ao mesmo tempo, impõe ao magistrado, como gestor/diretor do processo, a incumbência de garantir essa participação e colaboração, estimulando o diálogo, ao qual igualmente ficará submetido, uma vez que necessário à concretização dos valores compreendidos nestes princípios corolários do devido processo legal.

#### 4.2 QUESTÕES DE DIREITO: QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS E O *IURA NOVIT CURIA*

A vedação a decisões-surpresa, como já exaustivamente ressaltado, diz respeito tanto às questões de fato quanto às de direito. É, contudo, acerca destas últimas que o debate doutrinário e jurisprudencial se torna mais interessante, uma vez que sobre elas recaem maiores controvérsias no que pertine ao tema central deste trabalho. Isso porque, como já pontuado, só mais recentemente é que passou a ser admitido às partes discutir as questões de direito junto ao órgão jurisdicional, uma vez que, como dito em momento anterior, durante muito tempo, a interpretação dos brocardos jurídicos *iura novit curia*, (a Corte saber do Direito) e *da mihi factum dabi tibi ius* (dai-me os fatos, que te darei o direito) levaram ao entendimento de que ao magistrado era dado saber do Direito, enquanto às partes era atribuída a exposição dos fatos da causa.

Por muito tempo, aliás, conforme já salientado, a formação do objeto fático da causa foi considerada como uma tarefa exclusiva das partes, restando a atuação destas, no processo, centrada no debate e na instrução dos fatos suscitados em juízo, sendo a apreciação das provas produzidas e qualificação jurídica dos mesmos uma incumbência outorgada ao magistrado, a ser exercida em momento imediatamente posterior a essa atividade desempenhada pelas partes. A verificação dos fundamentos das alegações das partes, aliás, era (e ainda é) feita em duas etapas: busca pelas normas, cujos efeitos jurídicos corresponda objetivamente ao pedido proferido pelo autor, e exame dos fatos alegados e provados nos autos, para verificação do preenchimento dos atributos prescritos

na previsão normativa escolhida. A qualificação jurídica, portanto, cabia (e ainda cabe) apenas ao magistrado, não podendo as partes impor quaisquer prescrições ao exercício deste direito<sup>268</sup>.

Essa distribuição estática dos trabalhos entre os sujeitos processuais, inclusive, levou os tribunais brasileiros a sedimentar o posicionamento de que, no processo, a parte seria chamada a se defender dos fatos suscitados (e provados) nos autos e não da qualificação jurídica originariamente atribuída aos mesmos.<sup>269</sup> Talvez em razão de tudo isso, a necessidade de observância da ampla defesa e do contraditório, no que pertine a discussão do material fático da demanda, não tenha sido objeto de grandes celeumas doutrinárias e/ou jurisprudenciais, restando as controvérsias mais focadas nos limites impostos aos poderes do magistrado no que pertine ao conhecimento oficioso dos fatos.

Hodiernamente, ainda que a ideia de exclusividade das partes na formação do material fático da causa seja vista como superada, sendo cada vez maiores os poderes de investigação outorgados ao magistrado, incidindo, até mesmo, sobre alguns espécies de fatos principais, é, ainda assim, inegável a importância da atuação daquelas para a busca da verdade substancial do caso *sub judice*. Uma vez que, como melhores conhecedoras do caso controvertido, estão as partes, no mais das vezes, em melhor condições de colaborar para a melhor elucidação dos fatos, principalmente, os constitutivos da causa de pedir - cujo ônus de alegação, em regra, lhes é especialmente atribuído. Por isso mesmo, ainda que as mudanças operadas na estruturação do processo tenham vindo a causar alterações na própria divisão do trabalho entre os sujeitos do processo e, por consequência, na dinâmica dessa relação, ambos brocardos jurídicos quanto posicionamento perfilado pelos tribunais brasileiros, supramencionados, apesar de permanecerem válidos, demandam uma interpretação mais atualizada à visão processual contemporânea.

Assim, ainda que o magistrado não se encontre adstrito aos argumentos jurídicos perfilados pelas partes, tendo liberdade para atribuir, aos fatos da causa, a qualificação jurídica que lhe pareça mais adequada a uma solução substancialmente justa, tem-se que tal prerrogativa não lhe desobriga, contudo, de observar a ampla defesa e o contraditório das partes. Isso porque, não estão as partes proibidas de omitir sua interpretação acerca do direito, muito pelo contrário, devem sempre poder apresentar a sua opinião, até mesmo porque, a discussão jurídica da causa pelos sujeitos do processo só pode ser útil. Às partes,

---

<sup>268</sup>JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 2002, p. 134.

<sup>269</sup>Acórdão unânime. STF. SEGUNDA TURMA. Relator Min. GILMAR MENDES. DJ. 05.03.04, p. 5-6.

porque tomam conhecimento do parecer judicial, não sendo obrigadas a argumentar sobre algo desconhecido, e, ao magistrado, porque pode obter sugestões e submeter a sua própria opinião a uma análise crítica, tornando-a mais compreensível àqueles que deverão a ela ficar submetidos<sup>270</sup>.

Por isso, à semelhança do que acontece com as questões fáticas, está o órgão jurisdicional obrigado a dar, às partes, o conhecimento acerca da direção que pode tomar a causa em razão do dimensionamento jurídico que pretende imprimir aos fatos, dando a elas melhores condições de defender os seus interesses em jogo. Da mesma forma, resta ainda obrigado a possibilitar, às partes, a oportunidade de apresentar os seus pontos de vistas, uma vez que a nova conotação do contraditório encerra às partes o poder de influenciar o cognitivo judicial, o que engloba também as questões de direito. Ainda que não reste vinculado aos argumentos jurídicos perfilados pelas partes, tem-se por obrigado a considerá-los de forma atenta e detida, para só então prolatar sua decisão devidamente fundamentada - de maneira a possibilitar a verificação da observância do contraditório efetivo das partes.

Entende-se, portanto, que apesar da suposição de amplo conhecimento, por parte do magistrado, no que pertine ao Direito (como um todo), e de lhe ser permitida, em razão disso, uma grande dose de liberdade quanto à qualificação jurídica dos fatos, tal não faz presumir (não mais) ser ele incapaz de cometer falhas. Ante a vastidão do universo do Direito - que ademais, já se sabe não ser capaz de prever todas as possibilidades fáticas da vida - e das inúmeras possibilidades de interpretação e aplicação da norma considerando os fatos *in concreto*, há de se admitir que o magistrado, como ser humano, pode não ter se dado conta de um determinado ponto de vista aplicável ao caso ou da existência de uma interpretação jurídica mais benéfica, pelo que deve ser permitido, às partes, cooperar para a busca da verdade não só através da exposição dos fatos, como também por intermédio da argumentação jurídica acerca dos mesmos. Até mesmo porque, fato e direito estão umbilicalmente conectados, interpelando-se reciprocamente, no processo, de modo que a sua separação nada mais é do que uma artificialidade.

Assim, o axioma jurídico *iura novit curia*, que, em sua origem, era responsável por transpassar a ideia de que, ao magistrado, seria imposto o dever de conhecer do direito aplicável ou, caso contrário, investigá-lo de ofício. Quer, hoje, em essência, transmitir uma

---

<sup>270</sup> JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 2002, p. 135.

ideia de maior independência/liberdade do magistrado quanto às conclusões jurídicas que possa vir a extrair dos fatos carreados aos autos - as quais, inclusive, poderão resultar em uma visão completamente nova e distinta daquelas ventiladas pelas partes.<sup>271</sup> Trata-se de uma visão mais relativizada, mas que não tem o condão de transferir o ônus de capitulação legal dos fatos ou interpretação jurídica da norma aplicável às partes, apenas permite possam vir estas a cooperar com órgão jurisdicional na busca pela solução mais adequada.

O que se pretende, na verdade, é amoldar tal axioma à nova estruturação do processo civil contemporâneo. E assim, pontuar que, ainda que cumpra ao magistrado o dever de dizer o Direito aplicável ao caso concreto - afinal, a ele compete o exercício do *iuris dictio* (de jurisdição), tendo sempre a palavra final -, deverá ele se mostrar sempre aberto às contribuições que possam advir das atividades desempenhadas pelas partes. Até mesmo porque, em um processo cooperativo, todos os sujeitos processuais, cada um no exercício de suas próprias prerrogativas e funções, têm o dever de contribuir para o aparecimento da verdade substancial, essencial a uma justa composição do litígio.

E, nesses termos, em respeito às novas vertentes processuais, tem-se que o dever de consulta ou diálogo, imposto ao magistrado, deva ser exigido não só quanto aos fatos da causa, como igualmente, quanto às questões de direito (que, quase sempre, são, na verdade, questões mistas de fato e de direito), de modo a permitir a participação das partes no desenvolvimento de todos os pontos da demanda, colaborando para a formação do resultados substancialmente justo do litígio. Por isso mesmo, ainda que, ao final, tenha o magistrado o poder de prolatar a decisão que fará coisa julgada entre as partes, não estando ele, no exercício de tal prerrogativa, adstrito às razões jurídicas ventiladas por aquelas, não restará mais autorizado a olvidar da cooperação das partes, inclusive, quanto ao material jurídico em jogo.

Adotando essa nova visão do brocardo jurídico *iura novit curia*, atualiza-se a interpretação impressa ao posicionamento jurisprudencial brasileiro - de que ao réu é dado defender-se dos fatos articulados na exordial e provados nos autos, e não da capitulação legal que lhe tenha sido inicialmente atribuído pela parte autora -, para enfatizar que, ainda assim, não resta o magistrado desobrigado ao incentivo do contraditório das partes. Posto que a liberdade do magistrado na qualificação dos fatos da causa, não pode resultar na

---

<sup>271</sup>PARCHEN, Laura Fernandes. *Impacto do princípio da cooperação no juiz*. In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=154>>. Acesso em 19 jul. 2012, p. 8.

ausência do dever de informar às partes acerca de suas intenções ou de oportunizá-las o exercício de seu poder de influência também quanto às questões de direito.

Isso porque, ainda que devam as questões de direito estar relacionadas aos fatos da causa, e apenas estes exijam prova, bem como considerando que seja o magistrado o responsável por estipular a norma aplicável e determinar a interpretação correta a ser atribuída à mesma ante o caso concreto, em nome do respeito ao princípio do devido processo legal e seus corolários, é pertinente a consideração das contribuições jurídicas que possam ser ofertadas pelas partes. Assim, após apreciados os fatos constante dos autos - tenham sido eles carreados pelas partes, oficiosamente trazidos a juízo ou, ainda, resultantes da instrução da causa -, restará o magistrado, caso pretenda considerar questão inédita como fundamento de sua decisão, antes de proferi-la, obrigado a provocar o contraditório das partes, possibilitando o debate, que propiciará o conhecimento dos contornos da lide e o intercâmbio de visões acerca dos mesmos.

Em suma, pode-se dizer, portanto, que, sob a nova ótica processual, tanto as questão de fato quanto as de direito merecem ser objeto de efetivo contraditório das partes. O que faz pender, sobre o magistrado, o dever de estimular o diálogo entre os demais sujeitos do processo, de modo a permitir uma ampla discussão sobre todos os elementos relevantes à causa. Pois, somente através de uma minuciosa exposição e discussão acerca da matéria fática e jurídica da demanda, será possível esclarecer as especificidades do caso concreto e vislumbrar as possibilidades interpretativas das normas aplicáveis ao mesmo. Tudo com vistas a que, despido de dúvidas e ciente de que possui todos os elementos necessário para alcançar a justiça substancialmente adequada ao caso concreto, possa vir o magistrado a exercer plenamente o seu poder (assimétrico) de jurisdição, prolatando a sua decisão em respeito das garantias processuais das partes.

#### 4.3 TEORIA DO FATO JURÍDICO: (IN)EXISTÊNCIA, (IN)VALIDADE E (IN)EFICÁCIA DO ATO PROCESSUAL

Uma vez demonstrado o tratamento legal e doutrinário empregado às decisões-surpresas (e sua proibição), e de apontada a sua conexão com os princípios corolários do devido processo equitativo, em especial, o do contraditório e da cooperação, cumpre elencar os remédios processuais previstos para o seu combate. Para isso, contudo, é preciso antes assinalar a natureza jurídica das decisões prolatadas em surpresa das partes, uma vez que, atos inexistentes, inválidos e/ou ineficazes são impugnados por instrumentos processuais diversos.

Nesse sentido, torna-se bastante útil a Teoria do Fato Jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda<sup>272</sup>, que, ao dividir o mundo jurídico em três planos distintos e sucessivamente dependentes - quais sejam, o da existência, o da validade e o da eficácia -, permitiu fossem vislumbradas com maior clareza as fronteiras entre essas três facetas do (f)ato jurídico, facilitando a classificação de sua natureza. Deste modo, tendo em mente que “a inexistência é o *não ser*, que, portanto, não pode ser qualificado”,<sup>273</sup> impende por oportuno começar por analisar o plano da existência, afinal de contas, se o fato não existir no mundo jurídico, não haverá o que se cogitar da sua validade ou de sua eficácia.

Assim sendo, podemos dizer que o fato ingressa no mundo jurídico, através da incidência da norma jurídica jurisdicizante, quando da concreção do seu suporte fático - ou seja, do enunciado lógico da norma, em que resta representada a hipótese fática condicionante de sua incidência<sup>274</sup>. Ressalte-se também, que, no plano do ser, todas as espécies de fatos jurídicos (*lato sensu*) entram no mundo jurígeno, sejam eles lícitos ou ilícitos, porque, conforme acima pontuado, não se cogita neste plano sobre a validade ou eficácia do fato jurídico, apenas se procura observar se houve suficiência do suporte fático para incidência da norma e, conseqüente, surgimento do fato para o mundo jurídico<sup>275</sup>.

É preciso explicitar que o suporte fático da norma é formado por elementos nucleares - quais sejam, o cerne (também chamado de núcleo) e os seus completantes -, assim como por elementos integrativos e complementares (que, ao contrário dos completantes, não integram o núcleo, apenas o complementam). Mas, apenas os elementos nucleares dizem respeito ao plano da existência, uma vez que a sua ausência implicará na

---

<sup>272</sup>Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. São Paulo: Bookseller. 2000, v.1, v.2 e v.3.

<sup>273</sup>STOLZE, Pablo Gagliano; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 12. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 367.

<sup>274</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

<sup>275</sup>MELLO, Op. Cit., 2010, p. 102.

inexistência do fato jurídico, e, portanto, é o único elemento que estará sempre presente em todos os fatos jurídicos. Os elementos complementares, por sua vez, além de estarem presentes apenas nos atos jurídicos (em especial nos negócios jurídicos), constituem-se como pressupostos de validade e/ou de eficácia jurídica. Exemplificando, os negócios jurídicos têm como elemento nuclear a manifestação da vontade consciente dos contratantes, e, no caso específico do contrato de mútuo (art. 586 e ss. do CC/BR), o seu elemento completante seria a entrega de coisa fungível (dinheiro), pelo que, ausente este último, estar-se-á diante de uma mera promessa de mútuo (outra espécie de negócio jurídico) que, se não cumprida, gerará efeitos jurídicos, tal como o direito ao ressarcimento pelas perdas e danos<sup>276</sup>.

Entender como surge um (f)ato jurídico é importante porque um (f)ato inexistente não é passível de sofrer invalidação ou decretação de sua ineficácia, e não precisa ser retirado do mundo jurídico, justamente porque nele nunca existiu. O que pode ocorrer é apenas ser assim declarado judicialmente, para deixar claro, caso haja dúvidas, a circunstância de não ser válido ou produzir efeitos jurídicos, simplesmente porque não é. O casamento realizado perante autoridade incompetente, por exemplo, não é passível de ser anulado ou tornado ineficaz, simplesmente porque ele não existiu no mundo jurídico, uma vez que não houve a concretização suficiente do seu suporte fático a possibilitar a incidência da norma jurídica. Autoridade competente é elemento completante do núcleo, que como elemento nuclear, precisa se materializar em sua integralidade. Desta forma, como não existiu, “não se há de discutir, se é nulo ou ineficaz, nem precisa ser desconstituído judicialmente, [...] porque a inexistência é o *não ser* que, portanto, não pode ser qualificado”. A desconstituição do fato jurídico só é possível, quando ele tiver, desta forma, existido no mundo jurídico<sup>277</sup>.

No âmbito do Direito Processual Civil, a Teoria do Fato Jurídico é transportada, com as devidas adaptações, podendo se dizer ter ocorrido o surgimento do fato jurídico processual de forma semelhante ao que ocorre com os substanciais. Assim, pela incidência da norma processual jurisdicizante (de caráter instrumental) sobre o suporte fático suficiente, nasce o fato processual no mundo jurídico. Interessante ainda pontuar que, segundo a Teoria dos Atos Inexistentes, a inexistência do ato jurídico (ou o não-ato) pode se dar por três razões: porque produzido sem agente (e não há ato sem sujeito), e/ou sem

---

<sup>276</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 2010, p. 55-58.

<sup>277</sup>Ibid., p. 102-103.

objeto e/ou, ainda, porque sem forma, processualmente reconhecíveis.<sup>278</sup> Lembrando que ato processual é o fato produzido no processo em razão da vontade humana, a ação do homem no processo, enquanto fato processual, é um acontecimento natural e independente do volitivo subjetivo no processo.

O ato inexistente, assim como o ato absolutamente nulo, não produz efeitos jurídicos, mas dele se difere porque o ato, para ser nulo, precisa ter existência no mundo jurídico. O ato nulo, ao contrário do inexistente, teve seus elementos constitutivos (substanciais e formais) devidamente preenchidos, contudo, em razão de defeitos ocorridos nesses elementos constitutivos ou em outros elementos acidentais, veio a se tornar incapaz de produzir os efeitos desejados (esperados), por isso ineficaz. O ato inexistente, por outro lado, nunca entrou no mundo jurídico, porque não houve o preenchimento suficiente de seus elementos constitutivos, e, por não existirem, não se poderia cogitar a produção de efeitos no mundo jurídico, posto que não se pode extrair efeitos do *nada* (daquilo que não é). Por isso mesmo, apesar da semelhança de seus efeitos (ou melhor, da ausência destes), não podem ser confundidos, posto que um nunca entrou no mundo jurídico e o outro nele adentrou, mas não conseguiu atingir sua finalidade<sup>279</sup>.

O problema da validade situa-se no plano da Axiologia Jurídica e não só no da Dogmática, de modo que não é apenas o que a norma positivada impõe, mas também uma questão deontológica, bem como de uma lógica decorrente do próprio caráter sistemático do direito. Por isso, diversamente do que ocorre no plano da existência – que é um plano do ser, da causalidade física -, o plano da validade refere-se a um dever-ser, não estando, portanto, preso a regras naturais, apenas jurídicas. Desta feita, diferentemente do que ocorre com os fatos naturais, os fatos juridicizados, uma vez que adentram o mundo jurídico, recebem a atribuição de validade, que se perfaz pelo preenchimento de determinados requisitos prescritos pelo modelo jurídico.

Ou seja, somente após ter o fato entrado no mundo jurídico é que se poderá analisá-lo quanto a sua validade, e apenas aquele fato que tenha como elemento nuclear de seu suporte fático a vontade humana. Em outras palavras, apenas os atos jurídicos irão passar pelo plano jurídico da validade. Isso porque o homem não tem controle sobre os fatos que não derivam de sua conduta, sendo contrário à própria natureza e ilógico pretender anular

---

<sup>278</sup>PASSOS, J.J Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 103.

<sup>279</sup>Ibid., p. 96-97.

um evento ocorrido no mundo<sup>280</sup>, pode-se, contudo, controlar os atos que levaram ao acontecimento do fato.

A *contrario sensu*, se os requisitos prescritos por lei para determinado ato não forem devidamente preenchidos, o direito irá negar-lhe a validade, o que implica em torná-lo inútil para os fins a que se dispunha. A sanção de invalidação é uma forma de preservação do ordenamento jurídico, que é contrário a qualquer fato em desacordo com ele.<sup>281</sup> Trata-se de uma triagem do ordenamento para separar, entre os atos existentes, aquele que seja perfeito (sem qualquer vício) e aquele que esteja eivado por defeito invalidante.<sup>282</sup>

Observe-se que os elementos: sujeito, objeto e forma podem atuar tanto como nucleares - dizendo respeito ao plano da existência - quanto como complementares - relacionando-se com o plano da validade. São exemplos de elementos complementares (e, por isso, ligados à validade do ato) a capacidade de agir e a legitimidade (quanto ao sujeito), e a determinabilidade, a possibilidade jurídica e a licitude (quanto ao objeto).<sup>283</sup> No que pertine à forma, quando for prescrita por lei, a sua inobservância implicará em defeito de validade;<sup>284</sup> quando a lei prescrever forma específica para a produção do ato, a sua inobservância implicará em defeito passível de invalidação.

O problema da invalidade do ato está relacionado, como dito, à deficiência do suporte fático suficientemente formado. Essa deficiência pode ocorrer em razão da falta ou da imperfeição de algum elemento complementar. A deficiência de algum elemento complementar do suporte fático, todavia, não impede a incidência da norma, da qual surge o fato jurídico, mas repercute sobre a sua sorte nos planos da validade e eficácia<sup>285</sup>.

A invalidade comporta níveis, podendo se falar, nesse sentido, de atos nulos e anuláveis. Tal diferenciação é, todavia, meramente doutrinária, uma vez que, ao final, quem irá dizer a gravidade do defeito de validade contido no ato é a norma positivada.<sup>286</sup> Ressalte-se que o que faz com que a definição das regras sobre a validade dos atos jurídicos e, por decorrência, sobre as invalidades varie de legislação para legislação, no

---

<sup>280</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 2010, p. 103.

<sup>281</sup>Id., 2009, p. 6-7.

<sup>282</sup>Id., 2010, p. 103.

<sup>283</sup>Id., 2010, p. 58.

<sup>284</sup>STOLZE, Pablo Gagliano; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 2010, p. 371.

<sup>285</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 2010, p. 94-96.

<sup>286</sup>DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 249.

tempo e no espaço é o fato de que, embora resultem de uma atividade axiológica, valorativa, tem cunho, predominantemente, dogmático<sup>287</sup>.

A destruição do ato jurídico (invalidação, nulificação), em razão de defeito causado pela deficiência no preenchimento do suporte fático suficiente, será sempre promovida através de uma decisão constitutiva negativa (ou seja, desconstitutiva). A falta de validade do ato, saliente-se, é um defeito congênito, ocorre desde o momento da sua formação, podendo estar no próprio ato (ex. cláusula abusiva) ou ser anterior a ele (ex. coação, dolo ou erro), mas jamais será posterior ao mesmo. Um ato perfeito não se torna inválido, o que acontece é que o ato inválido produz efeitos regulares até o momento da decretação de sua invalidade<sup>288</sup>.

Por ter natureza jurídica de sanção, diz-se que a nulificação do ato é decretável e não declarável. Aliás, cumpre também ressaltar que a invalidação (sanção) não se confunde com o defeito que lhe dá causa. Por isso, por exemplo, ao se dizer que um ato praticado sob coação é nulo, tem-se que a coação é o defeito e decretação de invalidade (nulidade) é a sua sanção. Embora todo ato deficientemente formado seja defeituoso, nem todo ato defeituoso será inválido, posto que a invalidade só ocorre com o reconhecimento do defeito pelo órgão jurisdicional e respectiva decretação da sanção (destruição do ato)<sup>289</sup>.

O sistema das invalidades é diferente no direito processual civil e no direito material civil, apesar de serem aplicáveis ao primeiro todas as noções da teoria geral do direito quanto ao plano da validade dos atos jurídicos. Isso porque o sistema processual civil brasileiro (a semelhança do português) é construído de modo a que não haja invalidades, sendo esta considerada uma sanção de *ultima ratio*, aplicada apenas quando não seja possível o aproveitamento do ato processual defeituoso. Princípios como o da conservação dos atos jurídicos, o da fungibilidade das formas (adequação formal), economia processual, convalidabilidade e sanabilidade dos atos processual (aproveitamento dos atos), são exemplos de princípios cada vez mais em voga no direito processual brasileiro, e demonstram essa tendência legislativa<sup>290</sup>.

Por isso, entende-se que “o ato imperfeito é ato válido e produtor de efeitos até que sobrevenha o pronunciamento judicial que lhe corte tal validade, decretando-o nulo, com o

---

<sup>287</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 2009, p. 7.

<sup>288</sup>DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 2008, p. 248-249.

<sup>289</sup>DIDIER JR, Op. Cit., p. 249-250.

<sup>290</sup>DIDIER JR, Op. Cit., p. 250.

que cessa também (ao menos parte de) sua eficácia.” Não se pode, portanto, dizer que haja uma correspondência necessária entre imperfeição e nulidade, sendo esta uma imperfeição qualificada (pelo pronunciamento judicial).<sup>291</sup> É, nesse sentido, desnecessária uma classificação das invalidades processuais, visto que toda ela precisa ser judicialmente decretada e suas hipóteses são impostas pelo sistema jurídico positivado. Como dito, a invalidade é sempre uma sanção, sendo, inclusive, indiferente o fato de ter sido aplicada *ex officio* ou por provocação<sup>292</sup>.

Há, contudo, de se atentar para o fato de que tipos de defeitos diferentes vão levar a regimes de invalidação distintos. Os defeitos considerados como meras irregularidades não geram qualquer invalidade (ex: uma decisão interlocutória que foi equivocadamente certificada e juntada aos autos pelo escrivão como uma sentença); já os defeitos situados na forma do ato - a qual foi assim prescrita com o intuito de resguardar interesses particulares - impõem que apenas a parte prejudicada ou um terceiro interessado (em raras situações) possa vir a requerer a decretação da sua nulidade - exigindo-se, contudo, que tal pedido deva ser feito no primeiro momento em que tenham tido a oportunidade de falar aos autos, sob pena de preclusão -; outros defeitos, geralmente relacionados ao procedimento, porque de interesse público, podem ter sua invalidade decretada, a qualquer tempo, de ofício pelo magistrado; e, por fim, há também defeitos cuja invalidade pode tornar-se decretável *ex officio* em razão do prejudicado/interessado não a tenha alegado no momento adequado (em sua primeira oportunidade de falar aos autos)<sup>293</sup>. Saliente, novamente, todavia, que se trata de um regime ditado pela norma positivada.

A decretação de invalidade, como pode se observar, deve ser uma última escolha do órgão jurisdicional, a ser evitada sempre que seja possível o aproveitamento do ato. Assim, tendo o ato jurídico atingido sua finalidade no processo, ainda que por outro meio, deve ser considerado válido (seja porque seu defeito fora convalidado, sanado ou, de tão insignificante, desconsiderado). É nesse sentido o art. 244 do CPC atualmente em vigor no Brasil (responsável pela positivação do princípio da instrumentalidade das formas), o qual dispõe que: “quando a lei prescreve determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz

---

<sup>291</sup>PASSOS, J.J Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*.2002, p. 129.

<sup>292</sup>DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil:teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 2008, p. 251.

<sup>293</sup>DIDIER JR, Op. Cit., p. 251-252.

considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”<sup>294</sup> Em sentido semelhante (e ainda mais flexível) é o art. 252 do Projeto de NCPC brasileiro, que, por sua vez, determina: "quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".<sup>295</sup> Retirar-se-á, portanto, a ressalva dos casos em que seja imposta a sanção de nulidade - o que abre espaço, talvez, para se argumentar que, ainda quando a lei preveja a sanção de nulidade para o caso de inobservância de seus requisitos, diante do caso concreto, possa se declarar válido o ato que alcance, de outro modo, a finalidade que lhe fora legalmente outorgada.

No que pertine a previsão legal, oportuno ainda pontuar os arts. 248, segunda parte; 249, §1º; e 250, caput e parágrafo único, do CPC em vigor no Brasil, uma vez que prescrevem, respectivamente, que a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as demais partes que dela não sejam dependentes; tampouco devem ser os atos defeituosos repetidos ou supridos quando não acarretem prejuízos à parte; sendo a decretação de nulidade restrita aos atos defeituosos que não comportem ser aproveitados; podendo ser aproveitados todos os atos cujo defeito não cause prejuízo à defesa. Sublinhe-se, também, que tais artigos foram recepcionados pelo Projeto de NCPC (com pequenas alterações não substanciais), correspondendo, respectivamente, aos seguintes artigos: 256, segunda parte; 257, §1º; 258, caput e parágrafo único.

Em termos mais simples, e até mesmo mais genéricos, o ordenamento processual lusitano estipula, no art. 131, nº 1 de seu NCPC que "os atos processuais têm a forma que, nos termos mais simples, melhor corresponda ao fim que visam atingir"<sup>296</sup>. A regra, portanto, é a liberdade da forma dos atos processuais, os quais devem ser praticados da forma mais simples para a persecução de seu fim. Interessante ainda é a imposição ao magistrado (gestor do processo equitativo), um dever de adequação formal, o qual, nos termos do art. 547 do referido NCPC, obriga-o a adaptar tanto a forma quanto o conteúdo dos atos processuais sempre que se mostre necessário para garantia de que venham estes a atingir o fim pretendido pelo legislador.

Sendo prescrita uma forma ou um meio processual específico, impende apontar o art. 193 do NCPC, o qual prevê que o erro na forma somente importará na anulação dos

---

<sup>294</sup>BRASIL. Código de processo civil. In: FILHO, Nylson Paim de Abreu (Org.). *Codex: o mini vade mecum*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 395.

<sup>295</sup>BRASIL. Projeto de Lei nº. 8046/10, p. 43.

<sup>296</sup>PORTUGAL. Código de Processo Civil. 2013, p. 131.

atos que não possam ser aproveitados, pelo que, se não for possível praticar o ato da forma prescrita em lei, deve-se fazê-lo da forma mais aproximada possível (nº 1). Alerta, todavia, o nº 2 do referido artigo, que não devem ser aproveitados os atos cuja prática tenha resultado em fato responsável pela diminuição de garantias do réu (e talvez, deva se ler aqui, da parte, qualquer delas). E, novamente, em razão da função gestora do magistrado e do dever de adequação que ao mesmo se impõe, o nº 3 do art. 193, NCPC estabelece ainda que o erro na qualificação do meio processual utilizado deverá ser corrigido pelo magistrado de forma oficiosa, a quem cabe estabelecer os termos adequados para tanto.

Como se pode observar, em ambos os ordenamentos, parte-se do entendimento de que nem todo ato imperfeito é ineficaz, e tendo o ato, ainda que imperfeito, cumprido a sua função, ou seja, produzindo os efeitos que lhe eram próprios, foi apto, não devendo ser invalidado.<sup>297</sup> Não há, portanto, o que se falar em invalidação do ato sem que o seu defeito tenha causado prejuízo processual, o qual só se observará caso o ato não tenha sido capaz de alcançar a sua finalidade, ainda que se esteja diante de um defeito a suscitar uma nulidade absoluta (culminada por lei).<sup>298</sup> Mesmo quando expressamente culminada a sanção de nulidade, esta só deverá ser pronunciada caso reste demonstrado o prejuízo, pois sendo o ato imperfeito eficaz - porque conseguiu atingir, ainda que de outra forma, os fins pretendidos -, não haverá o que se falar em nulidade,<sup>299</sup>.

No que diz respeito à eficácia do ato, há de se anotar, que, consoante lembra Teresa Arruda Alvim Wambier, existe grande celeuma doutrinária acerca da conotação a ser empregada a esse termo. Discute-se, por exemplo, se o mesmo se refere à efetiva produção de efeitos pelo ato ou se à mera aptidão para produzi-los. A referida autora prefere denominar eficácia como a efetiva produção de efeitos típicos pelo ato, ou seja, de efeitos queridos pelo agente (no caso dos atos) ou pelo legislador (se se tratar de uma norma).<sup>300</sup> Há, contudo, aqueles que, a exemplo de Bernardes de Melo<sup>301</sup>, preferem assinalar sentidos sociológico (produção efetiva de efeitos) ou jurídico (possibilidade de produção de efeitos) ao referido termo.

---

<sup>297</sup>PASSOS, J.J Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. 2002, p. 130.

<sup>298</sup>DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 2008, p. 253.

<sup>299</sup>PASSOS, Op. Cit., p. 131.

<sup>300</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 62-63.

<sup>301</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 2009, p. 13-14.

Importante, é repisar que inexistência, invalidade e ineficácia são facetas distintas do (f)ato jurídico, por isso mesmo, ainda que os dois último apresentem conceitos estreitamente vinculados, tais não se sobrepõem e nem se confundem<sup>302</sup>. O plano da eficácia, ensina Bernardes de Mello, é aquele onde os efeitos do fato jurídico são produzidos e, assim como o da validade, pressupõe a passagem pelo plano da existência, contudo, prescinde da passagem pelo plano da validade.<sup>303</sup> Em geral, os atos jurídicos precisam ser válidos para serem eficazes; tal circunstância, porém, não lhes é essencial. O ato jurídico inválido, quando anulável, produz todos os efeitos até que sejam (ato e efeitos) desconstituídos por sentença judicial. Além disso, há também casos em que, mesmo nulos, os atos possuem eficácia (ex.: casamento putativo), assim como também há situações em que o ato válido, ao menos temporariamente, é ineficaz quanto a seus efeitos específicos, como quando, por exemplo, sobre ele penda uma condição suspensiva (elemento integrativo do ato)<sup>304</sup>.

Em suma, a existência do fato jurídico será sempre pressuposto para a análise do fato sobre os demais planos do mundo jurídico (validade e eficácia), e a decretação de invalidade terá, via de regra, a consequente ineficácia do ato jurídico. Entretanto, não é só a invalidade a causa de ineficácia do (f)ato (incapacidade de produção de efeitos típicos), esta pode advir da sua própria natureza (como no caso de ato sob condição suspensiva). Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, os atos viciados são normalmente privados de seus efeitos próprios, o que não implica, contudo, que não possam produzir efeitos atípicos ou indiretos. Sendo este, aliás, um indício de que o ato com defeitos no plano da validade não será, necessariamente, um ato ineficaz. A nulidade “é o estado em que se encontra um ato que o torna passível de deixar de produzir efeitos próprios e, em alguns casos, destroem-se os já produzidos”<sup>305</sup>, enquanto, ineficácia é a efetiva incapacidade para a produção de efeitos típicos (ou ausência de potencialidade para produzi-los).

---

<sup>302</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 1998, p. 110.

<sup>303</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 2010, p. 104-105.

<sup>304</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 2009, p. 13.

<sup>305</sup>WAMBIER, Op. Cit., p. 112.

#### 4.4 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES-SURPRESA: INEXISTENTES, INVÁLIDAS OU INEFICAZES

Definidos os planos do mundo jurídico pelo qual o fato precisa passar para que seja considerado existente, válido e eficaz para o Direito, bem como pontuadas as consequências jurídicas da insuficiência e/ou deficiência no preenchimento do suporte fático e dos requisitos legais da norma, parte-se, agora, para a qualificação da decisão-surpresa, enquanto ato judicial, dentro da Teoria dos Fatos Jurídicos, de modo a identificar em quais planos do mundo jurígeno a mesma se encaixa. Oportuno, então, começar por definir o que são decisões judiciais e como são consideradas existentes nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, para só então particularizar a questão das decisões prolatadas em surpresa das partes.

Sendo assim, tem-se que, os atos praticados pelo órgão jurisdicional, segundo os arts. 162 e 163 do CPC brasileiro ainda em vigor, podem consistir em sentenças, decisões interlocutórias, despachos e acórdãos. A sentença é o ato praticado pelo órgão jurisdicional singular (juiz) que implicará em alguma(s) das situações previstas no art. 267 ou 269 (§1º); por sua vez, o acórdão é o ato judicial praticado nas mesmas circunstâncias, porém por órgão jurisdicional colegiado (art. 163); já a decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz resolve questões incidentais (§2º); sendo considerados despachos todos os demais atos praticados pelo juiz, no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabeleça outra forma.

O diploma processual português, de forma semelhante, em seu art. 152º, estabelece que, o juiz, no exercício de seu dever de administração da justiça, proferirá despachos ou sentenças sobre as matérias pendentes ou em razão do cumprimento de decisões proferidas por tribunais superiores (nº 1). Sob a alcunha de sentença, o legislador lusitano, consignou o ato judicial que decide a causa principal ou questão incidental (nº 2), sendo igualmente denominado como acórdão o ato judicial (decisões) proferidos por tribunais colegiais (nº 3). Por fim, há ainda a previsão dos despachos de mero expedientes, cuja função é dar seguimento regular ao processo (nº 4).

Observa-se, portanto, que as decisões são atos praticados pelo órgão jurisdicional (singular ou colegiado) que consistem em julgamento da causa principal ou de questões

incidentais no processo. Por isso, incidindo de forma suficiente o suporte fático contido no número 1, 2 ou 3 do art. 152º, do NCPC português, estar-se-á diante de um ato judicial (decisão) existente.

No caso do ordenamento processual brasileiro, a existência das decisões interlocutórias e dos acórdãos é também relativamente simples de ser verificada, resultando da suficiência do suporte fático contido nos arts. 162, §2º e 163, respectivamente, quando da sua incidência. É, contudo, um pouco mais complexa a constatação da existência de uma sentença, uma vez que o seu suporte fático resulta da conjugação de alguns dispositivos legais, quais sejam, do art. 162, caput, que o fixa como fato processual dependente da vontade do magistrado, ou seja, como um ato judicial; e pelo art. 162, §1º, que ao defini-la, faz remessa a outros dois dispositivos legais, os arts. 267 e 269, responsáveis por elencar as situações em que a causa principal será julgada, seja sem ou com resolução do seu mérito, respectivamente.

Tanto as sentenças quanto os acórdãos (e decisões interlocutórias, no caso do direito brasileiro) podem ser configuradas como decisões-surpresa. Afinal, o fato desta ter sido produzida em desrespeito a uma garantia processual das partes (contraditório), não lhe afasta a natureza jurídica de ato proferido, no processo, por órgão jurisdicional (singular ou colegiado), cujo objeto é o julgamento de causa principal ou incidental, versada no mesmo, ou seja, não deixa de ser uma decisão. Estabelecido, desta forma, que as decisões-surpresas são atos processuais existentes, passa-se a analisar a sua validade jurídica.

Como dito, a validade do ato processual (e, repise-se, somente os atos, porque submetidos à vontade do homem, estão sujeitos à análise quanto a sua validade) está relacionada à eficiência no preenchimento do suporte fático do ato. Ou seja, o ato inválido (nulo ou anulável) é aquele que, apesar de existente, apresenta defeito(s) no preenchimento de determinados requisitos prescritos por lei (elementos complementares ao suporte fático), que servem a torná-lo útil ao fim que almeja alcançar.

Nesse sentido, no tocante às decisões judiciais, há de se observar que, para além da necessidade de observância de requisitos positivos, quanto à forma - como os contidos no art. 153º e 154º do NCPC português e arts. 164 e 165 c/c art. 458 do CPC brasileiro vigente (respectivos, art. 11 c/c art. 476 do Projeto) -; quanto ao sujeito - a exemplo do art. 122 do CPC atual brasileiro (respectivo, art. 910 do Projeto) -; e quanto ao objeto- pontue-se o art. 459, segunda parte, do CPC em vigor (respectivamente, o art. 477 do Projeto, com

alterações substanciais), é preciso atentar, que para a sua validade, há também a necessidade de serem observados requisitos negativos. Isso porque o ordenamento jurídico processual, tanto português quanto brasileiro, para além de estabelecer como o ato deve ser, para apresentar-se como produzido validamente (o dever-ser do ato), prescreve igualmente o que o ato não pode ser, para ser considerado válido (o não dever-ser do ato).

Ou seja, o legislador não só estipula os atos que deseja ter no ordenamento (porque perfeitos), como também os que lhes são indesejáveis (porque defeituosos). Mas só será considerado defeituoso a ponto de se tornar inválido, e portanto indesejável, aquele ato que não conseguir alcançar a sua finalidade processual. Por isso que se diz que o plano da validade é responsável por fazer uma triagem no ordenamento jurídico, com vistas a tornar o processo (ato complexo) apto à persecução de seus fins. Essa é, aliás, a razão pela qual o sistema de invalidação processual é menos severo do que no plano material, priorizando o aproveitamento, seja pelo saneamento (ou sanação), pela convolação ou, ainda, pela adequação dos atos defeituosos.

Em nome da celeridade e economia processual, e tantos outros princípios que lhes são corolários se entende, portanto, que a invalidação, e respectiva desconstituição, do ato imperfeito é uma sanção de *ultima ratio*. De maneira que se afirma, no plano processual, que, se o ato for capaz de atingir a sua finalidade (ainda que necessite ser adequado), deve ser o mesmo aproveitado, só sendo lícita a sua invalidação diante da produção de danos.

Hodiernamente, conforme fortemente registrado neste trabalho, entende-se e defende-se que as decisões, para alcançarem efetivamente a sua finalidade, precisam ser resultado do trabalho compartilhado dos sujeitos processuais - que atuam no processo, ao fim e ao cabo, em busca da verdade dos fatos e da justiça substancial da demanda. Isso porque a participação democrática das partes, no desenvolvimento e resultado do processo, tornou-se um elemento de legitimação da própria decisão, sendo imprescindível, portanto, para a sua validade.

Essa participação ativa e colaborante dos sujeitos processuais é tão importante que o ordenamento jurídico atribuiu ao magistrado a obrigação de, como gestor do processo, zelar pelo respeito e respeitar ele mesmo o contraditório - considerado meio para a garantia da oportunidade de efetivação dessa atividade compartilhada. E, como o ordenamento não só diz o que deve ser como também o que não deve ser, estabeleceu ainda que a decisão não pode prescindir desse debate e dessa participação ativa e efetiva, pelo que vedou a

prolação de decisões que não observem o contraditório das partes, sendo proferidas em surpresa das mesmas.

Uma decisão-surpresa, nestes termos, portanto, nada mais é do que uma decisão que, em algum ponto, deixou de permitir a participação das partes e a sua respectiva oportunidade de influência sobre o cognitivo judicial. É, assim, um ato que desatendeu a uma vedação legal, deixou de preencher um requisito negativo, desrespeitou um desejo do legislador, tornando-se imperfeito.

A decisão prolatada em surpresa das partes vai, desta feita, de encontro à finalidade atribuída pelo legislador às decisões judiciais e ao próprio processo, devendo ser, por esta razão, retirada do ordenamento jurídico, para que possa ser respeitado o contraditório, permitindo o debate da matéria objeto de julgamento e oportunizado o poder de influência das partes em colaboração para a formação da decisão nos termos prescritos.

Há, contudo, que se analisar, antes da aplicação de uma sanção tão severa - quanto a nulificação e respectiva desconstituição do ato - quando verdadeiramente se estará diante de uma decisão-surpresa, e quando é que tal defeito implicará em danos. Já que, como dito anteriormente, sem a presença de prejuízos decorrentes da produção de ato defeituoso, não haverá o que se falar na invalidação do mesmo.

Afinal, conforme exaustivamente repisado, a intenção da proibição de decisões-surpresa é assegurar que o provimento judicial seja resultado de uma atividade participada dos sujeitos processuais, refletindo no processo, a ideia de legitimação pela participação democrática. E o contraditório, nestes termos, representa o meio processual adequado a garantir o respeito ao direito de participação, na medida em que oportuniza o exercício do poder de influência sobre o cognitivo judicial pelo estímulo ao debate relativamente a todas as questões relevantes à resolução da causa. Sendo, assim, o seu exercício, não poucas vezes, mostrar-se-á como indispensável para evitar a produção de decisões judiciais inválidas, porque proferidas em surpresa das partes.

O contraditório, entretanto, não pode ser exercido ou exigido levemente, sob pena de causar o seu esvaziamento e banalização. Para evitar, desta feita, que o seu frívolo exercício possa vir a causar um retardamento desnecessário do procedimento, tornando-o um instrumento de protelação do feito e retirando-lhe a importância, é preciso verificar quando, verdadeiramente, o seu exercício se configurará como imprescindível. Em outras

palavras, é necessário questionar quando a sua ausência causará danos reais a justificar a invalidação de uma decisão.

Primeiramente, é oportuno lembrar que o contraditório não pode ser mais considerado uma garantia meramente formal, é imprescindível ser vislumbrada a sua importância substancial. E nesse esteio, é possível, então, perceber que a sua ausência só poderá causar reais danos quando subtrair, das partes, a possibilidade efetiva de fazer incidir a sua influência sob o cognitivo judicial. Impende, portanto, analisar se a parte que se diz prejudicada possuía, verdadeiramente, argumentos plausíveis, cuja ausência de contraditório veio a subtrair-lhe a oportunidade de efetivamente influenciar o resultado da demanda contida no provimento judicial.

Assim, não haverá o que se falar em invalidação do ato decisório sob o fundamento de que foi prolatado em surpresa da(s) parte(s) quando ela(s) não demonstre(m) ter qualquer argumento, ao menos potencialmente, capaz de causar modificação na decisão, relativamente ao ponto não debatido em razão da inobservância do contraditório. É preciso, por assim dizer, que reste devidamente demonstrado que o contraditório era substancialmente necessário, pelo que a sua ausência causou à parte (arguente da nulidade) real prejuízo, não se tratando a ausência de contraditório de uma mera irregularidade formal.

Foi, muito provavelmente, nesse sentido e com intenção de deixar clara a possibilidade de não ser considerada necessária a observância do contraditório em determinadas situações, que o legislador lusitano entendeu por introduzir um termo indefinido - "salvo manifesta desnecessidade"- na redação do dispositivo contido no art. 3º, nº 3 do NCPC, responsável por prever o dever de consulta e a proibição das decisões surpresas. Através dessa ressalva, é possível se dizer ter sido expressamente outorgada, ao magistrado, uma certa margem para apreciação das hipóteses em que a participação das partes, sobre uma questão posta em juízo, possa ser ponderada como dispensável.

A possibilidade de ponderação das situações não implica, todavia, em arbitrariedade pelo magistrado. Pelo que, quando verificado como necessário o exercício do dever de consulta, ou seja, de incentivo ao debate pelo contraditório das partes, não restará ao magistrado qualquer opção quanto a exercer ou não este dever<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 68.

A ponderação pelo magistrado das hipóteses subsumidas nesta ressalva deve ser, por isso mesmo, executada de forma objetiva. Uma vez que, conforme já defendido neste trabalho, o dever de consulta não importa em um poder discricionário do magistrado - apesar da existência de pensamentos doutrinário em sentido contrário, a exemplo de Teixeira de Sousa<sup>307</sup>. Não se trata de avaliar a oportunidade e conveniência no exercício do dever de consulta, mas de ponderar os princípios e valores em jogo, como por exemplo e quase sempre, a celeridade, economia e utilidade processual e a garantia de influência e efetiva participação das partes no processo, com vistas a alcançar a rápida e substancial justiça do caso concreto.

Não importa, todavia, na prática, se o dever de consulta seja entendido como um poder discricionário ou como um poder-dever, a consequência jurídica imposta pelo ordenamento lusitano para o caso de sua omissão é a mesma quando implique em influência sobre o exame ou decisão da causa, sendo, inclusive, disciplinada pelo mesmo dispositivo legal, qual seja, o art. 195º, nº 1, NCPC (antigo art. 201º, nº 1 do CPC revogado), pois estar-se-á diante de uma nulidade processual secundária ou relativa. O próprio Teixeira de Sousa<sup>308</sup>, que desenvolve toda uma argumentação acerca das consequências jurídicas no caso da omissão de um dever contido em uma previsão aberta ou fechada - que diz respeito à presença ou não de uma margem de discricionariedade do magistrado no preenchimento da mesma, respectivamente, defendendo que no primeiro caso não haveria que se falar em nulidade processual -, ao final, aponta a possibilidade de se entender que, mesmo diante de um poder discricionário, poder-se-á falar em nulidade relativa ou secundária do ato praticado em omissão do mesmo.

A doutrina, todavia, costuma tratar as decisões-surpresa como um ato inválido em razão do desrespeito ao princípio do contraditório, e não do princípio da cooperação. Não parece haver, contudo, na atualidade, uma forma de analisar o contraditório desvinculado da ideia de cooperação - apesar da recíproca não ser verdadeira. Afinal de contas, o princípio da cooperação é um vetor processual, e um dos responsáveis pela nova conotação empregada ao princípio do contraditório. Talvez seja por isso, aliás, que o dever de consulta - resultado da incidência do princípio da cooperação no processo - esteja localizado no nº 3 do art. 3º do NCPC, dispositivo responsável pela disciplina do princípio contraditório.

---

<sup>307</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 1997, p. 68.

<sup>308</sup>Ibid., p. 68.

Sendo assim, não representará um absurdo a defesa do entendimento da decisão-surpresa - prevista no mesmo art. 3º, nº. 3 do NCPC - como ato judicial produzido, mais imediatamente, em desrespeito ao princípio da proibição das decisões-surpresas, de forma imediata, em inobservância do princípio do contraditório, e, de maneira mediata, como em desatendimento ao princípio da cooperação, mais especificamente, em sua vertente que impõe um dever de consulta ao magistrado - que no caso, restaria omitido. Daniel Mitidiero, na doutrina brasileira, parece filiar-se a esta visão da decisão-surpresa como ato judicial violador não só do princípio do contraditório como igualmente do princípio da cooperação, em sua vertente impositiva de um dever de diálogo com as partes; e, para tal conclusão, aponta como fonte doutrinária os ensinamentos de Miguel Texeira de Sousa acerca do dever de consulta.<sup>309</sup> Em todo caso, tem-se que a consequência jurídica seria, novamente, a mesma, qual seja, a possibilidade de invalidação da decisão quando restar demonstrado que a irregularidade teve influência sobre o resultado impresso naquela, acarretando prejuízos a ambas ou alguma das partes, bem como indo de encontro a finalidade do ato e do próprio processo.

Pode ser ainda apontado que o referido art. 3º em seu nº 3 do NCPC português aborda a questão da ilicitude das decisões-surpresa, uma vez que enuncia que "o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo manifesta desnecessidade, decidir questão de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilitada de sobre elas se pronunciarem"<sup>310</sup>. As decisões-surpresa possuem, portanto, o que Pontes de Miranda<sup>311</sup> costuma chamar de ilícito nulificante, e que Didier explica como sendo a presença de um ilícito, cuja sanção é a nulificação do mesmo<sup>312</sup>.

Fato é que, no ordenamento jurídico português, a nulidade decorrente da prolação de uma decisão-surpresa é considerada relativa ou secundária, o que implica que, não está elencada como uma nulidade conhecível de ofício, exigindo, portanto, a arguição pelo interessado, no termos do art. [197º], nº 1, NCPC . Tal importa que, caso este não promova a arguição dentro do prazo legal (em regra, de 10 dias, contados da notificação do ato ou

---

<sup>309</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2009, p. 136-137.

<sup>310</sup>PORTUGAL. Código de Processo Civil. 2013, p. 29.

<sup>311</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 4, cit., p. 144-145.

<sup>312</sup>DIDIER JR., Fredie. *A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 08 dez 2013.

da sua primeira intervenção no processo em momento posterior à irregularidade, nos termos do art. [199º], nº 1 do NCPC), considerar-se-á por sanado o ato judicial<sup>313</sup>.

No que pertine ao tratamento da matéria no ordenamento processual brasileiro, segundo Lúcio Grassi Gouveia, por ausência de previsão legal expressa, as decisões-surpresa não estariam proibidas nos moldes português e alemão - quando diante de questões conhecíveis de ofício -, sendo a problemática tratada pela jurisprudência através do princípio do contraditório e da ampla defesa.<sup>314</sup> A vedação a decisões-surpresa resulta, assim, de uma construção doutrinária e jurisprudencial, embasada nos princípios corolários do devido processo legal, bem em uma visão sistemática do próprio ordenamento. É igualmente trabalho executado pela doutrina e jurisprudência brasileira, a aplicação da sanção de nulidade no caso de decisões prolatadas em surpresa das partes.

Nas palavras de Dierle Nunes, "a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório". Apesar de apontar o contraditório como o princípio violado e responsável pela imposição de sanção de invalidade à decisão proferida em surpresa das partes, não deixa, todavia, tal doutrinador de apontar que a omissão do dever do magistrado advertir ativamente as partes quanto a pontos específicos relevantes ao objeto da causa e imprescindíveis para discussão em contraditório resultará em invalidação do provimento, explicando, ainda, que a relevância estaria configurada quando a questão de fato ou de direito constituir uma premissa necessária ou um fundamento essencial à decisão.<sup>315</sup> E, desta forma, termina por colocar a omissão do dever de consulta - intimamente conectada ao princípio do contraditório e resultado da incidência do princípio da cooperação - como ilícito nulificante (ou defeito invalidade) das decisões-surpresa.

Isso porque, explica o autor - utilizando-se dos ensinamentos de Corrado Ferri, "o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante de sua observância, impondo a nulidade do provimento toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu

---

<sup>313</sup>PORTUGAL, STJ, Recurso de Revista 8802/02, Rel. Cons. Araújo Barros, 13 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

<sup>314</sup>GOUVEIA, Lúcio Grassi. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. 2003. Mensagem recebida do autor por e-mail em 07 de maio de 2013.

<sup>315</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência e de aproveitamento da atividade processual. 2009, p. 125.

exercício."<sup>316</sup> Ou seja, o contraditório, e o poder de influência e participação democrática ínsitos nele, tornam a decisão o resultado do trabalho compartilhado dos sujeitos processuais, sendo imprescindível o seu exercício nestes moldes, pelo que o magistrado, como gestor processual, torna-se seu garante, e a sanção de nulidade surge como forma de assegurar, igualmente, a sua observância.

Repise-se que a sanção de invalidade decorre da incidência da regra jurídica sobre um suporte fático composto, qual seja, defeito mais prejuízo. Não haverá nulidade, não importa a gravidade do defeito, sem que tenha ocorrido dano; é a conhecida regra *pas de nullité sans grief*. E prejuízo existirá sempre que o defeito seja tal capaz de impedir que o ato atinja a sua finalidade.<sup>317</sup> Por isso mesmo, como já pontuado, não há exceção à regra de que, no processo, todo defeito, inclusive aquele capaz de tornar o ato absolutamente inválido, é passível de ser sanado, basta ter sido capaz de atingir a sua finalidade e ser ausente de prejuízo (nestes termos, respectivamente, art. 244 do CPC atual e art. 252 do Projeto; art. 249, §1º, CPC atual e art. 257, §1º, Projeto).

O Projeto de NCPC brasileiro, como já entusiasticamente reforçado, deu um grande avanço ao prever, finalmente, a vedação às decisões-surpresa de forma expressa em seu art. 10. Restando ainda pontuada, no seu art. 11, a necessidade de toda decisão ser, para além de pública, devidamente fundamentada, inclusive sob pena de nulidade. Isso porque, só através da análise dos fundamentos da decisão será possível verificar se o magistrado considerou todos os fatos suscitados e provados nos autos, bem como as alegações de fato e de direito ventiladas pelas partes, assim como ainda, se respeitou, dentre outros, os princípios do contraditório e da congruência. É pelos fundamentos da decisão que se verifica se houve algum elemento da mesma que não fora devidamente debatido pelas partes, ou seja, se houve omissão do dever de consulta, e por consequência, foi ausente a participação das partes na formação da decisão, tendo sido negada a oportunidade de influência sobre o cognitivo judicial.

Assim, pode se dizer que o Projeto pretende suprir a lacuna legislativa anterior do ordenamento processual civil, facilitando o tratamento da questão das decisões-surpresas, as quais restam, claramente, disciplinadas como ato potencialmente inválido. Afinal,

---

<sup>316</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência e de aproveitamento da atividade processual. 2009, p. 125-126.

<sup>317</sup>DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. ed. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 289.

tratando-se de uma nulidade relativa, precisa ser a mesma arguida pela parte que tenha sido por ela prejudicada, no primeiro momento que tenha oportunidade para tanto, sob pena do defeito ter-se por convalidado. Registre-se que o regime das invalidades, no Projeto, permanece o mesmo, não tendo havido inovações ou alterações substanciais neste ponto, configurando-se aquela ainda como uma sanção de *ultima ratio*.

A ineficácia, por sua vez, como capacidade do ato produzir efeitos no mundo jurídico, poderá ser total ou parcial, ou mesmo nem vir a ocorrer como resultado da decretação da nulidade do ato - apesar de, em regra, o ato perder sua eficácia quando da sua nulificação. Conforme em outro momento salientado, a nulidade precisa ser decretada, e uma das consequências da invalidação do ato é a perda de seus efeitos ou da capacidade para produzi-los. Nem todos e nem sempre a nulificação do ato importará a perda de seus efeitos ou capacidade para a sua produção. Um ato defeituoso produzirá regularmente os seus efeitos até que seja decretada a sua nulidade. Nesse sentido, a legislação lusitana e brasileira (atual e futura) são bastante similares, como pode se observar, por exemplo, dos arts. 248 do CPC brasileiro ainda vigente (correspondente art. 256 do Projeto) e o art. 195º, nº 2 c/c 3º do CPC lusitano recém em vigor - os quais, ambos, são no sentido de prescrever que, uma vez anulado o ato, reputar-se-ão sem efeito todos os demais atos que lhes sejam subsequentes e dependentes.

Particularizada a questão da eficácia do ato para a problemática das decisões-surpresa, aponta-se que o provimento judicial proferido em inobservância ao contraditório e ao dever de consulta, ou seja, prolatado em violação ao princípio da proibição de decisões-surpresa, produzirá seus efeitos regulares até que, arguido tempestivamente o defeito nulificante, venha a ser verificada e decretada a sua nulidade. Uma vez considerada nula, deverá ser, então, desconstituída, para que seja possibilitado o exercício de contraditório, com manifestação de ambas as partes sobre a questão de fato ou de direito não debatida previamente, para que só posteriormente seja proferida nova decisão.

Registre-se que nada impede que a parte dispositiva da decisão seja exatamente igual à anterior, ou seja, que apresente as mesmas qualificações e consequências (efeitos) jurídicas. Todavia, os fundamentos do provimento judicial é que não serão os mesmos, na medida em que deverá constar ali, neste caso, a justificativa pela qual as alegações, por ventura, suscitadas pelas partes sobre a questão outrora surpresa, não foram acolhidas.

Interessante é ainda, a existência de doutrinadores, como Marinoni e Mitidiero, que entendem as decisões-surpresa, não como ato inexistente ou inválido, mas como ato ineficaz. Dizem: "a decisão-surpresa existe e é válida. Ela, contudo, viola uma das suas condições de prolação, que é o prévio diálogo com as partes. A decisão-surpresa, portanto, é ineficaz."<sup>318</sup> Mitidiero, aliás, já dizia não se tratar de uma problema no plano da validade, mas da eficácia, na medida em que não se estaria diante de um defeito no suporte fático do ato em si (decisão), mais um defeito decorrente de uma omissão que aconteceu em momento anterior à prática do ato decisório, sendo, portanto, estranho à sua estrutura íntima, funcionando, assim, como uma condicionante de sua eficácia<sup>319</sup>.

Oportuno, entretanto, salientar que os referido doutrinadores argumentam, ainda, que o proferimento de decisão-surpresa obriga o magistrado à prolação de novo provimento judicial, com vistas a garantir o exercício do contraditório - anteriormente omitido.<sup>320</sup> São silentes, todavia, quanto à justificativa da necessidade de repetição do ato, o que enfraquece a tese defendida. Afinal, é possível compreender a necessidade de reprodução do ato no caso de nulificação do mesmo, ante a respectiva consequência jurídica grave de retirada do ato do ordenamento. Um ato ineficaz, contudo, não precisa ser desconstituído, sendo ausente a razão para a sua repetição/correção. Além disso, na prática, a decisão-surpresa produzirá efeitos jurídicos até que seja evidenciado o defeito e retirada a sua capacidade de produzir efeitos, desconsiderando os já produzidos, de forma dependente, em sua sequência.

Trata-se, todavia, de uma visão minoritária na doutrina brasileira, que em sua massificadora maioria defende o entendimento de que a decisão-surpresa é um ato inválido, cuja nulificação dependerá da presença de prejuízo e da incapacidade de alcançar a sua finalidade. Por isso, restando estabelecido que ambos os ordenamentos jurídicos brasileiro e português tratam a questão como um problema de invalidade, resta agora analisar os meios processuais existentes para o combate às decisões prolatadas em surpresa das partes.

---

<sup>318</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 76.

<sup>319</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2009, p. 121-122 (rodapé).

<sup>320</sup>MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit., p. 76.

#### 4.5 MEIOS PROCESSUAIS DE COMBATE ÀS DECISÕES-SURPRESA: PREVISÃO LEGAL E OUTRAS POSSIBILIDADES

O plano da validade, como dito, funciona como uma triagem do ordenamento jurídico, que procura separar os atos perfeitos dos defeituosos e, dentre esses últimos, os que sejam considerados tão perniciosos para o bom funcionamento do direito que precisem ser dele retirados. Daí a existência de uma disciplina do regime de invalidades. No âmbito do processo, ainda que tal regime seja mais brando, priorizando o aproveitamento dos atos não danosos e cuja finalidade fora atingida, a sanção de invalidação é ainda necessária.

Em todo o caso, o exercício do contraditório prévio é exigido como garantia do aproveitamento da atividade processual, antes da decretação de uma invalidade. Nesse sentido, interessante o ensinamento de Dierle Nunes, o qual defende que todo o sistema de nulidades está legalmente voltado para, mediante diálogo e cooperação entre os sujeitos processuais, salvar o processo, na medida em que através do debate é possível garantir e facilitar o julgamento de mérito definitivo, impedindo a invalidação evitável do mesmo, o que, de regra, atrita com o valor da efetividade da tutela jurisdicional<sup>321</sup>.

Voltando à questão das decisões-surpresa, tem-se que, conforme pontuado em tópico anterior, por se configurarem como um ato violador dos princípios do contraditório e da cooperação (por resultar da omissão do dever de consulta imposto ao magistrado), bem como de regra expressa, no caso do CPC português atual e do Projeto de NCPC brasileiro, que veda a prolação desse tipo de decisão - são elas consideradas como potencialmente inválidas, porque possuidoras de um defeito nulificante. E, por serem, disciplinadas por ambos ordenamentos, português e brasileiro, como uma nulidade relativa ou secundária, exige, ainda, para a sua decretação, a sua arguição tempestiva, pela parte que se entenda prejudicada pela surpresa. Caso contrário, ter-se-á por convalidado o defeito nulificante, permanecendo a decisão a produzir os seus efeitos regulares como ato válido. Afinal, no mundo do direito processual, o ato só é tido como inválido com a decretação de sua invalidade.

---

<sup>321</sup>JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência e de aproveitamento da atividade processual. 2009, p. 127.

Repise-se que a retirada de um ato defeituoso, cujo aproveitamento não é aconselhado, por meio da decretação de sua invalidade, visa não só assegurar a eficiência e funcionalidade do sistema processual e a boa administração da justiça, mantendo no ordenamento jurídico apenas aqueles atos capazes de atingir a sua finalidade sem causar prejuízos, como também serve à proteção das garantias processuais das partes, na medida em que o desrespeito às mesmas poderá configurar, a depender do caso concreto, em uma invalidade. Para garantir que o processo atinja a sua finalidade, sendo aplicadas, quando e caso necessário, as consequências jurídicas previstas no regime de invalidades, o ordenamento jurídico prescreve, então, instrumentos processuais de combate a invalidades e de imposição de respeito às garantias das partes e de valores do processo, chamados de remédios processuais.

Como o próprio nome sugere, através desse instrumento, o ordenamento processual pretende remediar situações no âmbito do processo. É por meio dos remédios processuais, por exemplo, que se defende o direito à efetivação de uma garantia (como a do contraditório) e se combate os males causados pelo seu desrespeito (tais como a prolação de decisões-surpresa); por seu intermédio, o ordenamento busca manter o processo alinhado a seus objetivos, corrigindo eventuais desvios.

Isso porque, à semelhança do processo, os remédios processuais possuem caráter instrumental, não podendo ser desvinculados de uma finalidade, sem a qual sua existência é injustificada; eles não se autojustificam. Cada remédio processual possui um fim específico, o qual é responsável por definir a sua função.<sup>322</sup> Registre-se que o uso inadequado de um remédio processual - com intenção de atingir finalidade diversa ou obter objetivo ilegítimo, em prejuízo real de outrem, com a efetiva produção de efeitos adicionais indesejados - configura-se como um abuso de instrumento processual e, por consequência, do próprio processo<sup>323</sup>.

No caso das decisões-surpresa, os remédios processuais previstos pelos ordenamentos jurídicos português e brasileiro são diversos, apesar da finalidade dos mesmos, ao final, ser a mesma: suscitar a desconstituição da decisão, com a oportunização do debate sobre a matéria, de direito ou de fato, tida como surpresa, através do exercício do contraditório - anteriormente omitido. Clara, desta forma, resta a função dos remédios

---

<sup>322</sup>TARUFFO, Michele. Elementos para una definición de «abuso del proceso». In: \_\_\_\_\_. *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Amburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 301.

<sup>323</sup>Ibid., p. 301 et ss.

processuais destinados ao combate das decisões-surpresa, qual seja, servir à efetivação do respeito à garantia de contraditório, dentro dos moldes do devido processo equitativo, promovendo a sanção (saneamento) do processo, pela desconstituição do ato defeituoso, e sua posterior repetição, agora de forma válida.

#### 4.5.1 No ordenamento processual civil lusitano

No ordenamento processual lusitano, o posicionamento tradicional da doutrina, no sentido de defender como remédio processual mais adequado ao combate das decisões-surpresa, o recurso ordinário tem sido, aos poucos, substituído pela ideia de que as reclamações seriam o instrumento mais condizentes com os valores processuais atuais. Oportuno, então, ainda que muito superficialmente, entender a função, assim como as semelhanças e diferenças, de/entre cada um destes remédios, de modo a tornar possível a análise e a tomada de posicionamento acerca da mudança de entendimento perfilada pela doutrina e pela jurisprudência.

Desta forma, tem-se que, ambos, recursos e reclamações, configuram-se como meio de impugnação às decisões judiciais. Os recursos podem ser classificados, no ordenamento lusitano, como ordinários ou extraordinários, a depender de ter ou não havido o trânsito em julgado da decisão. São recursos ordinários a apelação e a revista; e extraordinários, o recurso para uniformização da jurisprudência e a revisão.<sup>324</sup> Como regra, ambas as espécies de recurso (ordinário e extraordinário) são dirigidos a um órgão jurisdicional (*ad quem*), hierarquicamente, superior ao que prolatou a decisão recorrida (*a quo*)<sup>325</sup>.

As reclamações, ao seu turno, são apresentadas, via de regra, perante o órgão prolator da decisão, sendo interpostas contra decisões judiciais ou contra atos ou omissão de atos processuais,<sup>326</sup> funcionando como um pedido de reapreciação. As reclamações, no que pertine ao seu conteúdo, importam na arguição de uma nulidade ou irregularidade de

---

<sup>324</sup>MENDES, Armindo Ribeiro. *Recursos em processo civil: reforma de 2007*. Coimbra: Coimbra, 2009.p. 39-40.

<sup>325</sup>FERREIRA, J.O. Cardona. *Guia de recursos em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 21.

<sup>326</sup>MENDES, Op. Cit., p. 40.

caráter formal, mas que, excepcionalmente, podem refletir na decisão de mérito, por isso, podem ter um regime geral (art. [195º] do CPC) ou especial (art. [613º] do CPC)<sup>327</sup>.

Atente-se para o fato de que somente a partir de 2007, graças à Faculdade de Coimbra e da intervenção do Dr. Miguel Mesquita (em Palestra sobre o sistema recursal, e na qual estava presente um dos legisladores da reforma), que o ordenamento português passou a adotar o sistema recursal monista. E, assim, passou a ser autorizada a utilização de um mesmo recurso para o combate tanto de questões formais quanto substanciais.<sup>328</sup> Nem sempre a questão de mérito de uma decisão do órgão jurisdicional *a quo* precisa ser impugnada, é possível se interpor recurso rebatendo questão meramente procedimental, mas nada obsta que ambas questões formais e substanciais sejam objeto de recurso. E qualquer dos casos, será necessária apenas a interposição de um recurso para tanto. Resta saber se a interposição de recurso será sempre a melhor opção.

Importante, antes de avaliar o posicionamento tradicional e atual da doutrina acerca da escolha do remédio processual adequado ao combate das decisões-surpresa, ter em mente os ensinamentos de Cordona Ferreira, que refletem os valores processuais contemporâneos. Tal autor enfatiza que, no que impende ser indiscutível o reconhecimento do direito de recorrer, é imprescindível que seja esse exercido da forma menos protelatória possível, sob pena do regime recursal se tornar um fator de morosidade processual. A chamada "segunda opinião" (rejulgamento do provimento) é, sem dúvidas, um direito adquirido (garantia do duplo grau de jurisdição), todavia, tal não quer dizer que ele deva ser imposto em todos os casos, não havendo uma obrigatoriedade prescrita em lei<sup>329</sup>.

Considerando essa visão, seria possível, então, vislumbrar não haver motivos para buscar uma segunda opinião, para fins de reforma da decisão ou correção de irregularidades processuais, quando se esteja autorizado e se mostre mais adequado ou útil, requerer, antes, uma reconsideração do magistrado prolator da decisão. É preciso filtrar, sempre que possível, quais as questões dignificam a utilização do expediente recursório para reapreciação da causa, não devendo representar um mero rejulgamento da lide.<sup>330</sup> Os órgãos jurisdicionais *ad quem*, na posição de segunda instância, não devem, em princípio,

---

<sup>327</sup>FERREIRA, J.O. Cardona. *Guia de recursos em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 21-22.

<sup>328</sup>MESQUITA, Miguel. *Recursos*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 31 mai. 2013.

<sup>329</sup>FERREIRA, Op. Cit., p. 14-15.

<sup>330</sup>RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa - contributo para a sua (re)compreensão no Direito Processual Civil Português*. 2011, p. 87.

ocupar-se em anular o processado pelo órgão jurisdicional de primeira instância em razão de sindicância de cunho excessivamente formal, mas sim servir para proporcionar o pronunciamento acerca do mérito jurídico intrinsecamente contido nas sentenças proferidas pelo tribuna *a quo*.<sup>331</sup>

É enxergando o recurso ordinário como um meio processual relevante, o qual deveria ser reservado à apreciação de decisões substanciais, que se defende a utilização das reclamações como meio processual adequado ao combate de decisões-surpresa. Isso porque o que se precisa ter em mente é que existe uma grande diferença entre uma decisão que surpreenda as partes e uma decisão juridicamente indefensável.<sup>332</sup> O fato da decisão ter sido prolatada em desrespeito ao contraditório não importará necessariamente em uma decisão injusta ou incorreta, até porque se trata de uma questão de fundo procedimental. Pelo que só o caso concreto dirá se a omissão do contraditório terá efetivamente impedido que argumentos jurídicos relevantes para a solução da causa tivessem sido suscitados por quaisquer das partes.

Assim, antes de se recorrer a uma instância superior (e, portanto, a um órgão jurisdicional diverso), parece mais proveitoso pedir a reapreciação do magistrado prolator da decisão. Pelo que se tem advogado a utilização do remédio processual da reclamação, através do qual o interessado, apontando a existência de surpresa na decisão e expondo as razões que deixaram de ser ventiladas em razão da omissão do dever de consulta pelo magistrado, requererá a anulação da decisão e o exercício (ainda que retardado) do contraditório. Imperioso, portanto, a demonstração de que os seus argumentos eram pertinentes à questão não debatida, de modo a evidenciar o prejuízo resultante do não exercício do contraditório, a justificar o pedido de anulação do provimento judicial e de prolação de uma nova decisão que leve em consideração os seus argumentos relativamente às questões de fato ou de direito não discutidas.

Observe-se que, apresentada a reclamação, o magistrado deverá intimar a parte adversária para se pronunciar acerca do conteúdo da reclamação. Findo o prazo para manifestação, tendo ela ocorrido ou não, restará ao magistrado duas opções: decidir (por despacho irrecorrível) pela manutenção da decisão, julgando não ter havido a surpresa alegada, ou não ter sido a surpresa causadora de efetivo prejuízo; ou pela anulação da

---

<sup>331</sup>RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa - contributo para a sua (re)compreensão no Direito Processual Civil Português*. 2011, p. 101.

<sup>332</sup>Ibid., p. 102.

decisão, prolatando nova decisão considerando os argumentos expostos pelas partes. Em ambos os casos, restará sanado o defeito nulificante, uma vez que através da reclamação foi oportunizado o debate da questão tida como surpresa, tendo sido exercido o contraditório (ainda que de forma postergada)<sup>333</sup>.

Às partes, então, restará o direito de interpor o respectivo recurso ordinário, o qual, todavia, não poderá estar fundamentado na surpresa da decisão, afinal o contraditório foi exercido ainda que posteriormente por meio da reclamação. Deverá, desta feita, versar agora apenas sobre o mérito da decisão. Torna-se, assim, mais eventual a interposição de recurso ordinário, permitindo uma maior celeridade ao procedimento<sup>334</sup>

Caso, todavia, o magistrado indefira o pedido de reclamação *inaudita altera pars*, caberá ao interessado o direito de interpor recurso de apelação, uma vez que, por força da parte final do art. 630, nº 2 do NCPC, o despacho de indeferimento não será considerado irrecurável. Isso porque, apesar do mencionado dispositivo legal tratar das hipóteses de irrecorribilidade do despacho judicial, estando dentre elas elencada aquela que decida sobre alguma das nulidades previstas no art. 195, nº 1 do NCPC, dentre as quais se encaixam as decisões-surpresa, aquele excepciona os casos em que a decisão contenda com o princípio do contraditório. Logo, tendo em vista que as decisões-surpresa são decretáveis como inválidas justamente porque prolatadas em desrespeito ao contraditório, tem-se que o despacho que decida sobre elas podem ser objeto de recurso.

Ainda que a doutrina tenha demorado a adotar essa nova visão de que a reclamação configura-se como remédio processual mais adequado ao combate das decisões-surpresa - o que não afasta a eventualidade de interposição do recurso ordinário, na prática, ela já vinha sendo utilizada nos tribunais, conforme devidamente apontado por Miguel Mesquita<sup>335</sup> - ainda quando o pensamento defendido pela doutrina era, majoritariamente, no sentido de defender o uso do recurso ordinário para tanto. Hoje, parece, entretanto, que esse entendimento já faz parte não somente da prática forense, como também já vem sendo objeto de apontamento pela doutrina.

---

<sup>333</sup>RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa - contributo para a sua (re)compreensão no Direito Processual Civil Português*. 2011, p. 103.

<sup>334</sup>Ibid., p. 103-104.

<sup>335</sup>MESQUITA, Miguel. *Princípio do Contraditório*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 11 nov. 2011.

#### 4.5.2 No ordenamento processual civil brasileiro

O regime das invalidades dos atos processuais do magistrado, no ordenamento brasileiro, é diferente da dos demais sujeitos processuais. Segundo Fredie Didier Jr., o meio processual adequado à impugnação dos atos judiciais defeituosos é o recurso, através do qual deverá ser alegado o *error in procedendo* contido na decisão e requerida a sua invalidação. Há, igualmente, a possibilidade de ser a invalidade arguida por meio de uma petição simples dirigida ao juízo que proferiu a decisão defeituosa, uma vez que este tem competência para invalidar as suas próprias decisões.<sup>336</sup> Um problema prático, todavia, merece ser apontado relativamente a essa segunda opção, que é a possibilidade de causar a preclusão do direito de recorrer, tendo em vista não ter o condão de interromper o prazo recursal, pelo que se aconselha, a depender do caso concreto, a interposição concomitante do recurso cabível.

Oportuno esclarecer que o regime recursal brasileiro é um tanto diferente do português, na medida em que naquele ordenamento processual civil, imperam os princípios da taxatividade e da unicidade (ou unirrrecorribilidade). Ou seja, há um número limitado de recursos, elencados *numerus clausus* pela legislação federal, possuindo, cada um deles, uma finalidade específica, que não se confunde com a do outro. Para cada espécie de ato judicial, em regra, há um único recurso cabível - no caso, excepcional de serem cabíveis mais de um recurso para impugnação de determinado ato judicial, terá cada um deles, ainda assim, uma finalidade diversa. Os embargos de declaração são exemplo de recurso que geralmente permite a convivência com outro recurso para impugnação de um mesmo ato judicial, sendo, por isso mesmo, em regra, considerados como recurso de interposição opcional<sup>337</sup>.

Há uma finalidade comum a todos os meios de impugnação de atos judiciais, qual seja, a obtenção da revisão dos mesmos, não importa se para anular ou reformar o seu conteúdo, ou ainda, se para alcançar o seu aprimoramento (esclarecimento ou complementação); o que se pretende é a reapreciação do julgado. A diferença apresentada pelos recursos em comparação aos demais meios de impugnação é o fato de tal objetivo ser

---

<sup>336</sup>DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 2012, p. 294.

<sup>337</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 502-504.

perseguido de forma interna na mesma relação processual em que se forma o ato judicial atacado. Para além disso, caracteriza-se também por sua natureza voluntária, apesar de sujeitar o interessado às consequências jurídicas da sua não interposição, tais como, a preclusão do direito de discutir a matéria<sup>338</sup>.

No que diz respeito ao combate das decisões-surpresa, o entendimento doutrinário majoritário<sup>339</sup> é no sentido de advogar a utilização dos embargos de declaração, com fundamento na omissão do dever de consulta, e por consequência, do contraditório. Não há, todavia, nem no CPC vigente nem no Projeto de NCPC qualquer previsão expressa nesse sentido, sendo a sua interposição para esse fim, por isso mesmo, uma tarefa não tão fácil para os advogados militantes. Estes, para tanto, argumentam uma interpretação extensiva dos dispositivos contidos no art. 535, II c/c ao art. 463, II do CPC atual (art. 976, II c/c art. 481, II do Projeto) - os quais preveem, nesta ordem, a omissão de pronunciamento como hipótese de cabimento dos embargos de declaração, e os embargos declaratórios como meio de modificação da sentença (leia-se decisão) pelo próprio órgão jurisdicional que a prolatou.

Uma interpretação literal do inciso II do referido art. 535 do CPC (respectivo art. 976, II do Projeto), pode, *a priori*, causar embaraços à utilização dos embargos de declaração para fins de impugnação das decisões-surpresa, na medida em que conduz à ideia de que a omissão apontada como hipótese de cabimento dos mesmos estaria restrita aos casos em que o órgão jurisdicional deixou de se pronunciar sobre ponto relevante à causa quando estaria obrigado a tanto. Assim, apesar de serem apontados como instrumento processual adequado à correção, igualmente, de uma omissão de um dever imposto ao magistrado, tal implicaria, *a posteriori*, na necessidade de pronunciamento do órgão jurisdicional, e não das partes, como acontece quando há a omissão do dever de consulta.

A intenção do legislador, entretanto, ao final, nas duas situações, é a mesma: garantir que a decisão seja o resultado do trabalho compartilhado de todos os sujeitos processuais, tendo em vista o caráter cooperativo do processo contemporâneo. Acontece que, no primeiro caso, a questão apesar de devidamente ventilada pela(s) parte(s), não foi objeto de pronunciamento judicial no sentido de evidenciar as impressões deste, acerca da

---

<sup>338</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 2010, p. 500.

<sup>339</sup>Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 75.

referida matéria e das razões apresentadas pelos demais sujeitos processuais, tornando impossível a verificação dessa atividade dialógica. Já no segundo caso, acontece o inverso, apesar de ter havido a manifestação judicial acerca da questão, não foi devidamente oportunizado às partes a possibilidade de sobre a mesma se manifestar, apresentando seus argumentos com fito de influenciar a formação do ato judicial decisório, que assim resultou, nesta parte, do trabalho solitário do magistrado.

Como se pode observar, em ambos os casos, o resultado final foi o mesmo, a decisão foi proferida sem a participação de algum ou alguns dos sujeitos processuais, em razão de terem sido ausentes as impressões deste(s) sobre ponto relevante ao deslinde da causa. Assim, nada mais natural, do que ser vindicada a utilização de um mesmo remédio processual para a impugnação de ato judicial cujo defeito, a cabo, fora o mesmo. A finalidade dos embargos declaratórios, como restou evidenciado, aliás, é também a mesma: a correção da omissão de um dever judicial, pelo desfazimento do ato decisório e a consequente oportunização da prática do ato anteriormente omitido, de modo a permitir que o provimento judicial seja o resultado da atividade cooperada e dialógica de todos os sujeitos processuais.

Nestes termos, portanto, pode se dizer que a utilização desse instrumento recursal para o combate das decisões-surpresa, parte da ideia de que a decisão judicial, em uma visão contemporânea, exige a participação dos sujeitos processuais quanto a todos os pontos que sejam relevantes à resolução da causa, sob pena de ferir a natureza cooperativa do processo, que exige o constante e efetivo diálogo entre os mesmos. Os embargos de declaração, neste esteio, funcionam como um verdadeiro instrumento de garantia de cooperação no processo,<sup>340</sup> demandando que o dever de consulta seja observado, exercendo-se o contraditório das partes ainda que de forma postergada e impositiva.

O Projeto de NCPC, neste ponto, decepciona um pouco, uma vez que poderia ter sido mais claro quanto ao remédio processual adequado ao combate das decisões-surpresa - e assim eliminado eventuais dúvidas quanto ao cabimento dos embargos de declaração para tanto -, já que finalmente veio a prever a sua vedação de forma expressa. O sentimento que acaba ficando, portanto, é de que o Projeto deu um passo à frente, quando poderia ter dado dois em direção a uma disciplina mais completa relativamente às decisões-surpresa.

---

<sup>340</sup>MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2009, p. 139-140.

Marinoni e Mitidiero, inclusive, chegam a propor, neste sentido, uma redação alternativa ao referido art. [976], II do Projeto, para incluir a omissão ao dever de consulta como hipótese de cabimento dos embargos de declaração, ficando o dispositivo escrito da seguinte forma: "II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal ou o dever de diálogo judicial."<sup>341</sup> Certamente tornaria muito mais fácil a prática forense neste ponto, que atualmente exige do advogado um malabarismo argumentativo para justificar a utilização dos embargos declaratórios como instrumento de combate a decisões prolatadas em surpresa das partes.

A ausência de previsão expressa de cabimento dos embargos de declaração para combate a esse tipo defeituoso de decisão termina por tornar a apreciação dos fundamentos do recurso sempre uma incerteza, não sendo escassos os casos em que o magistrado se nega a conhecer do mesmo sob o argumento de não entendê-lo como a via correta para a impugnação das decisões-surpresa. Em todo caso, na hipótese do interessado não ter optado pela utilização dos embargos para tanto, ou na circunstância de, tendo o escolhido, não tenham sido os mesmos aceitos com base neste fundamento, tendo em vista o caráter opcional dos embargos e o fato de ter o mesmo o condão de interromper o prazo recursal dos demais recursos - nos termos do art. 538, CPC vigente (e art. 980 do Projeto), será possível proposição do recurso tipicamente cabível.

Poderá, então, ser interposta apelação, no caso do ato recorrido se tratar de uma sentença (art. 513 do CPC e art. 963 do Projeto), ou ainda, recurso especial, no caso de acórdão. Registre-se que, novamente, diante dessa última espécie de recursos, vai ser exigida do advogado da parte interessada uma boa dose de manobra jurídica, na medida em que, vai ter que embasar seu pedido recursal na violação do direito de defesa (ou outro princípio, expressamente previsto na legislação federal, que possa estar conectado às decisões-surpresa), apontando o respectivo dispositivo legal federal desrespeitado, tendo em vista as hipóteses de cabimento do recurso especial ser muito mais restrita, uma vez que dirigido a um dos órgãos de cúpula brasileiro, o STJ - nos termos do art. 102, III, a, CF. Talvez a sua utilização para fins de combate às decisões-surpresa, após a entrada em vigor do NCPC (ainda em fase de projeto), torne-se menos complicada, tendo em vista a existência de um dispositivo legal federal que expressamente prevê a proibição desse tipo de decisão no referido Projeto.

---

<sup>341</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 76.

Impende lembrar, contudo, que a nulidade configurada na surpresa da decisão é relativa, pelo que deve ser alegada na primeira oportunidade possível, sob pena de se ter por convalidada, sendo assim, o recurso especial não pode servir para reclamar, em segunda instância, um defeito ocorrido na sentença, posto que o momento adequado teria sido na apelação. O recurso especial só poderá ser utilizado para os fins em comento quando se tratar de acórdão resultante do julgamento em primeira ou única instância, ou ainda, no caso excepcional de ter sido a surpresa resultante da apelação - como no caso, por exemplo, do reconhecimento, em sede de apelação, de uma matéria oficiosa, sem ter sido a mesma submetida ao contraditório das partes.

A toda evidência, portanto, os embargos de declaração se mostram como um meio recursal mais simples para desfazimento da decisão prolatada em surpresa das partes - para prática postergada e impositiva do contraditório -, afinal, é interposto ante o próprio órgão prolator da decisão (dentro do prazo de cinco dias), sem a necessidade de preparo, nos termos do art. 536 do CPC atual (e art. 977 do Projeto de NCPC). Enquanto a apelação e o recurso especial são interpostos, em regra, perante órgão jurisdicional hierarquicamente superior, exigem preparo - que, no caso da apelação, varia de tribunal para tribunal e tem como base de cálculo, normalmente, o valor da causa -, o que pode configurar-se como empecilho para o exercício do direito recursal, e apresentam pressupostos de admissibilidade muito mais complexos, principalmente, no caso do recurso especial, o qual apresenta, inclusive, duas fases para a sua verificação.

Registre-se que o objetivo imediato dos embargos de declaração é o aperfeiçoamento do provimento judicial e não visa, ao menos a princípio, a anulação ou a modificação da decisão recorrida. Por isso, quando a omissão tiver o condão de trazer modificações substanciais ao provimento judicial - como no caso da omissão do dever de consulta -, diz-se estar diante de embargos de declaração com efeitos infringentes (modificativos), exigindo-se o contraditório da parte contrária quanto ao objeto recursal antes da prolação da decisão do recurso,<sup>342</sup> sob pena de, por ironia, configurar uma decisão-surpresa.

Marinoni e Arenhart argumentam que, por razões de celeridade e economia processual, nestes termos, os embargos de declaração com efeito infringente sub-rogar-se-iam no lugar do recurso tipicamente cabível, na medida em que se apresentam como

---

<sup>342</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 2010, p. 548-549.

recurso de maior simplicidade, sem exigência de preparo e que dispensa o reexame da matéria por outro órgão hierarquicamente superior.<sup>343</sup> Ou seja, tipicamente, o recurso cabível seria uma apelação ou um recurso especial, conforme apontado anteriormente, a depender da espécie de decisão, mas tais podem ser substituídos pelos embargos de declaração, os quais, aliás, não impedem, de regra, a interposição posterior do referido recurso típico, pelo já mencionado efeito interruptivo dos demais prazos recursais.

Lembra-se, apenas que, tendo sido conhecidos e julgados os embargos de declaração (com efeito modificativo), com fundamento na omissão do dever de consulta - que resultou na prolação de decisão-surpresa, a que se pretende invalidar -, não haverá o que se suscitar a surpresa da decisão nos fundamentos recursais da apelação ou do recurso especial. Uma vez que, à semelhança do que ocorre no caso português das reclamações e recursos ordinários, conhecidos os embargos com efeitos infringentes, terá sido exercido o contraditório acerca da questão tida como surpresa, restando ao interessado apenas recorrer com base no *error in iudicando* (não mais no *error in procedendo*), já que, por intermédio dos embargos, a questão já teria sido devidamente discutida pelas partes.

Como se pode observar, os ordenamentos português e brasileiro apresentam um pensamento semelhante no trato da matéria, apesar das evidentes diferenças no regime recursal de tais países. Ainda que a reclamação não seja considerada um recurso, em muito se assemelham aos embargos, na medida em que representam uma forma mais simples de abordar a nulidade configurada na omissão do dever de consulta (e do exercício do contraditório).

---

<sup>343</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 2010, p. 549.

## CONCLUSÕES

É inegável que o modelo cooperativo de processo é a tendência contemporânea que mais se adéqua aos atuais valores da sociedade, apesar de ainda haver uma grande resistência na mentalidade jurídica dos aplicadores do direito quanto aos seus ditames. Afinal de contas, é muito difícil abrir mão de certos hábitos, ainda quando não são mais úteis aos interesses em vigor. É uma tendência do ser humano se apegar ao conhecido, e temer àquilo que desconhece, trata-se de resquícios de um instinto natural de sobrevivência.

Não se pode, contudo, hodiernamente, olvidar da importância do papel de gestor ou diretor processual atribuído ao magistrado, tampouco se pode argumentar que a concessão de poderes processuais neste sentido ao mesmo teria o condão de torná-lo uma figura totalitária, ao menos não nos termos impostos pela estrutura cooperativa, que atualmente vigora nos ordenamentos contemporâneos. Isso porque, como fartamente repisado, o aumento e fortalecimento dos poderes judiciais são sempre acompanhados de um equivalente robustecimento das garantias processuais das partes.

E é neste esforço desempenhado pelo legislador de contrabalanceamento na distribuição dos poderes entre os sujeitos processuais, que o contraditório, em sua conotação dinâmica, desempenha papel indispensável à garantia dos direitos das partes frente à posição de gestor/diretor assumida pelo magistrado, uma vez que o contraditório é responsável por assegurar o diálogo constante entre os sujeitos processuais, impedindo que sejam as partes surpreendidas pela atuação ativa do órgão jurisdicional em sua missão de buscar a solução substancialmente mais adequada para o litígio.

Consoante exhaustivamente ressaltado, a decisão, dentro desse novo formalismo do processo, precisa ser necessariamente o resultado da atividade participada dos sujeitos processuais, que ao longo de todo o procedimento, fazem um intercâmbio de suas ideias acerca das questões de fato e de direito ventiladas nos autos. Nenhum ponto relevante ao deslinde da causa, aliás, seja ele conhecível ou não de ofício pelo magistrado, pode prescindir do debate trilateral dos sujeitos processuais, sob pena da decisão resultar eivada de um vício de validade sanável.

Isso porque o valor da participação efetiva - que implica no poder de influência sobre a formação do cognitivo judicial - passou a ser concebido como essencial à legitimação da decisão, tornando-o um requisito processual de validade da mesma, a qual, aliás, repise-se, é ato existente ainda quando prolatada em surpresa das partes, afinal, como concluído, neste caso, estar-se-ia diante de um problema de validade, que poderá ou não importar em uma questão de ineficácia, a depender de haver a decretação da nulidade ou a convalidação do defeito.

A participação das partes por intermédio do contraditório se tornou um valor tão importante à estruturação compartilhada do formalismo processual atual, que ao magistrado, em sua condição de gestor/diretor do processo, foi imposto o dever não só de zelar pela sua observância como igualmente de observar, ele mesmo, o contraditório acerca das matérias relevantes ao deslinde da causa. Assim, pelo chamado dever de consulta ou de diálogo, ficou o magistrado obrigado a chamar as partes para a discussão e se submeter, ele também, ao debate dos pontos, fáticos e jurídicos, que possam influenciar o resultado do processo, consubstanciado na decisão.

Em razão desse dever, resultante da incidência do princípio da cooperação e intimamente conectado ao princípio do contraditório, resta consagrado que nem mesmo as questões conhecíveis de ofício podem dispensar o debate e intercâmbio de ideias acerca das mesmas. Mesmo quando diante da atividade de qualificação jurídica, a que tradicionalmente se atribuiu ao magistrado uma ampla liberdade de apreciação, tendo em vista o entendimento de que *iura novit curia*, não mais se admite prescindir a questão da discussão pelas partes. Até porque, hoje se entende que, mesmo que se presuma o amplo conhecimento do direito pelo magistrado, não mais se olvida da sua condição de ser humano - sempre sujeito ao cometimento de falhas -, ainda mais quando se admite a amplitude, diversidade e complexidade do direito contemporâneo.

Hoje se sabe que poder conhecer de ofício uma matéria e/ou poder agir de ofício, sem provocação das partes não é a mesma coisa que agir sem ouvir as mesmas. O magistrado pode até prescindir da provocação das partes para conhecer de uma questão ou agir no processo, mas, em regra, deverá submeter sua atividade oficiosa ao conhecimento das partes, permitindo que as mesmas se manifestem e se posicionem acerca da situação, antes de ser possível a tomada da decisão. Agir de forma diversa implicará, normalmente, no desrespeito às garantias de participação efetiva das partes na formação do provimento

jurisdicional, tornando-o passivo de invalidação, por ter sido prolatado em surpresa das partes.

A decisão-surpresa, como já evidenciado, é uma espécie indesejável ao ordenamento jurídico contemporâneo, por ir de encontro aos valores perseguidos pelo processo. Por isso mesmo, a tendência dos ordenamentos processuais é no sentido de prescrever a sua vedação expressa. Mas mesmo quando ainda assim não o seja, como acontece com o ordenamento brasileiro em vigor, a doutrina e jurisprudência se encarregam de criar toda uma argumentação, embasada em outros valores expressamente previstos em dispositivos legais, que serve para demonstrar a intenção do legislador nesse sentido, permitindo assim, igualmente o seu combate.

A impugnação das decisões-surpresa, aliás, é uma questão não tão bem disciplinada pelos diplomas processuais português e brasileiro, sendo os remédios processuais adequados para tanto apontados pela doutrina e pela jurisprudência. A questão no direito brasileiro é ainda um pouco mais complicada, tendo em vista que o remédio processual indicado pela doutrina (Embargos de Declaração) só se torna possível de ser utilizado na medida em que se admita uma interpretação extensiva do dispositivo legal que o prescreve. E, infelizmente, o Projeto de NCPC brasileiro não aparenta ter pretendido resolver o problema, conforme sugestionado pela doutrina. Além do mais, o sistema recursal brasileiro ainda se apresenta como sendo um tanto mais complexo que o português, que possui um número mais reduzido de opções de recurso.

Não restam dúvidas, todavia, de que o que se pretende é que a nulidade seja suscitada na primeira oportunidade possível e através do remédio processual mais célere e simples, de preferência servindo para interpelar a própria autoridade jurisdicional prolatora da decisão. Tudo com vistas a possibilitar que a decisão seja, tão logo que possível, invalidada e desfeita, sem causar maiores embaraços ao regular andamento do processo, oportunizando o exercício do contraditório pelas partes - ainda que tardio e de forma impositiva -, e permitindo que, então, o ato judicial possa ser refeito, agora de forma válida. Não se admite, entretanto, que a ausência de contraditório, por omissão do dever de consulta, seja alegada como defeito de invalidade quando, de fato, não tenha ocorrido a surpresa, ou quando esta não tenha causado qualquer prejuízo às partes, porque não possuíam estes argumentos pertinentes capazes de causar mudanças no cognitivo judicial quanto àquela questão.

É preciso sempre ter em mente que o processo está permeado por inúmeros valores, que muitas vezes são colidentes, demandando do julgador da causa uma boa dose de razoabilidade no momento de decidir quais devem prevalecer e em qual medida. Da mesma forma, resta imposto às partes o dever de lealdade e boa-fé processual, no sentido, de se abster de utilizar dos instrumentos processuais de forma inadequada.

A celeridade e economia processual podem ser vetores do processo, mas não podem servir para justificar o desrespeito a garantias processuais, tais como a do contraditório. Estas, da mesma forma, também não podem ser exigidas e/ou exercidas pelas partes de forma banal, a ponto de causar retardamento injustificado do procedimento. E nisso resta fortificado o entendimento de que um posicionamento ativo do magistrado é imprescindível para que a estrutura participada do processo funcione em consonância com as garantias processuais das partes, de forma harmoniosa, garantindo que a verdade substancialmente adequada ao caso concreto seja alcançada em tempo razoável.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2010.

AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*. 10. ed., Coimbra: Almedina, 2011.

ARAGÃO, Egas D. Moniz. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileira, ano III, n. 4, jan. 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, Set., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/11022806/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. Código de processo civil. In: FILHO, Nylson Paim de Abreu (Org.). *Codex: o mini vade mecum*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 8046/10. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição e constitucionalismo*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1162-1163.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Almedina, 2013.

COSTA-MARTINS, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Brasília. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n.139, jul-set, 1998.

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.

DIDIER JR., Fredie. *A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro/>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 12. ed., Salvador: JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível em: <<http://ufba.academia.edu/FredieDidier>>. Acesso em: 06 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. *Princípio do contraditório: aspectos práticos*. Gênesis - Revista de Direito Processual, Curitiba, n. 29, jul./set., 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: <<http://ufba.academia.edu/FredieDidier>>. Acesso em: 05 mai. 2013, p. 3.

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

DONIZETTI, Elpídio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2564, 9 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16936>>. Acesso em: 6 maio 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, J.O. Cardona. *Guia de recursos em processo civil*. Coimbra: Coimbra, 2002.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca pela verdade real*. Informação recebida do autor por e-mail em 07 de maio de 2013.

GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Revista Julgar, Lisboa, n. 1, 2007

\_\_\_\_\_. *Regime Processual Experimental*: anotado: decreto-lei nº 108-2006, de 8 de Junho. Coimbra: Almedina, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, ano 34, fev. 2009.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/HansKelsenTeoria.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/HansKelsenTeoria.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de A.; CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de. Adaptabilidade no projeto do novo código de processo civil. *Revista da Esmese*, Aracaju: ESMESE/TJ, n. 17, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Armindo Ribeiro. *Recursos em processo civil: reforma de 2007*. Coimbra: Coimbra, 2009.

MENDONÇA, Luis Correia de. *Vírus autoritário e processo civil*. In: *Revista Julgar*, n. 1, 2007.

MESQUITA, Miguel. *Princípio do Contraditório*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 11 nov. 2011.

MESQUITA, Miguel. *Recursos*. Coimbra, FDUC: mestrado em direito processual civil. Aula ministrada em: 31 mai. 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. São Paulo: Bookseller. 2000, v.1, v.2 e v.3.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 33, Jul-Set, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Rio de Janeiro. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, ano III, n. 4, jan. 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 49, 1. trim., 1986.

\_\_\_\_\_. *O neoprivatismo no processo civil*. Caderno de Direito Privado, Minho: CEJUR, n. 10, abr-jun, 2005.

NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 14. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

NUNES, José Coelho Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Ajuris*, v. 33, n. 104, 2006.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *Revista Genesis*, Curitiba, jan. e mar., 2003.

PARCHEN, Laura Fernandes. *Impacto do princípio da cooperação no juiz*. In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=154>>. Acesso em 19 jul. 2012.

PASSOS, J.J Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto Moderno). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, v. XXVI.

PORTUGAL. *Novo Código de Processo Civil*. 27. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

PORTUGAL, STJ, Recurso de Revista 8802/02, Rel. Cons. Araújo Barros, 13 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

RAATZ, Igor. *Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Revista SJRJ, v. 18, n. 31, ago. 2011.

RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa - contributo para a sua (re)compreensão no Direito Processual Civil Português*. 2011. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no projeto de novo código de processo civil*. In: Revista de Informações Legislativas, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun., 2011.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira do. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2013, p. 5-6.

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

\_\_\_\_\_. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 2000.

STOLZE, Pablo Gagliano; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 12. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARUFFO, Michele. Elementos para una definición de «abuso del proceso». In: \_\_\_\_\_. *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Amburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta*. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

VALLES, Edgar. *Prática processual civil com o novo CPC*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2013.

VARELA, Antunes. *Manual de processo civil: de acordo com o dec.-lei 242/85*. 2a. Ed. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 10.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código*. Novas tecnologias ao serviço da justiça. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.