



VICTÓRIA HOFFMANN MOREIRA

A GESTÃO MATERIAL NO PROCESSO CIVIL E A BUSCA DA DECISÃO JUSTA

Mestrado em Ciências Jurídico-Civilística/Menção em Direito Processual Civil

JULHO/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO**

VICTÓRIA HOFFMANN MOREIRA

**A GESTÃO MATERIAL NO PROCESSO CIVIL E A BUSCA DA DECISÃO
JUSTA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito com menção em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita, no curso de Mestrado Científico em Direito, com menção em Direito Processual Civil.

Coimbra

2016

AGRADECIMENTOS

Ao final desta caminhada é necessário expressar em algumas palavras o sentimento de gratidão por todos aqueles que me acompanharam.

Agradeço aos meus pais, irmão e avós pelo apoio e por me permitirem buscar esse sonho. Ao Áthilla pelo companheirismo, paciência e amor a mim dedicados nesse período. Aos meus amigos, aqueles de sempre e os que Coimbra me presenteou.

Agradeço ao Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita pelos seus ensinamentos, diálogo e pela sua paciente e atenta orientação. À Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto de Resende pela sua cautelosa avaliação e por suas críticas no primeiro ano de mestrado que me ajudaram a crescer como investigadora.

Ainda, agradeço aos Professores Doutores Michele Lupoi e Lorenzo Bujosa Vadell que me acolheram nas Universidades de Bolonha e Salamanca (respectivamente).

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

RESUMO

O presente estudo discorre sobre a percepção de um processo civil cooperativo e preocupado com a busca da decisão justa para o caso concreto. Para alcançar a justiça da decisão, defende-se a gestão material do processo civil, na qual o rol dos poderes do magistrado deve ser ampliado e o princípio do dispositivo atenuado. Ampliar o rol de poderes do juiz não significa adotar um processo autoritário. Por conta disso que o respeito ao efetivo contraditório cumpre uma função substancial no exercício da gestão material do julgador. Através dos meios de prova serão colhidos elementos necessários para o alcance da decisão justa, ressaltando, porém, que as regras de ônus da prova deverão permanecer aplicadas no processo, mesmo que de forma residual. Nesse sentido, entende-se que a disponibilidade das partes deve aliar-se a uma efetiva gestão do juiz, por meio de um processo cooperativo preocupado com a solução do caso concreto.

Palavras-chave: Gestão Material Do Processo Civil. Poderes do Juiz. Processo Cooperativo. Busca da Verdade. Decisão Justa.

ABSTRACT

The present paper discuss a perception of cooperative civil procedure concerned with the seeking of fair decisions to a given case. To reach justice of decision, civil procedure material management, in which magistrate powers list ought to be expanded and dispositive principle weakened. Expanding the list of judge powers does not mean adopting an authoritarian process. Therefore, the respect to effective adversarial rights fulfills substantial function in exercising judgmental material management. The necessary elements to reach a fair decision shall be collect through means of evidence, reinforcing, however, that burden of proof rules ought to be applied to process, even residually. In this regard, is understood that willingness of parties should be allied to an effective judicial management through a cooperative process concerned with solving the given case.

Keywords: Civil Procedure Material Management. Judge Powers. Cooperative Process. Seek of Truth. Fair Decision.

Índice

Introdução	6
1. Processo e Procedimento	9
1.1. Fases Metodológicas do Processo Civil	10
1.2. O Processo na Disposição das Partes.....	13
1.2.1. O Princípio do Dispositivo e seus Desdobramentos.....	15
1.2.2. O Ônus de Alegação e os Fatos.....	19
1.3. O Publicismo e o Fortalecimento da Atuação do Juiz no Processo Civil.....	26
1.3.1. A Ampliação dos Poderes do Juiz no Processo Civil.....	30
1.3.2. A Atenuação da Disponibilidade das Partes para o Alcance da Decisão Justa e Efetiva.....	36
1.4. O Modelo Cooperativo de Processo: Fundamentos, Conceitos e Posituação no Direito Português e Brasileiro	43
2. A Gestão Processual no Modelo Cooperativo de Processo.....	50
2.1 O Poder-Dever de Gestão do Magistrado no Processo: Da Adequação Formal à Gestão Material.....	52
2.1.1 Os Limites à Gestão do Magistrado no Processo e a Imparcialidade.....	59
2.1.2 Os limites à Gestão do Magistrado no Processo e o Respeito ao Princípio da Igualdade e do Efetivo Contraditório.....	61
2.2. A Gestão das Partes no Processo: Adequação do Procedimento pelas Partes e as Convenções Processuais no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015	67
3. O Direito à Prova e a Busca da Verdade	75
3.1 Aspectos Gerais sobre a Prova: conceito, finalidade e meios de provas.....	76
3.2 Ônus da Prova	80
3.2.1 Ônus ou Obrigação das Partes?.....	82
3.2.2 Teorias Estáticas e Dinâmica do Ônus da Prova.....	84
3.2.3. A Estrutura do Ônus da Prova e a Aplicação de suas Regras como Instrumento Processual para o Juiz em Situações de Dúvida.....	90
3.3 A Busca da Verdade no Direito Processual Civil: O Alcance da Decisão Justa....	96
3.3.1 Aspectos Gerais sobre a Verdade Judicial.....	97
3.3.2 A verdade como Coerência e a Verdade como Correspondência.....	102
3.3.3 A Distinção entre Verdade, Verossimilhança e Probabilidade.....	103
3.3.4. O Alcance da Decisão Justa: A Importância dos Deveres de Lealdade e Boa-Fé no Modelo Cooperativo.....	106
Considerações Finais.....	113
Referências	115

Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a contribuição que a gestão material do processo civil traz para o alcance de uma decisão justa¹. Essa verificação será feita mediante o estudo da evolução do processo civil, de modo a compreender o que atualmente pode ou não estar na disposição das partes. O advento de um processo cooperativo de dispositivo mitigado será considerado um suporte para o desenvolvimento desta pesquisa.

Primeiramente, será estudada a estrutura do processo liberal - aplicação rígida do princípio do dispositivo, em que o processo está no poder das partes e a decisão justa não é relevante. Seguindo por esses passos, buscar-se-á mostrar que a percepção de processo liberal e privatístico, aos poucos, vem sendo superada. O direito processual civil está começando a compreender que a busca da verdade no caso concreto não é um subproduto de um processo cujo objetivo é resolver o conflito entre as partes². Dessa forma, a decisão justa passa a ser considerada o objetivo do processo e, em decorrência disso, há a atenuação do princípio do dispositivo e ao juiz é dado o poder/dever de garantir a efetividade na tutela dos interesses discutidos³.

Ao traçar uma ideia de princípio do dispositivo mitigado, analisar-se-á o fortalecimento da atuação do magistrado no processo. Esse fortalecimento se dará mediante a adoção de um processo publicístico, que exige do juiz uma posição mais ativa e participativa combinada com um processo preocupado em dar tutela ao caso concreto. A visão publicística não fez com que o processo deixasse de ser das partes, apenas deu a ele uma maior finalidade, o que o tornou, também, da justiça.

Nessa nova perspectiva, o processo civil passa a estar mais preocupado com o alcance da solução no caso concreto e de uma decisão justa⁴. Entretanto, será importante

¹ Isto pois “Por regla general, en efecto, quien piensa en las decisiones de los órganos judiciales no piensa en decisiones cualesquiera, casuales o arbitrarias, o mucho menos injustas, sino que piensa, o al menos espera que los jueces decidan “según justicia” las controversias que les son sometidas.”. TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Editora Temis. Bogotá, 2006, p. 199.

² TARUFFO, Michele. *Verità e Processo*. Revista de Processo, Ano 39, vol. 228. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, p. 21.

³ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Colección Internacional n° 32. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 134.

⁴ Quanto à percepção de processo justo ver RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da Prova no Processo Civil. Do ônus ao dever de provar*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 40-41 e TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Editora Temis. Bogotá, 2006, p. 199 e ss.

deixar claro que isso não significa a defesa de um processo autoritário. O que se buscará mostrar é a possibilidade de um juiz com poderes instrutórios autônomos, que respeite as garantias processuais no âmbito de um sistema político democrático⁵.

As provas e os meios de prova, como elementos necessários para o alcance da verdade no caso concreto⁶, passarão, então, a ser buscados também pelo magistrado, ao invés de restarem única e exclusivamente nas mãos das partes. Ao atribuir maiores poderes ao magistrado, sem ferir a disponibilidade das partes, se chegará a um processo mais flexível que não esteja pautado no formalismo exagerado.

Para traçar o papel do juiz no atual processo civil será necessário harmonizar: (i) o dispositivo, segundo o qual o processo é visto como campo exclusivo das partes; (ii) o inquisitório/direção do processo, segundo o qual se releva o interesse público na resolução do litígio privado; e (iii) a colaboração, que pressupõe que a rápida e justa decisão é comum a ambas as partes⁷. Essa harmonização irá se traduzir em um processo flexível, que garanta o direito das partes e que tenha um juiz condutor e gestor do processo.

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

O contraponto entre Brasil e Portugal, neste aspecto, mostra-se interessante, uma vez que ambos os ordenamentos jurídicos, agora, possuem a positivação de um processo colaborativo que, de certa forma, ampliou os poderes de atuação do juiz, mas com peculiaridades que na prática acarretam diferenças significativas na gestão processual.

Por isso, será preciso identificar como se dá a gestão do processo, tanto no ordenamento português como no brasileiro. O processo que busca decisões justas possui condições de alcançá-las apenas com uma gestão formal, ou é necessário atribuir aos magistrados poderes mais efetivos, com uma gestão de cunho material? Ao longo deste estudo tentar-se-á responder essas questões.

⁵ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, pp. 185-209.

⁶ *Ibidem*, p. 108.

⁷ GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar n°1: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Lisboa, 2007, pp. 48 e 64.

Dessa forma, importante será identificar o que pode ou não estar na disposição das partes. Além disso, será necessário identificar a inevitabilidade de uma mudança da cultura judicial para que o processo civil, comprometido em buscar a verdade, seja efetivo. Ainda, no que toca ao Brasil especificamente, será importante perceber se as partes e seus procuradores estarão preparados para a aplicação de convenções processuais – tópico que também será desenvolvido.

Outrossim, o presente estudo buscará expor que, seja através da gestão do magistrado ou da negociação das partes, o processo civil deve buscar decisões justas mediante um processo eficaz e preocupado com a solução do caso concreto.

1. Processo e Procedimento

O presente estudo, conforme já referido na introdução, tem o intuito de traçar linhas de um processo civil preocupado com a busca da verdade no caso concreto. Para se compreender que a finalidade do processo passou a ser o alcance de uma decisão justa, é necessário permear alguns temas que irão justificar essa ideia. Esse caminho se inicia pela análise do processo e do procedimento, de forma a delinear características importantes da relação jurídica processual.

Por muito tempo o objetivo do processo civil era permitir a aplicação do direito material violado⁸, estando imbuído de um caráter privado de processo. A percepção do processo como mero aplicador do direito material estava relacionada à ideia de direito privado das partes, em que vigorava o modelo de processo dispositivo, no qual a disposição dos atos se encontrava nas mãos das partes, ocupando o juiz uma posição passiva e inerte.

No entanto, no decorrer de décadas passou a ser necessário separar o direito material do direito processual, para que este passasse a ter uma natureza pública. Esse processo de natureza pública trazia uma predominância dos poderes do magistrado, ligada ao modelo de processo inquisitório, em que o julgador assumia uma posição autoritária, de modo a não respeitar os direitos e garantias das partes.

Partindo desses dois modelos de processo, na atual dinâmica, passou a ser importante encontrar um ponto de equilíbrio⁹ entre o processo privatista e publicista – modelo dispositivo e modelo inquisitório. A necessidade de encontrar esse ponto de equilíbrio atribui à doutrina moderna uma grande responsabilidade.

No deslinde do presente trabalho serão discutidos temas importantes que levam a esse equilíbrio. De início, cabe traçar alguns aspectos relevantes sobre as fases metodológicas do processo civil para compreender como se deu seu desenvolvimento.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 423.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 73. Para os autores, “Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise, atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo.”.

1.1. Fases Metodológicas do Processo Civil

Embora já traçados breves pontos sobre as fases pelas quais o processo civil passou, cabe agora trazer algumas referências da evolução das fases metodológicas do processo e de como se passou a defender o processo como instrumento a serviço da sociedade. Ao longo da história, pode-se dizer que existiram três fases metodológicas do processo civil: o sincretismo ou praxismo; a autonomista, processualista ou conceitual; e a instrumentalista. Essas fases se desenvolveram durante os séculos e trouxeram evolução para o processo civil como um todo.

De início, tem-se o praxismo como a primeira fase, na qual não existia a divisão entre o direito material e o direito processual, sendo o processo considerado um simples método de exercício de direitos. Não se tinha a consciência da autonomia da relação jurídica processual¹⁰.

Pode-se dizer que o praxismo é considerado como a pré-história do processo civil. Ele era aplicado no “[...] tempo em que se aludia ao processo como “*procedura*” e não ainda como “*diritto processual civile*”, época, com efeito, em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material.”¹¹. A noção de processo privado, derivada do direito material, dominava o direito processual. Nessa fase, eram tutelados direitos subjetivos particulares e o processo era considerado um mero procedimento¹².

A segunda fase, conhecida como autonomista, foi marcada por grandes construções científicas do direito processual, em que foram desenvolvidas diversas teorias como, por exemplo, a da natureza jurídica da ação. Aqui o processo era visto como mero instrumento técnico para a realização do direito material, de modo que não havia preocupação com a justiça que ele poderia alcançar¹³.

Trazia diferenças do praxismo, pois o processo deixava de ser “*procedura*” e passava a ser um “*diritto processual*”, com bases publicistas. Isso quer dizer que a ação

¹⁰ *Ibidem*, p. 51.

¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, pp. 18-19.

¹² *Ibidem*. pp. 19-20.

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino, ob. cit. pp. 51-52.

não era mais compreendida como apêndice do direito material, mas sim como direito público subjetivo¹⁴.

Não se pode negar que a fase processualista trouxe consigo uma evolução. Porém, essa não se mostrou suficiente para acompanhar o desenvolvimento do direito processual civil, passando-se, então, à fase instrumentalista, que, para certa parte da doutrina, é a que ainda vigora nos dias de hoje¹⁵. Foi nessa fase que se começou a ver o processo através do ângulo externo, de modo a analisar os seus resultados práticos. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, a instrumentalidade é o núcleo e a síntese de movimentos para o aprimoramento do sistema processual, tanto no sentido de garantia de igualdade das partes, de efetividade do processo, como também do aumento da participação do juiz na instrução da causa¹⁶.

O instrumentalismo mostra que o processo não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para o fim da tutela do direito substancial público e privado¹⁷. Por meio da instrumentalidade, o processo deixa de ser apenas um instrumento técnico para resolver o litígio e torna-se um instrumento que possa servir a sociedade¹⁸. Essa instrumentalidade está ligada à constitucionalização do processo civil, que entende que o processo deve estar preocupado com garantias e direitos fundamentais constantes da Constituição, de modo que a resolução de um litígio não pode importar unicamente às partes, mas sim para a sociedade em geral.

É com a instrumentalidade que se passa a pregar maiores valores no processo. Esses valores fazem com que princípios constitucionais e garantias fundamentais sejam

¹⁴ MITIDIERO, Daniel, ob. cit. p. 22.

¹⁵ Parte da doutrina entende que “Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo.” O formalismo-valorativo seria considerado como uma nova fase metodológica do processo civil, correspondente ao modelo cooperativo de processo, que supera a fase instrumentalista. Nesses termos, o formalismo-valorativo pressupõe que “Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para a sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.” MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 32.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade no Processo*. 14ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2009, p. 30.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1974, p. 5.

¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 52. Nesses termos, “É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.”

efetivamente aplicados no decorrer da lide. A técnica da instrumentalidade faz com que o processo se adeque e adapte o mais hermeticamente com a natureza particular de seu objeto e do seu fim (a natureza particular do direito substancial e a finalidade de tutelar os institutos desse direito)¹⁹.

Outrossim, entende-se que o processo instrumentalista é mais aderente ao direito material²⁰, permitindo que o processo se adeque a situações do caso concreto, indo de encontro à possibilidade de um processo cooperativo através da participação das partes.

Porém, embora certa parte da doutrina entenda que o processo civil ainda se encontra na fase instrumentalista e considere-a como uma verdadeira evolução do processo civil, acredita-se que hoje ela já está superada. O formalismo-valorativo impulsionado pelas ideias de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA passou a ganhar seu espaço no direito processual civil, de modo a ser considerado como um “[...] método próprio do direito processual civil no quadro do Estado Constitucional”²¹.

ALVARO DE OLIVEIRA defendia a percepção de formalismo-valorativo por entender que “Impõe-se, portanto, a veemente rejeição do formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso.”²². Mesmo que o processo tenha se tornado um instrumento para a resolução do litígio, por meio da fase instrumentalista, entende-se mais coerente a configuração disposta pelo formalismo-valorativo.

Com efeito, processo defendido neste trabalho possui os traços do formalismo-valorativo. Acredita-se que o formalismo exacerbado barra a busca de uma decisão justa. O processo civil atual deve munir o magistrado de maiores instrumentos para buscar a verdade do caso concreto, sendo que esses instrumentos só chegam a ele através de uma flexibilização de procedimento e de uma ampliação dos poderes que lhe são conferidos.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro, ob.cit. p. 6.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 23.

²¹ *Ibidem*, p. 116.

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. Revista de Processo, vol. 31, n° 137, pp. 7-31. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo 2006, p. 15.

1.2. O Processo na Disposição das Partes

Conforme referido no início deste capítulo, o processo por muito tempo foi considerado algo das partes em que o Estado não tinha nenhuma função contributiva para a solução dos conflitos. Essa percepção de processo das partes é voltada para um modelo dispositivo de processo de origem romano-germânica.

As bases desse modelo de processo são de direito privado e disponível das partes²³, não havendo interesse e nem relevância para o Estado o resultado da ação – percepção privatista do processo. Seus fundamentos encontram-se na própria estrutura do modelo econômico e jurídico do ordenamento processual²⁴ e é em virtude de sua aplicação que as partes são livres para dispor de seus interesses privados, conforme sua conveniência²⁵.

Por meio de uma verificação da história pode-se dizer que a solução originária de todos os povos primitivos era a justiça privada, em que o indivíduo fazia valer o seu próprio direito, mesmo que, se necessário, mediante o emprego de força²⁶. A predominância do princípio do dispositivo vigorou por muito tempo nos procedimentos cíveis em geral, estando as partes incumbidas de trazer aos autos todo o material necessário para o conhecimento dos fatos²⁷ e para a formação de convencimento do juiz²⁸. Esse encargo era dividido de maneira igualitária entre autor e réu e, nessa fase, “*No se hablaba*

²³A noção de processo privado e disponível também era percebida no século XIX na Itália “*Questo, come è dimostrato dal codice civile del 1942, in sostanza si allineava alla tradizione ottocentesca che proclamava il carattere privato, e quindi disponibile, dei diritti patrimoniali, e tale allineamento si riflettè anche sul contemporaneo codice di procedura civile.*”. CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e Società. Edizioni di Comunità*. Milano, 1972, p. 31.

²⁴PICÓ I JUNOY, Joan. *La Iniciativa Probatoria del Juez Civil: Un Debate Mal Planteado*. Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/2007. Uruguay, 2007, p. 574.

²⁵*Ibidem*, p. 574.

²⁶JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2002, p. 35.

²⁷Conforme dispõe GUASP, Jaime. *Juez y Hechos en el Proceso Civil: Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1943, p.62 “[...] así, la finalidad del proceso como resultado de la actividad de las partes, induce a una concepción cuasicontractual de la Justicia en la que viene a ser el Juez, un Notario que consagra lo hecho por las partes.”

²⁸CHIOVENDA, José. *Princípio de Derecho Procesal Civil*. Tradução José Casáis Y Santaló. Tomo II. Editora Reus (S.A). Madri, 1925, p. 253. Nas palavras do autor “[...] las partes tienen la misión de preparar el material de conocimiento, de deducir y probar al juez aquello que desean que tenga en cuenta como el juez, por regular, no puede tener en cuenta circunstancias que no resulten de los actos (<<judicet secundum allegata et probate>>; quod non est in actis non est in mundo>>), y como, por ultimo (§ 4) debe respetarse la igualdad de las partes en el juicio, derivase de aquí que la obligación de afirmar y probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una de ellas hacer valer los hechos que quiere que sean considerados por el juez, que tiene interés en que sean tenidos por él como verdaderos.”

*en este aspecto de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues éstas tenían todas las facultades careciendo el juez de ellas;*²⁹.

A característica mais marcante do processo privatista é a de conferir amplos poderes às partes, de modo a vincular o julgador. Esses aspectos que conferem amplos poderes às partes são percebidos no: a) poder monopolístico da parte em iniciar o processo; b) pleno poder das partes de dispor sobre o objeto do processo; c) vínculo do juiz aos pedidos das partes; d) vínculo do juiz as alegações das partes; e) vínculo do juiz as deduções probatórias; e f) poder monopolístico das partes de propor as impugnações e determinar seus limites e objetos³⁰.

É uma configuração inerente de uma ideia de processo liberal, em que imperava em absoluto a vontade das partes³¹ em todas as fases da tramitação. O juiz tinha o papel apenas de decidir sobre as questões postas, não intervindo para além daquilo que lhe era pedido³². O objetivo central do processo era resolver o conflito individual entre as partes e estas necessitavam apenas de um juízo que resolvesse a controvérsia³³. A busca da verdade no caso concreto não era considerada uma meta do processo, mas sim um efeito colateral de um processo cujo objetivo era resolver o conflito entre as partes³⁴.

De forma breve, foram articulados comentários sobre a percepção de processo privado. Assim, é prudente estudar os aspectos específicos relativos ao princípio do

²⁹ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª edición. Editora Thomson Civitas. Navarra, 2005, p. 466.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974, pp. 99-100.

³¹ As bases de direito privado do princípio do dispositivo refletiam no princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade (divergência terminológica que não cabe ser explicada neste estudo), que está ligado a liberdade do indivíduo. Esta liberdade é relativa ao modo pelo qual ele possui o controle sobre seus atos e decisões de acordo com seus interesses e valores pessoais, tanto para a realização de negócios jurídicos, como para situações de sua vida privada.

³² GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Ação Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar n°1: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Lisboa, 2007, p. 48.

³³ A percepção de processo civil em que impera o princípio do dispositivo, nas palavras de ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. Reimpressão. Coimbra Editora. Coimbra, 1993, pp. 373-374, é aquela em que “As partes dispõem do processo, como da relação jurídica material. O processo é coisa ou negócio das partes (concepção privatística, contratualista ou quase-contratualista do processo). É uma luta, um duelo entre as partes, que apenas tem de decorrer segundo certas normas. O Juiz arbitra a pugna, controlando a observância dessas normas e assinalando e proclamando o resultado (concepção duelística ou <<guerresca>> do processo). Donde a inércia, inactividade ou passividade do juiz, em contraste com a actividade das partes. Donde também que a sentença procure e declare a verdade forma (intra-processual) e não a verdade material (extra-processual).”

³⁴ TARUFFO, Michele. *Verità e Processo*. Revista de Processo, Ano 39, vol. 228. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, p. 21.

dispositivo, a fim de identificar o grau de disponibilidade que as partes têm no atual modelo processual.

1.2.1. O Princípio do Dispositivo e seus Desdobramentos

O princípio do dispositivo³⁵ advém de uma ideia de processo como coisa das partes. É um princípio que, mesmo em processos de cunho publicista, continua sendo fundamental. Por ser substancial ao processo, imprescindível é delimitar a atual amplitude dessa disponibilidade³⁶. Na concepção de processo preocupado com o alcance de uma decisão justa, a disponibilidade das partes não pode ter um caráter absoluto, mas sim flexível.

Pelo que se compreende, a disponibilidade das partes poderá se dar tanto no âmbito do pedido quanto no âmbito dos fatos e provas³⁷, de modo que a flexibilidade deve ser aplicada nesses dois aspectos. De início, torna-se, então, prudente definir a nomenclatura que será utilizada para compreender essa disponibilidade, considerando que ela se desdobra em duas vertentes diferentes³⁸, quais sejam: o princípio do pedido e o princípio do dispositivo em sentido estrito³⁹.

Esse desdobramento passou a ser percebido pela doutrina alemã no início do século XIX. A doutrina tratou de abreviar em princípios as diretrizes político-jurídicas que

³⁵ Na sua forma “clássica” o dispositivo é “*Al principio según el cual el juez no puede, en el proceso civil, tomar en consideración otros hechos sino aquellos que las partes hayan alegado (esto es, aquellos sobre los cuales hayan reclamado, indicándolos expresamente, su atención) se acompaña tradicionalmente el principio según el cual debe reservarse igualmente las partes la elección y la indicación de los medios de prueba idóneos para constatar en el proceso los hechos alegados (“iudex secundum allegata el probata partium decidere debet”).*”. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Librería “El Foro”. Buenos Aires, 1969, p. 404.

³⁶ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, pp. 107 e 108. O referido autor entende que é necessário abandonar os rótulos que definem os sistemas processuais, uma vez que estes não correspondem à realidade de sua aplicação. Para Taruffo, a distinção deveria ser entre sistemas probatórios centrados nas partes e sistemas probatórios centrados no juiz.

³⁷ Percebe-se que todos os sistemas probatórios modernos estão centrados nas partes, de modo que a diferença entre eles se dá no poder do magistrado dispor das provas não produzidas pelas partes de ofício. *Ibidem*, p. 109.

³⁸ Na sua forma “rígida”, o princípio do dispositivo “Tal como para a instauração do processo se exige o pedido da partes [*impulso processual inicial: supra, a*], também o seu andamento ulterior depende de solicitação das partes (*impulso processual subsecuente*). O desenvolvimento do processo tem de ser continuamente estimulado pelas partes (*ne iudex procedat ex-officio*).” ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. Reimpressão. Coimbra Editora. Coimbra, 1993, p. 374.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1974, p. 14 aduzia que estes princípios são “[...] máximas fundamentales que imponen al juez, entre otras cosas, no actuar ex officio, sino únicamente a instancia y dentro de los límites de la instancia del sujeto que es titular (o que puede actuar por el titular) de la relación deducida en juicio.”.

ordenavam o processo e distingui-las em duas classes de problemas⁴⁰, quais sejam: a *Dispositonsmaxime*, que diz respeito ao poder de decidir sobre a instauração do processo, sobre a sua subsistência e sobre a delimitação do litígio⁴¹; e a *Verhandlungsmaxime*⁴², que está ligada ao poder de introduzir a matéria de fato no processo, sendo um mecanismo processual relativo aos fatos e às provas⁴³.

Para parte da doutrina portuguesa, a *Dispositonsmaxime* é o princípio do dispositivo propriamente dito, enquanto a *Verhandlungsmaxime* deve ser entendida como o princípio da controvérsia⁴⁴. Essa corrente entende que o princípio do pedido está dentro do princípio maior do dispositivo.

Ainda quanto à nomenclatura, embora na Itália exista o uso indiscriminado da expressão “princípio do dispositivo”⁴⁵, percebe-se que há aqueles que entendem por dividir essa conceituação. Para a limitação do poder exclusivo da parte em instaurar o processo é utilizada a expressão “*princípio della domanda*”⁴⁶, enquanto o princípio do dispositivo em

⁴⁰ Cabe mencionar que parte da doutrina alemã atual defende, ainda, a existência da expressão a *Parteibetrieb*, que designa a iniciativa da parte em instaurar o processo e mantê-lo em movimento, deixando o conceito de *Dispositonsmaxime* apenas relativo ao poder de dispor do objeto processual já pendente, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Problema da “Divisão do Trabalho” entre Juiz e Partes: Aspectos Terminológicos*. Temas de Direito Processual (quarta série). Editora Saraiva. São Paulo, 1989, p. 39.

⁴¹ Ao que se compreende a *Dispositonsmaxime* está relacionada ao princípio do pedido, ou seja, à disponibilidade da parte de impulsionar o processo e delimitar o objeto do litígio. De forma análoga, MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, nº 3983, novembro-dezembro/2013, p. 135. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980, pp. 8, 281 e 285 e ss., também referia que o princípio do pedido é um princípio autônomo; Para VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil: Do Antigo ao Novo Código*. Editora Almedina. Coimbra, 1998, p. 304 “[...] tudo o que respeita à relação substancial litigiosa depende fundamental ou exclusivamente da iniciativa e da vontade dispositiva das partes: começo da instancia ou princípio do pedido, delimitação do objecto da acção e da defesa (factos jurídicos, pedido e causa de pedir e excepções substanciais – *Thema decidendum*).”.

⁴² Essa seria a versão do princípio do dispositivo em sentido estrito, desmembrada do princípio do pedido. É a versão que está relacionada ao aporte de fatos e das provas pelas partes.

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. ob. cit, p. 37.

⁴⁴ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2013, pp. 155-157. Para o célebre autor, o princípio do pedido seria o princípio do dispositivo em sentido estrito, enquanto o que aqui se considera como princípio do dispositivo em sentido amplo, seria considerado como princípio da controvérsia.

⁴⁵ Importante mencionar que o *Codice de Procedura Civile* italiano manteve como regra o princípio do dispositivo, não somente no sentido da disposição da ação pelas partes ao fixarem os limites para o *thema decidendum* (princípio do pedido), como também no sentido de que às partes corresponde a eleição e proposição dos meios de provas (princípio do dispositivo em sentido estrito); CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Librería “El Foro”. Buenos Aires, 1969, p. 404.

⁴⁶ A qual equivale ao princípio do pedido, defendido neste trabalho.

sentido processual ou formal seria designado pelo mesmo conceito do *Verhandlungsmaxime* da Alemanha⁴⁷.

Importante, então, é deixar clara a nomenclatura que será utilizada no presente estudo. A expressão “princípio do dispositivo” será mencionada por diversas vezes, significando ela toda a disponibilidade da parte no deslinde processual. No entanto, quanto ao poder de instauração do processo e delimitação do objeto da causa, será utilizada a expressão *princípio do pedido*. Já para o aporte de fatos e provas será utilizada a expressão *princípio do dispositivo em sentido estrito*.

Tal posição é adotada, pois, embora o princípio do dispositivo esteja ligado à atividade das partes no processo, acredita-se que ele não está vinculado ao princípio do pedido, por considerá-los como princípios autônomos. A flexibilização do princípio do dispositivo em sentido estrito é percebida já há algum tempo em diversos ordenamentos, no entanto, acredita-se que uma gestão material do processo deve considerar também uma mitigação a nível do princípio do pedido⁴⁸.

O chamado princípio do pedido também é considerado como princípio da iniciativa da parte ou do impulso processual. Quanto a esta face, significa dizer que os tribunais não podem ser auto-ativos⁴⁹, pois este princípio está vinculado ao princípio da autonomia privada/autonomia da vontade⁵⁰, que determina que as partes possuem liberdades sobre seus atos tanto na vida privada como no exercício judicial de seus direitos.

A justiça é inerte e deve permanecer assim no tocante à instauração do processo, pois “[...] se o juiz desse início ao processo, com base no simples conhecimento dos factos, ele poderia estar a agravar o conflito entre as pessoas sempre que estas tivessem a

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *O Problema da “Divisão do Trabalho” entre Juiz e Partes: Aspectos Terminológicos*. Temas de Direito Processual (quarta série). Editora Saraiva. São Paulo, 1989, p. 37.

⁴⁸ Nesse sentido, MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n° 3983, novembro-dezembro/2013, pp. 138, 141-142. O doutrinador expõe a possibilidade de mitigação do princípio do pedido a nível do procedimento cautelar comum. Ainda fala dessa possibilidade “[...] sempre que o autor requeira, unicamente, certa medida drástica e o juiz, em face dos factos alegados e provados, entenda ser conveniente e justo o decretamento de uma medida menos radical e qualitativamente diferente.”

⁴⁹ *Ibidem*. p. 136.

⁵⁰ GOUVEIA, Mariana França. *O Princípio do Dispositivo e a Alegação de Factos em Processo Civil: A Incessante Procura da Flexibilidade Processual*, p. 602; Pode-se dizer, de forma ampla, que “O princípio do dispositivo é a tradução processual do princípio constitucional do direito à propriedade privada e da autonomia da vontade.”

esperança de que o litígio morresse por si ou viesse a resolver-se através de caminhos menos árduos, quezilentos e dispendiosos.”⁵¹.

Respeitar o princípio do pedido na sua vertente de instauração processual, de certa forma, é garantir a imparcialidade do juiz. Existe uma incompatibilidade psicológica entre propor e julgar a ação⁵². Ao que se entende, a garantia da imparcialidade seria apenas no tocante à propositura da ação, uma vez que, respeitado o princípio do contraditório, o julgador não estará sendo imparcial nas situações em que profere uma decisão concedendo uma medida menos gravosa, mesmo que qualitativamente diferente (interferindo de certo modo ao nível do pedido), ou quando determina a produção de provas.

Em regra, há necessidade de respeito ao princípio do pedido no que diz respeito à delimitação objeto da ação, estando o julgador vinculado àquilo que foi pedido pelas partes, de maneira que ele não poderá proferir uma decisão que dê mais do que foi pedido, ou que dê algo diferente daquele que é o objeto da demanda. No entanto, acredita-se que a gestão material do processo poderá conduzir a uma mitigação a nível do princípio do pedido, em prol da efetividade ou maior eficiência da justiça⁵³.

Já entrando na vertente do princípio do dispositivo em sentido estrito, é de se referir que ele está ligado à disponibilidade de provas no processo. Em regra, cabe às partes o direito à prova, estando elas incumbidas de provar os fatos constitutivos, modificativos e extintivos do seu direito. Porém, importante é referir que esta disponibilidade não deve ser considerada como absoluta.

Ao juiz, em nome da justa composição do litígio, poderão recair alguns deveres de produção de provas. Isso torna o princípio do dispositivo em sentido estrito, um princípio menos rígido. O processo busca alcançar a verdade no caso concreto e, para isso, cabe às partes e ao juiz colaborarem para essa solução, seja através da determinação de produção de provas ou não. Com o respeito de princípios como o do contraditório – para evitar decisões-surpresa - e da igualdade, o juiz também poderá exercer uma atividade instrutória da causa, mesmo que de forma autônoma.

⁵¹ MESQUITA, Miguel, op. cit. p. 136.

⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1980, p. 286.

⁵³ MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n° 3983, novembro-dezembro/2013, p. 147.

Por meio da presente análise, verifica-se que a disponibilidade das partes existe tanto no ordenamento português como no brasileiro⁵⁴. Ao mesmo tempo, entende-se que ambos os ordenamentos devem buscar uma maior mitigação, tanto a nível do dispositivo em sentido estrito, como a nível do pedido⁵⁵. Essa mitigação é a efetivação de um processo que busca uma gestão material do juiz e não apenas formal. Um processo que busca a decisão justa e não apenas uma simples decisão.

1.2.2. O Ônus de Alegação e os Fatos

Após tratar de conceitos como os de princípio do pedido e princípio do dispositivo em sentido estrito, é necessário trazer algumas questões importantes relativas ao ônus de alegação e aos fatos para o processo civil. Questões relativas à verdade judicial surgem porque os fatos em litígio são determinados com base em normas jurídicas que são aplicadas com o objetivo de solucionar o caso⁵⁶.

O ônus de alegação está ligado ao poder do autor em intentar a demanda e delimitar o objeto do litígio⁵⁷. Ao impulsionar a ação, o demandante deverá afirmar um fato essencial juridicamente qualificado e apresentar seu nexos com um efeito jurídico⁵⁸. Essa característica faz com que a causa de pedir se traduza em um conceito processual construído com base no direito substantivo⁵⁹.

A causa de pedir fixa os limites da cognição do tribunal nos processos em que vigora a disponibilidade objetiva. Ela não é constituída por todos os fatos que poderão

⁵⁴ CHIOVENDA, José. *Principio de Derecho Procesal Civil*. Tradução José Casáis Y Santaló. Tomo II. Editora Reus (S.A). Madrid, 1925, p. 263. É por isso que se deve entender que “*El predominio del principio dispositivo en un proceso no significa dominio de la voluntad de las partes, sino marcada apreciación de su actividad, no es reconocimiento de un pretendido derecho suyo de disposición sobre el material del pleito, sino sanción de responsabilidad en la procuración del material de conocimiento al juez.*”.

⁵⁵ Não se pode equiparar o nível de flexibilização consagrado no CPC português, com o agora disposto no CPC/2015 brasileiro. O que se percebe, em verdade, analisando os dois ordenamentos, é que no quesito mitigação do princípio do dispositivo, principalmente a nível do pedido, Portugal preparou o código com maiores instrumentos para que realmente a flexibilização pudesse se tornar efetiva, enquanto o CPC/2015 brasileiro ainda traz algumas regras mais rígidas quanto a isso.

⁵⁶ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 17.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1974, p. 10 define que “*Objeto do proceso es la relación jurídica material sustancial o el status sustancial que es deducido en juicio, esto es, que es “afirmado” en juicio y del cual la parte afirma además la “necesidad de tutela jurisdiccional”.*”.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 151.

⁵⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Algumas questões sobre o ônus de alegação e de impugnação em processo civil*. Revista Scientia Iuridica, Braga: Universidade do Minho, Tomo 62, nº 332, ano 2013, p. 395.

depende a procedência da ação, mas apenas daqueles que individualizam a pretensão material alegada pelo autor⁶⁰.

Tratar de ônus de alegação, em princípio, parece apenas tratar de uma alegação que incumbe à parte autora. No entanto, esse é um ônus⁶¹ que também é atribuído ao réu da ação, no tocante aos fatos modificativos e extintivos ao pedido do autor⁶², por exemplo.

Pensar que a causa de pedir é uma neutra narrativa em que se pode separar com precisão as alegações de fato dos fundamentos jurídicos deve ser considerado um equívoco. Ela é considerada uma unidade fático-jurídica, que faz com que as razões apresentadas em juízo sejam concebidas através de determinada visão sobre os fatos⁶³.

Por meio dessa unidade fático-jurídica é que será fixado o objeto do litígio e, conseqüentemente, expostos os fatos essenciais. Para que os fatos essenciais ocorram na petição inicial, é necessário que o autor narre o fato jurídico que constitui o direito por ele afirmado⁶⁴.

Os fatos essenciais são os previstos nas fatispécies das normas, que podem emergir o efeito prático-jurídico pretendido pelo autor ou nos quais se pode fundar a exceção deduzida pelo réu, sendo imprescindíveis para a procedência ou não da ação⁶⁵.

⁶⁰ A causa de pedir possui uma função de individualização da pretensão material, ela irá fornecer o “porquê” do pedido. *Ibidem*, pp. 396-403.

⁶¹ Seria o chamado ônus de impugnação.

⁶² FREITAS, José Lebre de; PINTO, Rui; REDINHA, João. *Código de Processo Civil Anotado*. Volume 1º. Coimbra Editora. Coimbra, 1999, p. 465. De acordo com o acima exposto, os autores referem que “Sem prejuízo de os factos da causa poderem ser alegados por qualquer das partes, cada um tem o ônus da alegação daqueles que têm um efeito que lhe é favorável (alegação dos factos constitutivos do direito a cargo de quem se arroga tê-lo – art. 467-1-c – e dos factos impeditivos, modificativos e extintivos a cargo da contraparte – art. 493-3), cuja inobservância dá lugar, consoante o caso, à improcedência da acção ou à improcedência da excepção, sem prejuízo ainda de a não individualização da causa de pedir pelo autor (art. 498-4), implicando violação do ônus da substanciação, dar lugar à ineptidão da petição inicial (art. 193-1-a).”

⁶³ Para MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 151-152 “[...] a causa de pedir é uma unidade fático-jurídica denotada por um fato essencial juridicamente qualificado, não constituindo uma simples junção de fatos e de direito.”

⁶⁴ *Ibidem*, p.151.

⁶⁵ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013, p. 36. Nos mesmos termos REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, p. 252 quando determina que “Os factos essenciais são os que concretizando, especificando e densificando os elementos da previsão normativa em que se funda a pretensão do autor ou do reconvinente, ou a excepção deduzida pelo réu como fundamento da sua defesa, se revelem decisivos para a viabilidade ou procedência da acção, da reconvenção ou da defesa por excepção, sendo absolutamente indispensáveis à identificação, preenchimento e substanciação das situações jurídicas afirmadas e feitas valer em juízo pelas partes.”

São fatos que deverão ser trazidos ao processo pelo autor, por meio da causa de pedir, ou pelo réu, por meio da alegação de defesas indiretas na contestação⁶⁶.

A legislação portuguesa os denominou como “fatos essenciais”. Porém, a doutrina⁶⁷ trava discussão sobre a designação adequada para esses fatos. O célebre doutrinador LEBRE DE FREITAS entende que fatos essenciais e fatos principais são sinônimos, de modo que a denominação adotada pela lei deveria ser de fatos “principais” para evitar uma interpretação ambígua do termo “essencial”⁶⁸. MARIANA FRANÇA GOUVEIA dispõe que é possível fazer distinção entre fatos principais e fatos não principais⁶⁹. Os fatos principais são os fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e os modificativos, enquanto os não principais são os todos os outros fatos⁷⁰.

Embora se concorde com a divisão dos referidos autores em relação aos fatos principais e aos fatos secundários (equivalente à divisão de fatos essenciais e fatos secundários), entende-se mais adequado utilizar a denominação apresentada pela lei e pelo o direito processual civil brasileiro, qual seja a de fatos essenciais. Dessa forma, neste trabalho, será utilizada a denominação de fatos essenciais.

Como regra, o CPC/2013 português determina que, na petição inicial, devem ser alegados apenas os fatos essenciais. Porém, há que se mencionar que na contestação o réu também está sujeito ao ônus de alegar esses fatos. Isso significa que o Código determina que os fatos essenciais devem ser alegados na fase dos articulados, marcando indelevelmente a matéria a decidir na ação, ressalvando que alterações posteriores poderão ser admitidas nos estritos condicionalismos estabelecidos pela lei⁷¹.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob.cit. p. 151.

⁶⁷ Importante mencionar que a doutrina brasileira não faz essa diferenciação. Para MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 5ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 289 “A alegação de fato reclamada na petição inicial é a alegação de fato essencial, que é aquela sobre a qual está fundando o pedido. A alegação de fatos não essenciais (secundários, instrumentais) apenas serve para demonstrar que o fato essencial ocorreu e pode vir aos autos em momento posterior à apresentação da petição inicial. Os fatos não essenciais não compõem a causa pretendi.”

⁶⁸ FREITAS, José Lebre de. *Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, p. 37.

⁶⁹ CAPELO, Maria José. *Acórdão de 22 de Junho de 2010 (Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais)*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 143, n.º 3985, 2014, p. 296 também dispõe que “Quer-nos parecer, e temo-lo afirmado publicamente, que a Reforma de 2013 foi uma oportunidade perdida para atribuir aos “factos complementares” e “factos concretizadores” o seu real papel na fixação da matéria de facto.”

⁷⁰ GOUVEIA, Mariana França. *O Princípio do Dispositivo e a Alegação de Factos em Processo Civil: A Incessante Procura da Flexibilidade Processual*, p. 613.

⁷¹ *Ibidem*. p. 606.

Por meio do conjunto dos fatos ocorridos essenciais à procedência da ação se chegará à causa de pedir⁷². Um processo sem causa de pedir não existe, de modo que o efeito da não aquisição de fatos essenciais no processo poderá levar ao naufrágio da ação ou da defesa⁷³. Esse naufrágio, na maioria das vezes, ocorre em ações que não tenham causas de pedir complexas⁷⁴, nas quais existe apenas um fato essencial a ser discutido. No entanto, é preciso considerar que, em regra, os processos tratam de causas de pedir complexas⁷⁵, as quais possuem mais de um fato essencial, de modo que a não alegação de um deles, pelo que se entende, não poderá levar ao naufrágio do processo. Um processo com mais de um fato essencial não deve ser simplesmente extinto pela omissão de algum desses fatos ou pelo esquecimento de sua alegação.

O problema que surge, então, é o de identificar as consequências da não alegação pelas partes de um fato essencial. Necessário é perceber se a consequência será apenas o risco da sua não aquisição, embora o fato possa ingressar no processo por outro meio, ou será a impossibilidade da sua aquisição por outra via⁷⁶.

Para solucionar tal controvérsia, a doutrina busca explicar essa questão através de duas teorias: A primeira entende que se a causa de pedir é complexa, ou seja, composta por vários fatos, esses vários fatos devem ser considerados como fatos complementares, de modo que, se a parte esquece de alegar algum deles, a ação não será terminada; A segunda teoria entende que em causas de pedir complexas, os fatos essenciais não possuem todos a mesma categoria, de modo que há um núcleo duro que ocupa a posição central do processo, sem o qual a petição inicial é considerada inepta e, para além desse núcleo, existem os fatos que ocupam uma posição elementar que são considerados fatos complementares.

⁷² FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013, p. 33.

⁷³ *Ibidem*, p. 31.

⁷⁴ Causas de pedir complexas podem levar a processos complexos que terão uma maior necessidade de dilação probatória. TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 129 aduz que “Todavia, ainda que casos simples possam existir, a prática judicial de qualquer sistema processual moderno mostra que muitos casos são complexos: de fato, a maior parte dos <<casos difíceis>> (*hard cases*) o são justamente porque as questões de fato são difíceis de resolver, sendo as provas disponíveis complexas e incertas.”

⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 369. Para os doutrinadores “[...] a relação processual é complexa, compondo-se de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem do início ao fim do processo.”

⁷⁶ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013, p. 31.

Ambas as teorias consideram a existência de fatos complementares e a possibilidade de eles serem alegados posteriormente. No entanto, verifica-se que a segunda teoria é mais difícil de ser aplicada, uma vez que nem sempre se pode aferir um núcleo duro essencial no processo. Por considerar a ideia de núcleo essencial, ela acaba por ser uma teoria mais rígida, de modo que a falha na alegação dos fatos integrantes do núcleo essencial poderá fazer com que não haja salvação para a petição inicial.

A primeira teoria, embora considerada um pouco revolucionária, é a que mais flexibiliza o princípio do dispositivo. A maioria das petições iniciais deduzidas tem causas de pedir complexas, em que são alegados vários fatos, de modo que, através dessa teoria, mesmo que o autor não alegue todos os fatos entendidos como essenciais, estes passarão a ser considerados complementares, podendo ser alegados em outras fases processuais. Considerar uma causa de pedir complexa, que não possua um único “núcleo essencial”, significa dizer que todos os fatos não precisam ser alegados *ab initio* no processo, desde que a sua não apresentação não inviabilize a ação, podendo eles, então, surgirem posteriormente, por ocasião da audiência ou da produção de provas.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA entende que os fatos essenciais devem ser invocados nos articulados, porém a sua omissão não implica necessariamente a preclusão da sua alegação posterior⁷⁷. O doutrinador refere que, na fase de condensação, o tribunal poderá convidar qualquer das partes a suprir a insuficiência na exposição da matéria de fato verificadas nos seus articulados. Em suma, é dizer que se a falta de alegação de fato essencial não implica uma total ininteligibilidade da causa de pedir ou do fundamento da exceção, essa omissão ainda poderá ser sanada⁷⁸. No mesmo sentido, LEBRE DE FREITAS entende que os fatos essenciais devem ser alegados nos articulados, sem prejuízo da excepcional possibilidade do aperfeiçoamento nos articulados, por conta de alegação deficiente das partes⁷⁹.

⁷⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 79. O autor segue nessa ideia, alegando que “A falta de invocação de qualquer facto principal nos articulados justifica que o juiz convide a parte a suprir essa insuficiência ou imprecisão na exposição da matéria de facto no despacho pré-saneador (artºs 508, nºs 1, al. b), e 3, e 787º) e, quando esse convite não tenha sido realizado, aquela omissão ainda pode ser suprida durante a realização da audiência preliminar (artºs 508º-A, nº1, al. c), e 787º).”.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 77-78;

⁷⁹ FREITAS, José Lebre de. *Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, p. 38.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA defende a mesma ideia⁸⁰, porém de forma mais “inovadora”. A doutrinadora entende que a melhor opção no processo civil é a de se admitirem alterações de fatos sem referências aos conceitos dogmáticos de fatos essenciais, instrumentais, complementares e concretizadores, mas antes a critérios mais flexíveis, como o nexu factual, transação econômica ou pretensões dependentes e conexas.

Pela referida análise, parece que o CPC/2013 português⁸¹ adotou a ideia de que os fatos essenciais têm de ser alegados na fase dos articulados, os fatos instrumentais poderão ser alegados e/ou adquiridos oficiosamente até o final do julgamento⁸² e os fatos concretizadores e complementares poderão, também, ser adquiridos até o final do julgamento, mas não de forma oficiosa⁸³.

Dessa maneira, o que se entende é que a falta de fatos essenciais poderá ser suprida até os articulados⁸⁴. Se o entendimento fosse contrário, se estaria indo contra a

⁸⁰ GOUVEIA, Mariana França. *O Princípio do Dispositivo e a Alegação de Factos em Processo Civil: A Incessante Procura da Flexibilidade Processual*, p. 600 e 607. A autora defende que deveria admitir-se a alegação ou aquisição de fatos até o fim do julgamento, uma vez que o melhor sistema processual é aquele que considera nas suas decisões todos os fatos que resultam da produção de provas e não apenas aqueles que, além de terem resultado da produção de prova, foram alegados nos articulados. Ela expõe ainda que, no atual regime, tal possibilidade é admitida para os fatos instrumentais, mas não em relação aos fatos principais (aqueles que possam implicar na alteração da causa de pedir).

⁸¹ Embora não haja tanta discussão na doutrina brasileira, alguns dispositivos do Código de Processo Civil permitem a alegação dos fatos mesmo depois da fase dos articulados. O art. 321 possibilita que o juiz determine que o autor emende ou complete a petição inicial, caso ela não preencha os requisitos necessários (importante mencionar que este ato ainda acontece na fase dos articulados). Já o art. 329, I e II trata da fase dos articulados e da fase de saneamento do processo, determinando que o autor poderá alterar o pedido ou a causa de pedir, sem consentimento do réu até a citação e até o saneamento do processo, desde que haja consentimento do réu e que seja assegurado o contraditório. Para a própria fase de saneamento, tem-se a regra disposta no art. 357, §3º, a qual determina que, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, o juiz poderá designar audiência para que seja feito um saneamento com cooperação das partes, oportunidade em que o juiz determinará que elas integrem ou esclareçam suas alegações. E, para além dos artigos referidos, deve-se considerar a aplicação do princípio da cooperação, da flexibilização do princípio do dispositivo, da ampliação dos poderes instrutórios do juiz e do princípio da gestão processual. Com esses requisitos, acredita-se que o ordenamento processual civil brasileiro possui hipóteses de alegação de fatos essenciais – desde que estes não tornem a ação inepta - para além da fase dos articulados, respeitado o princípio do contraditório.

⁸² Os fatos instrumentais não são constitutivos da situação jurídica alegada pelas partes, nem indispensáveis à procedência da ação ou exceção. Sua função é a de servir de prova indiciária aos fatos principais, sendo o momento da sua alegação o da apresentação ou requerimento dos meios de prova. É permitido a eles certa inquisitorialidade por parte do juiz, a qual, em princípio, é negada em relação aos fatos essenciais. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, pp. 75 -79.

⁸³ GOUVEIA, Mariana França, op. cit. pp. 611 e 615-616. De forma análoga, ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2010, p. 241 quando refere que “Quanto aos poderes inquisitórios, o n.º 3 do art.º 265.º, comete ao juiz realizar ou ordenar, mesmo *ex-officio*, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade material e à justa composição do litígio quanto aos factos que lhe é lícito conhecer, isto é os factos instrumentais, porquanto sobre os factos principais não dispõe o tribunal de poderes inquisitórios.”

⁸⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit. p. 78. Só poderia se entender ao contrário se a omissão de fato essencial fosse decorrente da má fé das partes. Nesse sentido, “Portanto, a má fé da parte na omissão do facto

gestão material do processo, contra a mitigação do princípio do dispositivo e contra o processo cooperativo, o que não é o intuito deste trabalho.

Em complemento ao exposto acima, é importante referir que a implementação de fatos essenciais – complementares/concretizadores⁸⁵ - para além dos articulados, deverá ser feita pelas partes e não de maneira oficiosa pelo juízo⁸⁶. São as partes que possuem conhecimento e responsabilidade pela alegação desses fatos, de modo que ao juiz não cumpre esse ônus. O julgador poderá adquirir de ofício os fatos instrumentais, ou seja, aqueles pequenos fatos que indicam a existência de fatos essenciais, que podem ser adquiridos através de regra de experiência ou no decorrer da instrução.

Assim e para finalizar, cabe referir que os fatos essenciais são aqueles imprescindíveis para a ação, que integram a causa de pedir - sem eles a petição inicial será inepta. Considerar que dentro dos fatos essenciais estão incluídos também os fatos complementares e concretizadores⁸⁷ significa dizer que eles não precisarão ser alegados

essencial nos seus articulados tem como consequência, além da sua condenação no pagamento de uma multa e de uma indenização à contraparte (art.º 456º, n.º1), a inadmissibilidade da alegação posterior do facto. Neste caso, verifica-se uma preclusão decorrente da má fé processual.”.

⁸⁵ A título de exemplo, pode-se citar que em uma ação na qual a parte alega ter sofrido danos, mas não especifica quais foram, os danos poderão ser considerados como fatos complementares e concretizadores (danos corporais, danos no seu automóvel, etc). Serão os fatos complementares e concretizadores que deverão suprir a carência dos fatos já alegados. Por meio desse exemplo é que se pode defender que os fatos complementares e concretizadores deverão ser considerados fatos essenciais que poderão suprir eventual deficiência das alegações iniciais, mesmo após os articulados, ressalvando que sua introdução no processo poderá ser através das partes ou em decorrência da instrução probatória da causa. CAPELO, Maria José. *Acórdão de 22 de Junho de 2010 (Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais)*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 143, n.º 3985, 2014, p. 296 ao analisar determinado caso concreto refere que “No caso, sobre o qual nos debruçamos, parece indefensável qualquer “gradação” dos factos (constitutivos) que preenchem os pressupostos da responsabilidade civil subjectiva. Neste plano, todos eles assumem (e merecem) o mesmo papel e dignidades processuais. Ou seja, a alegação dos prejuízos deve integrar a causa de pedir, sob pena de nulidade insanável do articulado. Nesta medida, não será legítimo recorrer a qualquer outro expediente – como a figura dos factos notórios – para efeitos de suprimento desta falta.”.

⁸⁶ No entanto, embora essa seja uma percepção aparentemente dominante na doutrina, acredita-se que um processo em que ao juiz são atribuídos poderes de gestão formal e material, a inclusão de fatos complementares e concretizadores poderia também se dar de maneira oficiosa. Ao que se entende, os fatos complementares e concretizadores devem ser considerados como fatos essenciais que poderão ser alegados até a fase final do processo, desde que, em regra, haja a concordância da parte a quem eles aproveitam. Por certo, esses devem ser considerados como fatos que pertencem à relação jurídica material e deverão ser admitidos apenas nos casos em que não haja alteração do objeto primitivamente delimitado pelos fatos essenciais alegados na petição inicial e, ainda, caso haja exceções na contestação. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013, p. 33; GOUVEIA, Mariana França. *O Princípio do Dispositivo e a Alegação de Factos em Processo Civil: A Incessante Procura da Flexibilidade Processual*, p. 615.

⁸⁷ Parece que o CPC/2015 brasileiro tentou trazer essa ideia no artigo 322, § 2º, permitindo ao juiz interpretar o pedido conforme o conjunto da postulação.

única e exclusivamente no início do processo⁸⁸ – fase dos articulados -, desde que a sua não alegação não torne inepta a petição inicial.

1.3. O Publicismo e o Fortalecimento da Atuação do Juiz no Processo Civil

Para introduzir este capítulo - de relevância central para o presente trabalho - é necessário identificar como a ampliação dos poderes instrutórios do juiz se tornou tão importante para o que agora se entende por efetivo processo. Essa ampliação começou por passos dados no século XX, marcados pela transição do Estado Liberal (autoritário e hierárquico) para o Estado Social⁸⁹. Através do Estado Social, o julgador passou a ter maiores poderes na dinâmica processual e, nessa longa caminhada, começaram a ser traçadas as linhas de um processo cooperativo, com o intuito deixar de lado as características do processo autoritário⁹⁰. Foi com essa evolução que gestão material do processo começou a se tornar um instrumento de auxílio para a efetiva resolução do litígio.

Historicamente, o papel do juiz no processo variou de acordo com as ideologias dominantes na organização do Estado. O liberalismo construiu um processo dominando pelas partes em que imperava a passividade do magistrado, enquanto os modelos não liberais de carácter autoritário ou com orientação democrática e social tinham um processo submetido à atividade do juiz ou à atividade comparticipada de juiz e partes⁹¹.

O Estado liberal preconizava uma sociedade legalmente igualizada, em que a aplicação da lei não se dava de acordo com o caso concreto. O juiz atuava mediante a aplicação lógica da norma geral, de forma que não atribuía sentido ao texto legal, sendo o

⁸⁸ Por isso que os fatos complementares e concretizadores poderão ser adquiridos por meio do aperfeiçoamento dos articulados ou em resultado da instrução da causa. Essa segunda via decorre essencialmente, mas não exclusivamente da atividade das partes podendo os fatos serem alegados por testemunhas ou peritos, por exemplo. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa, ob. cit. p. 38.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974, p. 91.

⁹⁰ GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar n.º 1: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Lisboa, 2007, pp. 49-50, Nas palavras da referida autora “O processo autoritário caracteriza-se pela maximização da função do juiz no processo, fazendo dele o sujeito processual mais relevante. Isto é operado através da atribuição de poderes não só em aspectos formais da causa como o saneamento de excepções dilatórias, mas também em matérias objectivas, como poderes oficiosos na investigação dos factos da acção.”. Já o processo cooperativo se caracteriza por “[...] uma visão participada do processo e não uma visão individualista, uma visão cooperante e não uma visão autoritária Do juiz espera-se uma actuação eminentemente activa e dinamizadora.”.

⁹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 59.

processo apenas um procedimento ou rito para permitir a aplicação do direito material violado⁹². Essa concepção foi afastada, pois começou a se perceber que a atuação do magistrado poderia ser determinante para o deslinde do processo. Foram-lhe atribuídos poderes em diversos níveis, através de uma máxima de colaboração do juiz com as partes, mantendo-o como um verdadeiro diretor do processo⁹³. Dessa forma, o maior ativismo judicial passou a se justificar na medida em que “Segue-se que o juiz passivo e neutral, que não logra assegurar a descoberta da verdade material ou objectiva, transforma o direito e a justiça em dois corpos inertes: Sem coração e sem alma.”⁹⁴.

Surge com o Estado social⁹⁵ a ideia de que o processo é autônomo em relação ao direito material, preconizando a sua natureza pública. O Estado não pode ser indiferente aos interesses envolvidos na lide⁹⁶, considerando que o conflito não se limita ao interesse dos litigantes, uma vez que as partes devem ser consideradas “como indivíduos concretos com necessidades a que o direito e o processo devem dar resposta.”⁹⁷.

A publicização traz consigo o aumento de poderes do juiz. Além disso, na nova perspectiva de processo, a forma não deve ser seu objetivo final, justificando-se até o ponto de assegurar a liberdade das partes no feito⁹⁸. Percebe-se, assim, que o processo civil contemporâneo está marcado pela flexibilidade e “A flexibilidade só é possível com um juiz activo, com uma gestão processual presente, concreta, informada, disponível.”⁹⁹. O apego ao formalismo exagerado transforma o processo em um mecanismo burocrático, que

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 423-437.

⁹³ GOUVEIA, Mariana França, ob.cit. p. 50.

⁹⁴ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil: Do Antigo ao Novo Código*. Editora Almedina. Coimbra, 1998, p. 298.

⁹⁵ Em Portugal, a fortificação da noção de Estado Social veio com a Reforma de 1995-1996. Nas palavras de SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 62 “A preocupação de coadunar a estrutura e os fins do processo civil com os princípios do Estado social de direito e de garantir uma legitimação externa às decisões do tribunal esteve igualmente presente na reforma do processo civil. Foram três as linhas essenciais que a reforma escolheu para prosseguir essa finalidade: a sujeição do processo a um princípio de cooperação entre as partes e o tribunal, a acentuação da inquisitorialidade do tribunal e a atenuação da preclusão na alegação de factos e, finalmente, a prevalência da decisão relativa ao mérito sobre a decisão de forma.”.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 424.

⁹⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de, op. cit. p. 61.

⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 96-97.

⁹⁹ GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar n°1: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Lisboa, 2007, pp. 63 e 65.

não concede ao juiz a margem necessária para aplicar a lei com sensibilidade e bom senso para, então, adequar o mecanismo às especificidades da situação concreta¹⁰⁰.

No atual processo civil deve haver diálogo e preocupação com a descoberta da verdade do caso concreto, evitando decisões injustas, uma vez que, como defende MIGUEL MESQUITA, “As decisões formais, avessas ao conhecimento do mérito, nunca foram, certamente, o melhor remédio para pacificar o mundo e a sociedade.”¹⁰¹. A flexibilidade coloca o processo a serviço do cidadão através da aplicação de princípios como o da adequação formal, da gestão processual e da cooperação, todos consagrados no CPC português¹⁰² e brasileiro.

Outrossim, defende-se um processo civil submetido ao tempero do ativismo judicial. Por meio desse tempero, o domínio da lide deve ser dividido entre as partes e o tribunal. Tanto essas como os terceiros envolvidos devem cooperar para que o magistrado possa afastar algumas regras processuais ou adaptá-las à situação do caso concreto¹⁰³. Essa é a ideia do processo cooperativo, que no seu ponto de vista lógico reconhece o caráter problemático do direito, passando o processo da lógica apodítica à lógica dialética, enquanto que no seu ponto de vista ético, é orientado pela busca da verdade (tanto quanto possível)¹⁰⁴.

O processo cooperativo busca uma intensificação da atuação das partes e do julgador. O juiz deve estar preocupado em zelar por um processo justo, que permita: “(i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório efetivo, (ii) a justa aplicação das normas de direito material, e (iii) a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.”¹⁰⁵.

Além do mais, não há justificativas que consolidem a ideia de que o poder de direção processual do juiz poderia limitar ou oprimir a liberdade individual de disposição

¹⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit. p. 45.

¹⁰¹ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 78.

¹⁰² GOUVEIA, Mariana França, op. cit. p. 65.

¹⁰³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 59.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 495-496.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 449.

dos direitos civis das partes¹⁰⁶. Os juízes devem deixar o extremo formalismo na interpretação e aplicação de princípios de lado para buscar alcançar uma maior efetividade da justiça cível¹⁰⁷. Dizer que o juiz é ativo não significa dizer que ele é autoritário¹⁰⁸.

Entende-se que o processo civil precisa de “[...] um juiz activo, sempre dialogante, preocupado com a maior eficiência (economia e celeridade) da justiça [...]”¹⁰⁹. Por meio da aplicação do efetivo contraditório, o processo dialogado (isonômico) terá estrutura para se consolidar¹¹⁰. Não se acredita que o julgador da causa tem de ser um sujeito distante e frio que não dialoga e coopera com as partes. O juiz precisa trazer ao tribunal a “realidade da vida”¹¹¹ para que a sua decisão seja justa e efetiva para o caso concreto.

Delimitando estes breves conceitos já se percebe a importância de um processo social, publicístico e preocupado com a solução do caso concreto. O juiz, através de seus poderes, e na medida do possível, deverá extrair do processo dados para alcançar uma decisão justa no tempo mais breve possível. Essa busca deverá respeitar o princípio da celeridade e eficiência processual, bem como garantir princípios que compõem o devido processo constitucional. De forma sintética, pode defender-se, de acordo com BEDAQUE,

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974, p. 106.

¹⁰⁷ MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n° 3983, novembro-dezembro/2013, p. 134.

¹⁰⁸ GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*; Revista Julgar n°1: Associação Sindical dos Juizes Portugueses; p. 48; Lisboa, 2007, pp.58-59. A autora refere ainda que “A pedra de toque está nas garantias das partes, no dispositivo, no contraditório, na igualdade, na sindicabilidade das decisões. Se estes estiverem assegurados, o papel activo do juiz não significa autoritarismo.”

¹⁰⁹ MESQUITA, Miguel, op. cit. p. 150.

¹¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 74 nesse mesmo sentido, entende que “O processo isonômico é concebido a partir de certa indistinção entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, quadro social que acaba propiciando uma relação de paridade entre indivíduos e o poder político. Os conflitos são resolvidos, nessa quadra, alçando-se mão de uma racionalidade prática, assumindo a dialética papel central na busca da resolução dos problemas jurídicos. Ao contraditório é deferida a função de tomar possível o diálogo judicial. A conduta das partes é apreciada tendo em conta esquemas de boa-fé subjetiva. A busca pela verdade no processo é uma constante, entendida, todavia, como tarefa exclusivamente das partes.”

¹¹¹ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 106.

que ao juiz “[...] compete-lhe a direção material, e não simplesmente formal, do processo.”¹¹².

1.3.1. A Ampliação dos Poderes do Juiz no Processo Civil

Em decorrência da evolução dos modelos processuais, surge a necessidade de atribuir ao juiz poderes a nível da atividade instrutória e a nível do pedido, uma vez que só a atividade instrutória das partes não se mostra suficiente para assegurar em absoluto o descobrimento da verdade. É necessário que o juiz tenha um rol ativo na produção das provas que não foram trazidas aos autos por própria iniciativa das partes¹¹³. Além disso, cabe a ele, respeitando o princípio do contraditório, interferir, quando se mostrar necessário, a nível do pedido para uma maior eficiência e celeridade processual.

Para a corrente mais conservadora, um processo com ativismo judicial acentuado não possui maiores condições de alcançar a verdade do caso concreto do que um processo dispositivo¹¹⁴. Porém, não é esta a posição adotada no presente trabalho. Entende-se que a ampliação dos poderes do juiz dá ao processo maiores armas para chegar a decisão justa, alcançando a verdade do caso concreto.

Com isso, torna-se importante compreender que ampliar os poderes do juiz não significa defender um processo inquisitório¹¹⁵ ou um processo autoritário¹¹⁶. O termo inquisitório é forte e induz ao erro, uma vez que é difícil precisar que um sistema foi ou é puramente inquisitório, considerando que um processo inquisitório é caracterizado pelo fato das partes não possuírem quaisquer direitos ou garantias¹¹⁷. A concepção do processo

¹¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 112.

¹¹³ TARUFFO, Michele. *Simplymente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, p. 197.

¹¹⁴ AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onore della Prova*. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1932, p. 91. Nas palavras do autor, “*De resto, anche ammessa la verità come scopo di qualsiasi processo, non è ancora dimostrato che il principio inquisitorio giovi, più di quello dispositivo, a far conoscere la verità.*”.

¹¹⁵ Seria leviano defender isto, até mesmo no sistema Português que prevê, de forma expressa, no art. 411 do seu CPC, a aplicação do princípio do inquisitório.

¹¹⁶ GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar n°1: Associação Sindical dos Juízes Portugueses. Lisboa, 2007, p. 60. Para a autora, “[...] a mera atribuição de poderes probatórios ao magistrado não se traduz num autoritarismo processual.”.

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. *Verità e Processo*. Revista de Processo, Ano 39, vol. 228. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, p. 186.

inquisitório é contrária à gestão material do processo civil, pois a gestão só será efetiva com a correta aplicação do princípio do contraditório.

O que se acredita, em verdade, é na necessidade de um juiz com poderes instrutórios autônomos, que respeite as garantias processuais no âmbito de um sistema político democrático. O ativismo é diferente do autoritarismo, e isso se mostra claro quanto à produção de provas, por exemplo. O juiz ativo, mesmo que produzindo provas de forma autônoma, irá respeitar os direitos e garantias que são assegurados às partes no processo, enquanto o juiz autoritário produz provas de ofício, por iniciativa própria, negando a elas esses direitos e garantias¹¹⁸.

A necessidade de uma maior participação dos órgãos públicos na vida da sociedade torna o ativismo judicial essencial para a resolução dos conflitos¹¹⁹. E isso, “Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das “regras do jogo” e, no fim, proclamar o vencedor.”¹²⁰.

Analisando de forma mais concreta o ora estudado, tem-se que, no tocante ao direito processual civil português, a ideia de um juiz ativo vem disposta na sua exposição de motivos¹²¹, a qual determina que com o intuito de racionalizar, simplificar e tornar célere a justa composição do litígio, conferem-se ao juiz poderes inquisitórios e de direção do processo. O ordenamento português conferiu ao juiz poderes que lhe permitem pôr termo ao uso de meios e faculdades de natureza dilatórias, ordenar a tramitação processual

¹¹⁸ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, pp. 185-209.

¹¹⁹ No direito espanhol percebe-se que parte da doutrina está preocupada com a justiça e com a efetividade de um Estado Social. Para de PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Colección Internacional nº 32. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 134 “[...] *la formulación atenuada del principio de aportación de parte tiene una base constitucional en la que sostenerse: el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución, así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el artículo primero del citado texto Fundamental proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la “justicia”, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional.*”.

¹²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 49, 1º trimestre. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1986. p. 59.

¹²¹ Importante mencionar que não só na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil português que são previstos tais poderes. Os artigos 6º e 411º trazem a ideia de gestão processual e de princípio do inquisitório.

e flexibilizar e agilizar as formas processuais previstas na lei¹²². O CPC/2013 português trouxe noções claras de ativismo judicial, de modo a entregar ao juiz poderes que tornem o processo mais célere e mais efetivo, para que se alcance o seu verdadeiro fim, qual seja a justa composição do litígio.

Quanto ao direito brasileiro, a fortificação desses poderes não é tão perceptível na recente elaboração do Novo Código de Processo Civil, uma vez que confere ao magistrado poderes de direção não tão amplos como os poderes de gestão conferidos no direito português. Porém, isso não significa que o ordenamento processual civil brasileiro parou no tempo, defendendo, ainda, uma postura inerte do julgador¹²³.

O CPC/2015, embora não tenha trazido significativas mudanças no tocante ao ativismo judicial em relação as já existentes no CPC/1973¹²⁴, que permitia a possibilidade de um juiz ativo quanto à instrução¹²⁵ probatória¹²⁶, trouxe alguns avanços relativos à consagração de poderes de direção do magistrado, do princípio da cooperação e a consagração de um princípio do contraditório mais efetivo. A consagração e o fortalecimento desses princípios influem de forma direta na atuação do magistrado no âmbito do deslinde do processo. O juiz, ao se amparar no princípio da cooperação, garantindo a eficácia de suas decisões com o efetivo contraditório, consegue ter uma atuação mais abrangente a nível da instrução e a nível de decidir de acordo com o objeto da causa. Caso ele perceba que a decisão deverá dar objeto diverso, mas que esteja dentro dos limites pleiteados, deverá utilizar desses meios para sugerir às partes solução diversa.

Na doutrina brasileira, ainda percebe-se divergência relativa à aplicação de poderes instrutórios do juiz. Tal divergência se dá pelo fato de considerar a atividade do

¹²² Exposição de motivos lei nº 41/2013.

¹²³ Importante mencionar que o CPC/2015 conferiu poderes ao juiz no tocante à dilação de prazos processuais e à alteração da ordem de produção dos meios de prova – entende-se que esses poderes são muito restritos. Além de restritos, o CPC/2015 brasileiro positivou uma cláusula geral de negociação processual, entregando às partes a gestão do processo.

¹²⁴ Trazendo referência para o CPC/1973, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 75 dispõem que “O Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado. O sistema adotado significa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial.”

¹²⁵ O poder de o tribunal determinar de ofício a produção de provas é visto também em outros ordenamentos. Tal disposição é prevista no art. 282 da Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola.

¹²⁶ Este ativismo resta consagrado, por exemplo, nos artigos 370 e 400, Parágrafo Único do CPC/2015 brasileiro, que dispõem que o juiz poderá determinar a produção de provas e, caso necessário, poderá adotar medidas coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para a exibição de documento.

juiz suplementar ou não à atividade probatória das partes¹²⁷. O posicionamento adotado neste trabalho é o de que o magistrado deve ter uma atividade instrutória autônoma em relação à atividade das partes. Embora se considere a atividade autônoma, ela não se exclui o direito e o ônus probatório das partes.

A atuação *ex officio* do julgador na dinâmica processual é compatível com a produção de provas pelas partes, de modo que nem ao juiz, nem às partes cabe o monopólio da produção de provas¹²⁸. O juiz não irá se lançar *a priori* e por si só à busca de provas. Ele irá exercer poderes de controle e iniciativa claramente configurados nos casos em que verifique que as partes não cumpriram com o seu direito de produzir provas e quando entender conveniente que determinada prova venha aos autos. O juiz ao aplicar poderes instrutórios não estará usurpando o poder das partes¹²⁹ ou invadindo o território a elas reservado¹³⁰.

Fazendo um parêntese, é importante ressaltar que a produção de provas por parte do julgador deve estar limitada apenas aos fatos alegados pelas partes, uma vez que serão utilizadas para tentar eliminar dúvidas e para formar a sua convicção. Nessa seara, há que se referir que existem outros dois limites à iniciativa probatória do juiz, que são a garantia de sua imparcialidade e o respeito ao princípio do contraditório¹³¹.

Em sede de exemplo e trazendo ao estudo um caso prático da aplicação dos poderes do juiz no tocante à produção de provas, cabe referir um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/Brasil¹³². Este julgado trata de ação de prestação de contas, em que havia alegação de falsidade de assinatura. A sentença de primeira instância julga prestadas as contas e quitada a obrigação do réu em favor dos autores. Inconformados com a decisão, os autores interpuseram apelação para o Tribunal superior alegando que houve cerceamento de defesa, aduzindo não ter sido realizada perícia em

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático*. Revista dos Tribunais, v. 32, n.53. São Paulo, 2007, p. 36.

¹²⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *La Iniciativa Probatoria del Juez Civil: Un Debate Mal Planteado*. Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/2007. Uruguay, 2007, p. 578.

¹²⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Colección Internacional n° 32. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 131. Por isso, torna-se importante mencionar que “[...] es posible articular cierta iniciativa probatoria sin lesionar las garantías constitucionales de las partes.”

¹³⁰ TARUFFO, Michele. *Verità e Processo*. Revista de Processo, Ano 39, vol. 228. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, pp. 206-207.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 133-134.

¹³² Apelação Cível N° 70066873118, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em 16/12/2015.

relação a determinado recibo. O apelo foi julgado procedente, desconstituindo a sentença de primeiro grau. Em decisão, o Tribunal entendeu que à julgadora, em observação aos poderes instrutórios a ela conferidos pelo art. 130 do CPC, caberia determinar a realização de prova grafodocumentoscópica, para fins de solucionar o litígio instaurado.

Conforme o caso acima citado, resta evidente a necessidade do ativismo judicial. Os tribunais estão tendo que revogar decisões e decidir sobre a necessidade da efetiva atuação do julgador no tocante à instrução probatória, matéria que já deveria estar pacificada. Essa decisão não caberia aos tribunais, mas sim ao próprio juiz, que deveria decidir de ofício sobre a produção ou não de determinada prova.

O cerne da questão do aumento dos poderes instrutórios do juiz está no surgimento de concepções do processo civil como instrumento público para proteção de direitos, no papel do juiz como *longa manus* do Estado, que provê tal proteção na tendência da busca da verdade no processo civil e na busca da justa decisão. Vários ordenamentos processuais estão utilizando técnicas normativas diversas e estão se inclinando, em maior ou menor medida, à extensão dos poderes instrutórios do juiz, pois nenhum ordenamento processual moderno abdica da busca da verdade dos fatos e tampouco confia exclusivamente na iniciativa das partes para alcançar esse objetivo¹³³.

Nesse sentido, há que se dizer que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz funda-se em opções ideológicas em função da qualidade da decisão que conclui o processo, a qual se deve basear em uma apuração verdadeira dos fatos¹³⁴. Assim, deve considerar-se insustentável a opinião, em particular da doutrina norte-americana, segundo a qual um processo pode estar orientado à busca da verdade dos fatos e, apesar disso, basear-se no monopólio da iniciativa probatória das partes. A história do *common law*

¹³³ TARUFFO, Michele, ob. cit. pp. 110 e 205-206.

¹³⁴ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, p. 197. Como exemplo, tem-se a passagem do livro do referido autor “*Por otro lado, se plantea el problema de determinar qué es lo que el juez puede o no puede hacer de forma autónoma para la búsqueda de los elementos de juicio necesarios para la determinación de la verdad acerca de los hechos, esto es, si puede o debe disponer de poderes de instrucción autónomos. En cualquier procedimiento epistémico este problema carecería de sentido: es obvio que si un sujeto está empeñado en descubrir la verdad de un hecho, entonces debe utilizar todos os medios de que dispone para obtener y seleccionar las informaciones necesarias. Sería ocioso preguntarse si el historiador puede o no puede, debe o no debe, buscar la fuentes necesarias para realizar su tarea de reconstrucción de un hecho; ería igualmente ocioso preguntarse si un científico tiene o no el derecho de desarrollar las investigaciones necesarias para descubrir la verdad de un hecho o e una teoría. En cambio, en el proceso las cosas son mucho más complicadas, tanto por la interferencia de opciones ideológicas, como porque el juez no es el único sujeto activo en el contexto del proceso, aun cuando es – como se ha visto poco antes – el único sujeto sensu lato <<interesado>> en que el proceso se concluya con una decisión verdadera.*”.

mostra que um processo completamente adversarial nunca esteve orientado à busca da verdade. Em todos os processos há ao menos uma das partes que não tem qualquer interesse que se descubra a verdade¹³⁵.

Trazendo referência ao já exposto, cabe mencionar que o juiz estático terá maiores dificuldade de alcançar a verdade dos fatos. Porém, isso não significa que o julgador deva se transformar em um auxiliar das partes, mesmo que venha a intervir a nível do pedido para garantir uma maior eficiência processual¹³⁶. No mais, “[...] diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial.”¹³⁷. Do mesmo modo, além de estarem dentro dos limites da lei, os poderes do juiz não podem determinar a realização de provas que não sejam pertinentes e relevantes para o deslinde do feito¹³⁸. Seus poderes devem ser efetivos, mas não podem ir além daquilo que a lide necessita.

De forma conclusiva, resta defender a ideia da ampliação dos poderes do juiz¹³⁹. É o ativismo judicial que buscará com maiores armas alcançar a verdade do fato concreto.

¹³⁵ TARUFFO, Michele. *Verità e Processo*. Revista de Processo, Ano 39, vol. 228. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, p. 205.

¹³⁶ Defendendo uma posição mais conservadora relativa aos poderes atribuídos ao juiz, LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Ativismo Judicial e Ônus da Prova no Processo Civil*. Revista do IASP, v. 10, n° 19 (jan/jun 2007). Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 224 menciona que “Assim, do mesmo modo que o juiz não pode dar início ao processo, também não deve transformar-se em advogado de uma das partes, nem pode alterar o quadro fático ou o fundamento jurídico do pedido, nem julgar fora dos limites da lide, nem converter-se em investigador dos fatos.”

¹³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 73.

¹³⁸ A título de exemplo, vale a análise da decisão do Agravo de Instrumento N° 70066860305, julgado em 06/10/2015 pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, que teve como relator o desembargador Eugênio Facchini Neto.

¹³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 49, 1° trimestre. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1986, pp. 61-62. O autor mencionava que “Cumprir reconhecer que não são muito frequentes, na prática judiciária brasileira, as iniciativas instrutória oficiais. À luz do que acima ficou dito, seria pouco razoável imputar o fato a eventuais imperfeições da lei. Sem esquecer o comodismo e a “abulia profissional” – defeitos de que os magistrados, seres humanos, não estão necessariamente isentos -, são causas principais: de um lado, a sobrecarga de trabalho e, em termos genéricos, as condições desfavoráveis sob as quais desempenha suas funções e a grande maioria dos órgãos judiciais, sobretudo os de primeiro grau; de outro, a mentalidade ainda dominante em certos setores (inclusive da mais autorizada doutrina), que vê com reserva, quando não com aberta desconfiança, a atuação espontânea do juiz na pesquisa da verdade, por suscetível de fazê-lo descambar para a posição “parcial”- como se não existissem outros meios, bastante eficazes, de conjurar o risco, sem desestímulo ao exercício, pelo órgão judicial, de poderes que o ordenamento decerto não lhe atribui sem a esperança de que sejam de fato utilizados!” No entanto, acredita-se que o panorama está mudando. A jurisprudência tem proferido decisões baseadas na necessidade de ampliação dos poderes instrutórios do juiz, de modo que, mesmo concordando com os argumentos de Barbosa Moreira, deve-se ser otimista para com a mudança do direito.

1.3.2. A Atenuação da Disponibilidade das Partes para o Alcance da Decisão Justa e Efetiva

Embora já traçados alguns conceitos relativos à mitigação do princípio do pedido e do princípio do dispositivo em sentido estrito, é importante trazer delineamentos mais precisos sobre o tema. Conforme já mencionado, acredita-se que a gestão material do processo, para ser efetiva, deverá estar ligada à atuação do juiz tanto a nível do pedido¹⁴⁰, quanto a nível do princípio do dispositivo em sentido estrito.

A mitigação está relacionada com uma visão publicista do processo¹⁴¹, que o vê como um instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional do Estado. Há que se dizer que um dos fundamentos, e talvez o mais importante, para a flexibilização do princípio do dispositivo é a existência de um interesse público na solução do processo. Esse interesse do Estado se contrapõe a concepções privatísticas que entendem o processo como negócio particular das partes e que estão há muito superadas¹⁴². A justiça da prestação jurisdicional está cada vez mais vinculada com a busca da verdade no processo¹⁴³, sendo necessário um maior ativismo por parte dos órgãos jurisdicionais para que ela seja efetiva.

¹⁴⁰ A mitigação do princípio do pedido não significa a alteração do objeto em litígio. O que se defende é uma maior efetividade processual, podendo o juiz dar “medida diversa” para alcançar uma decisão justa. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sen Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980, p. 281 mencionava, mesmo que relativo aos fatos secundários, que “*A este respecto hay que distinguir el hecho jurídico puesto como fundamento de las demandas o excepciones de las partes (hecho principal), de las diversas circunstancias y hechos simples que sirven para integrarlo: el juez no puede deslazar la instrucción sobre un hecho jurídico diverso de aquel que las partes han hecho valer, porque esto significaría cambiar la acción o la excepción que las partes han propuesto y chocaría contra la prohibición de la ley (art. 112 del Cód. proc. civ.); pero puede, aun permaneciendo en el ámbito del hecho jurídico alegado por las partes, pedir aclaraciones, explicaciones y eventualmente la demostración de aquellos hechos simples (hechos secundarios) que, si bien resultantes indirectamente de los actos o de las declaraciones de las partes o de los terceros, las partes mismas han prescindido después de utilizar.*”.

¹⁴¹ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 110 refere que as razões históricas e teóricas para a mudança da ideia tradicional foram: “[...] o surgimento de concepções do processo civil como instrumento <<público>> para a proteção de direitos e o papel do juiz como *longa manus* do Estado que provê tal proteção; a tendência em favor da busca da verdade no processo civil e a falta de confiança na iniciativa das partes; a necessidade crescente de direção e controle por parte do juiz sobre o procedimento e a exigência de suplementar as iniciativas probatórias das partes quando essas se mostrarem insuficientes para provar os fatos em litígio.”. Nesse estudo concorda-se plenamente com a percepção do referido autor.

¹⁴² PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Colección Internacional n° 32. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 119.

¹⁴³ GUASP, Jaime. *Juez y Hechos en el Proceso Civil: Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1943, p. 59 já referia que “*Lo que nos interesa a nosotros es precisamente poner de relieve hasta qué punto es acertado mantener el carácter excepcional de los escasos poderes concedidos al Juez y si no sería, por el contrario, más conveniente*

Por meio da constitucionalização do processo civil, percebe-se um maior interesse na solução dos litígios e na garantia de princípios constitucionais por parte do Estado¹⁴⁴. Foi deixado de lado o Estado espectador e passou a existir um Estado ativo que presta serviço e traz respostas para a sociedade. É a ampliação de poderes do julgador, tanto a nível do pedido como a nível instrutório, que faz resultar uma menor disponibilidade das partes¹⁴⁵ e, em consequência, uma menor predominância do poder dessas no processo. LIEBMAN refere que “*El principio dispositivo no puede, por otra parte, ser entendido tan rígidamente que constriña al juez a limitar su consideración a las solas circunstancias que las partes hayan hecho valer expresamente y utilizado en sus deducciones;*”¹⁴⁶.

Buscar uma decisão justa já não se torna mais possível com a aplicação rígida do princípio do dispositivo¹⁴⁷. Para ordenamentos como os do Brasil e de Portugal essa insuficiência é clara, pois não há como consagrar princípios de gestão e cooperação sem entender que a disponibilidade das partes deve ser reduzida. A flexibilização é defendida para que o julgador possa trazer às partes e à sociedade decisões processuais mais justas, as quais estejam de acordo com a verdade do caso concreto.

Por isso, torna-se importante mencionar que é mediante a aplicação dos princípios da gestão e da cooperação processual que será efetivada mitigação do princípio do dispositivo. Há que se dizer que esta noção de mitigação surgiu com a evolução do processo, de modo que não era compreendida e aplicada há certo tempo.

adoptar un criterio general que pusiera como meta de las actividades procesales en la formación del material de decisión el hallazgo de la verdad – que no es más que una, en efecto, como dice ROSENBERG – y por consiguiente la aportación de todos los hechos que realmente integren la relación jurídica discutida.”

¹⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980, p. 286. Conforme já era mencionado pelo autor “[...] *el estado aunque no esté interesado en el objeto de la controversia, no puede ser sin embargo indiferente al modo en que el proceso se desarrolla y se concluye.*”

¹⁴⁵ Em sentido diverso CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Editora Altas. São Paulo, 2015, p. 111 quando refere que “Fica, então, o juiz limitado pelo poder que têm as partes de estabelecer limites da controvérsia (princípio do dispositivo), só podendo proferir decisões acerca daquilo que tenha sido por elas deduzido no processo (com a expressa ressalva das questões de ordem pública, assim entendidas aquelas que ao juiz é dado conhecer de ofício, suscitando seu debate independente de provocação das partes).”

¹⁴⁶ ¹⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio, ob. cit, p. 281.

¹⁴⁷ Isso porque na visão rígida de princípio do dispositivo “[...] *no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho.*”. AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª edición. Editora Thomson Civitas. Navarra, 2005, p. 474.

Na Alemanha, por exemplo, por muito tempo o juiz não podia buscar a verdade do processo por sua livre iniciativa e nem mesmo autorizado pelas partes¹⁴⁸. O Estado-Juiz não tinha poderes instrutórios no litígio, nem a nível do princípio do dispositivo em sentido estrito e muito menos a nível do pedido. No entanto, isso não significava que se vivia em um estado de disponibilidade máxima das partes, considerando que “só pode falar-se dum verdadeiro poder de disposição, quando o Estado não possa invalidar de modo algum a decisão do indivíduo de se abster de acionar.”¹⁴⁹. No entanto, o ordenamento Alemão evoluiu e hoje é um exemplo da aplicação de um processo gestor e flexível. O §139 da ZPO trata sobre a condução material do processo, permitindo que o juiz discuta com as partes as matérias fático e jurídicas da causa, bem como chame atenção dos litigantes para questões que julgue importante para sua decisão.

Ainda analisando alguns ordenamentos, cabe referir que na Itália há parte da doutrina que possui uma visão rígida de disponibilidade. O doutrinador SALVO LEUZZI entende que “*La prova dei fatti deve darsi ad opera della parte, poiché il giudice civile quei fatti né li conosce, né ha l’ufficio di ricercarli.*”¹⁵⁰. Seus argumentos são embasados, quase que de forma literal, no art. 115º do *Codice di Procedura Civile*¹⁵¹, o qual determina que as partes devem produzir as provas para formar a decisão do julgador.

Não há como negar que ideias rígidas, que são contra um processo de gestão efetiva, ainda existem. No entanto, agora, abrem-se as portas para o alcance do processo justo e efetivo, sendo necessário que haja uma maior ampliação de poderes do Estado-juiz¹⁵² para com os atos do processo. Essa abertura não é percebida apenas nos

¹⁴⁸ AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onore della Prova*. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1932, p. 66. Conforme dispõe “*Vige cioè per il processo tedesco il principio dispositivo. La legge – come dice Wach - non solo non fa obbligo al giudice di ricercare la verità, ma neppure glielo permette, neanche nel caso in cui le parti, d’accordo, gli volessero affidare la ricerca e ciò non solo per evitare l’aggravio, che da ciò deriverebbe al giudice, il quale ha interesse ad assumerla e deve portala a compimento, ma anche per evitare che il giudice s’intrometta in un interesse estraneo allo Stato, con minaccia della sua obbiettività.*”.

¹⁴⁹ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2002, p. 132.

¹⁵⁰ LEUZZI, Salvo. *I Mezzi di Prova nel Processo Civile: Formazione, acquisizione, integrazione*. Giuffrè Editore. Milano, 2013, p. 25.

¹⁵¹ Art. 115. (*Disponibilità delle prove*)

Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.

Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.

¹⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e Società*. Edizioni de Comunità. Milano, 1972, p. 33 já em 1972 mencionava a necessidade de não se ter um julgador inerte e apenas espectador da “luta”, “*Coll’idea che la amministrazione della giustizia sia una funzione della sovranità, si viene formando lentamente a convinzione che il giudice come organo dello Stato non debba assistere passivamente alla lite, per pronunciare alla fine una sentenza...: ma debba partecipare alla lite come forza viva ed attiva. In altri termini lo Stato è*

ordenamentos de Brasil e Portugal, mas também na Itália, onde parte da doutrina está defendendo o “*principio dispositivo temperato*”¹⁵³. Esse tempero, referido pelos doutrinadores italianos, está mais relacionado aos poderes instrutórios do julgador e não tanto a uma mitigação em relação ao pedido, porém esse já é um passo a ser dado para a busca de um processo preocupado com a busca da verdade.

De outra sorte, é importante ressaltar que a defesa de um processo civil com o princípio do dispositivo mitigado¹⁵⁴ não significa a defesa de um processo civil inquisitório¹⁵⁵. Carlos Noble expõe com propriedade que “*Sostener esta postura no*

interessato, non all’oggetto della lite, ma al modo in cui questa si svolge... I più tra i problemi processuali s’impennano intorno a un punto fondamentale: al rapporto fra l’iniziativa del giudice e l’iniziativa delle parti... Le liti possono essere più o meno brevi, le garanzie di una giusta decisione maggiori o minori, secondo che il giudice ha maggiori o minori poteri. La lite può diventare più o meno accessibile all’uomo debole ed incolto, secondo che il giudice ha mezzi maggiori o minori di venire in sua aiuto, di illuminarlo su quanto egli può fare per sua difesa, di correggerne gli errori. Qui è la chiave delle riforme processuali.”

¹⁵³ RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*: Aggiornata al d.l 22 giugno 2012, n. 83 (conv. Nella l. 7 agosto 2012, n. 134) e ala l. 28 giugno 2012, n. 92. 5ª Edição. G. Giappichello Editore. Torino, 2012, p. 343. Tal noção é mencionada pelo referido doutrinador. No mais, ele expõe artigos que mostram a existência desse “tempero” do princípio dispositivo na legislação italiana. Nesses termos, “*Fin qui la tradizione. La quale, peraltro, non è però mai giunta (né, come vedremo, avrebbe potuto farlo), a concepire un principio dispositivo allo stato puro. Il nostro processo civile contempla infatti varie ipotesi in cui il giudice può assumere mezzi di prova d’ufficio: art. 118 (ispezione), 213 (richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione), 240 (deferimento del giuramento suppletorio), 257 (teste di riferimento), ecc. Si parla a questo proposito di principio dispositivo temperato: la regola è espresso dall’art. 115, primo comma, c.p.c., che impone al giudice di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, salvi <<I casi previsti dalla legge>>.”*; Nessa mesma linha, BIVATI, Paolo. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*. Seconda Edizione aggiornata. Bononia University Press. Bologna, 2013, p. 38 ao mencionar que “*Il sistema italiano è caratterizzato, almeno per quanto riguarda il processo ordinario di cognizione, dal principio dispositivo attenuato: ciò significa che l’iniziativa istruttoria appartiene alle parti (art. 115 c.p.c), ma che il giudice ha una rilevante serie di poteri istruttorio officiosi, rafforzati quando il processo si svolge dinanzi al giudice unico: ne è un esempio l’art. 281 – ter c.p.c., in base al quale il giudice può disporre d’ufficio la prova testimonial formulandone I capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità.”*; Ainda nesses termos, CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Librería “El Foro”. Buenos Aires, 1969, p. 406 quando refere que “*Pero, en general, el conferir al juez el poder de escoger y de utilizar por sí los medios de prueba que considere más idóneos para constatar la verdad en el ámbito delineado por la peticiones de las partes, no está en oposición con el carácter disponible de la relación controvertida: el poder de disposición de las partes se manifiesta en señalar los límites del thema probandum, pero, dentro de estos límites, el reconocer al mismo juez que debe indagar sobre la verdad de los hechos alegados por las partes una cierta autonomía en la elección de los métodos de investigación, aparece como una necesidad de orden técnico, que no tiene nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes.”*

¹⁵⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 75. De forma análoga, os autores mencionam que “[...] o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo como era outrora.”

¹⁵⁵ Ainda é clara a força do dispositivo nos ordenamentos processuais civis. Como exemplo, tem-se o fato de que o juiz é proibido de servir-se, para a comprovação da verdade, de um fato do seu conhecimento privado. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1980, p. 287.

implica abandonar el principio dispositivo, sino que atenuarlo para garantizar la búsqueda de la verdad y la resolución justa de los litigios.”¹⁵⁶.

Verifica-se que a mitigação do princípio do dispositivo em sentido estrito já é consagrada e defendida por forte parte da doutrina. Essa consolidação se dá considerando que a disponibilidade das provas pertence à dimensão epistémica do procedimento, ou seja, a técnica do processo, e não propriamente ao princípio do dispositivo. A própria regra que determina que o julgador deve julgar *secundum alligata el probata* não faz referência ao monopólio das partes em relação à produção de provas, podendo o juiz também determinar que provas sejam aportadas ao processo¹⁵⁷.

Já a mitigação a nível do pedido é mais inovadora e a doutrina ainda é relutante quanto à sua aplicação. Sabe-se que o juiz deve estar limitado ao objeto da causa e ao pedido das partes, exceto quando entender cabível a concessão de um *minus* na sentença (menos do que lhe é pedido). Porém, a discussão se instaura quando se defende a ideia de conceder um *aliud*¹⁵⁸, ou seja, algo diferente em qualidade daquilo que foi pleiteado pelo autor. Para a concessão de algo em qualidade diferente, deve-se levar em consideração as situações em que o autor deduz um pedido radical. Nesses casos, se o juiz entender pertinente, poderá conceder um *aliud* para resolver o litígio, tentando extrair um pedido subsidiário não expresso¹⁵⁹, mas que esteja relacionado com o pedido principal¹⁶⁰, em prol da celeridade e eficiência processual.

O juiz deverá ter sensibilidade para obter uma maior utilidade e conveniência ao pedido. Essa sensibilidade deverá se dar com respeito aos princípios da cooperação, contraditório e dispositivo, cabendo ao tribunal “[...] notificar as partes, a fim de as ouvir

¹⁵⁶ NOBLE, Carlos. *Iniciativa Probatoria del Tribunal en los Procesos Civiles*. Revista de Derecho y Tribunales, n° 23. Montevideo, 2013, p. 91.

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, p. 200.

¹⁵⁸ SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulado*. Coimbra Editora. Coimbra, 2003, p. 596 refere que “Ora, alterar o pedido não é igual a ampliar o pedido.”. A autora ainda menciona que “Poder-se-ia sustentar que quem pode o mais pode o menos. Mas entre a ampliação e a alteração não se verifica uma relação de grandeza, mas uma relação de qualidade”.

¹⁵⁹ Provavelmente, o juiz irá chegar a essa conclusão após a fase de saneamento do processo. Só nessa fase que ele já terá recolhido todas as provas necessárias para perceber que, talvez, uma decisão que determine algo em qualidade diversa daquilo que foi pleiteado, mas que solucione o conflito entre as partes, poderá ser decretada. Essa decisão só poderá ser proferida se, antes, for respeitado o princípio do contraditório, dando às partes a oportunidade de se manifestarem sobre o pedido subsidiário, para que se evitem decisões-surpresa.

¹⁶⁰ MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n° 3983, novembro-dezembro/2013, pp. 147-148.

sobre as diferentes medidas que pretende decretar na sentença, sugerindo a modificação do pedido.”¹⁶¹. Com o respeito desses princípios, não se poderá alegar que foi proferida uma decisão-surpresa.

Trazendo a aplicação do ora exposto para a realidade de Portugal e Brasil, tem-se que em Portugal, até a Reforma de 1995/1996, prevaleceu a ideia de um processo liberal, talvez não na sua forma mais rígida¹⁶², mas que ainda entendia o processo como um jogo em que se tutelavam apenas interesses privados, no qual o vencedor seria aquele mais astuto. Nessa fase, percebia-se uma forte aplicação da autorresponsabilidade¹⁶³ das partes¹⁶⁴, de modo que aquela que não articulasse os fatos a seu favor poderia “pagar caro” por essa inércia.

No entanto, com a Reforma de 1995/1996 e, após, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil Português de 2013, foram consagrados princípios que trouxeram com eles a necessidade de flexibilização do princípio do dispositivo em sentido estrito e aqui se entende, também, a flexibilização a nível do princípio do pedido. Tais princípios, conforme já mencionado, foram o da gestão processual, o do inquisitório e o da cooperação processual¹⁶⁵.

No que toca ao direito brasileiro¹⁶⁶, percebe-se a possibilidade de mitigação do princípio do dispositivo em sentido estrito desde o CPC/1973. Quanto à mitigação a nível

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 148-149.

¹⁶² AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª edición. Editora Thomson Civitas. Navarra, 2005, p. 465. Na breve definição do autor “*Puede decirse que la concepción liberal propia del siglo XIX se basaba, sobre todo, en que, suprimida la posibilidad de tomarse la justicia por propia mano y por la fuerza, la tutela judicial debía concebirse como la manera pacífica de resolver controversias, primero, por un tercero imparcial y, después, por un medio (=proceso) en el que debía quedar asegurado e respeto al principio de contradicción. Se trataba en conjunto de garantizar la plenitud de los derechos subjetivos de los ciudadanos y no, desde luego, la mera observancia del derecho objetivo, esto es, la salvaguarda del interés público; la jurisdicción y el medio del proceso estaban al servicio de los derechos de los ciudadanos.*”.

¹⁶³ Ao explicar esse princípio ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. Reimpressão. Coimbra Editora. Coimbra, 1993, p. 378 refere que “As partes é que conduzem o processo a seu próprio risco. Elas é que têm de deduzir e fazer valer os meios de ataque e de defesa que lhes correspondam (incluídas provas), suportando uma decisão adversa, caso omitam algum. A negligência ou inépcia das partes redundam inevitavelmente em prejuízo delas porque não pode ser suprida pela iniciativa e actividade do juiz. É patente a conexão deste princípio com o dispositivo.”.

¹⁶⁴ Nas palavras de BIVATI, Paolo. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*. Seconda Edizione aggiornata. Bononia University Press. Bologna, 2013, p. 99 percebe-se a clara distinção entre processos com bases dispositivas e processos com bases inquisitórias, considerando que “[...] *il principio dispositivo è coerente con l'idea del processo come gioco fra le parti, mentre il principio inquisitorio è in linea con l'idea del processo che deve dare ragione a chi ce l'ha.*”.

¹⁶⁵ Art. 6º, 411º e 7º do Código de Processo Civil Português;

¹⁶⁶ Cabe referir que países como o Uruguai também permitem a busca de provas pelo o julgador (flexibilização do princípio do dispositivo em sentido estrito) (art. 139.2 do Código General de Processo). Mas a doutrina assinala que “*Non debe entenderse (en esta etapa del análisis) que este artículo le da plenas*

do pedido¹⁶⁷, há que se reconhecer que o CPC/2015 trouxe algumas mudanças a serem consideradas. Porém, para que essas mudanças sejam efetivas, é necessária uma mudança na cultura dos operadores do direito brasileiro. A dúvida que então surge, mesmo que certa parte da doutrina já defenda essa percepção¹⁶⁸, é se o direito brasileiro está pronto¹⁶⁹ para uma flexibilização tão efetiva¹⁷⁰.

Mesmo trazendo uma percepção de processo mais flexível do que a do Código de 1973, parece que o legislador brasileiro preferiu adotar uma postura mais rígida que a do legislador português para evitar abusos. Algumas dessas razões foram expostas por PAULA COSTA E SILVA ao tratar da Reforma do CPC português de 1995/1996 e acredita-se que podem ser aplicadas para o CPC/2015 brasileiro. Entre elas estão: se o autor tiver a possibilidade de alterar permanentemente os atos anteriores praticados, todos os atos de sequência, que pressupõem o ato modificado, serão inúteis; se o autor decide mudar o conteúdo do ato, nada daquilo que a parte contrária fez poderá ser aproveitado; se o autor tiver ampla liberdade de modificação do pedido, poderá manipular resultados

libertades al Juez para hacer uso de su iniciativa probatoria, ni que ésta se encuentra por encima de la carga probatoria de las partes.” NOBLE, Carlos. *Iniciativa Probatoria del Tribunal en los Procesos Civiles*. Revista de Derecho y Tribunales, n° 23. Montevideo, 2013, p. 63.

¹⁶⁷ Mesmo acreditando que o CPC/2015 brasileiro ainda se mostra um pouco rígido a nível de flexibilização do princípio do pedido, percebe-se que o art. 322, § 2º poderá se tornar um instrumento para amenizar esse problema. O referido parágrafo menciona que “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.”, podendo, então, o juiz considerar o “conjunto da postulação” para proferir sua decisão e não apenas aquilo que foi exclusivamente pedido. Saber se a aplicação desse artigo será ou não efetiva, bem como perceber se os julgadores terão a sensibilidade necessária para aplicar esse dispositivo, é algo que só o tempo irá mostrar ao processo civil brasileiro.

¹⁶⁸ Embora seja importante referir que já se defende essa mitigação a nível de pedido na doutrina. A título de exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 5ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 422 mencionam que “[...] os arts. 461, §5º, e 461-A, § 3º, CPC, mitigam a regra da conformidade entre pedido e sentença.” Os autores ainda referem que “De outro lado, também é possível ao juiz dar conteúdo diverso, por exemplo, ao fazer ou ao não fazer solicitado, impondo-se outro fazer ou não fazer, desde que idóneo para conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da obrigação originária. Assim, se é requerida a cessação da poluição e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estancada (um filtro, por exemplo), outro fazer deve ser imposto.”.

¹⁶⁹ Cabe salientar que o CPC/2015 flexibilizou o princípio do pedido. No entanto, por meio da possibilidade de convenções processuais, ele acabou conferindo amplos poderes às partes – passando o processo a ser uma coisa das partes -, voltando o juiz àquela posição estática de mero espectador.

¹⁷⁰ Pelas prudentes palavras de SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulado*. Coimbra Editora. Coimbra, 2003, p. 602 relativas à Reforma de 1995/1996, conclui-se que “Costuma-se dizer que as evoluções não se fazem aos saltos. Talvez que a técnica seguida pelo legislador tenha sido a mais adequada. De vez em vez, reforma o sistema, indo lentamente ao encontro de um processo civil, não apenas formalmente, mas também substancialmente justo.”. Mesmo que aplicado a ordenamentos distintos e em épocas diferentes, percebe-se uma semelhança com o que a célebre autora mencionou com a realidade atual do Brasil. Talvez a resposta seja esta: o legislador brasileiro optou por não dar passos tão largos.

processuais obtidos; e existe um momento em que o objeto do processo tem de se estabilizar¹⁷¹.

É importante deixar claro que quando se defende a possibilidade de flexibilização do princípio do pedido, refere-se apenas a casos específicos. Aplicada de forma correta pelos magistrados, não estariam a cometer abusos ou deixando de garantir a segurança jurídica do processo e desrespeitando as garantias das partes. A mitigação a nível do pedido deve ser realizada de forma cirúrgica pelo magistrado, pois ele não poderá, indiscriminadamente, determinar algo diverso do real objeto da lide. No entanto, para chegar à decisão justa de forma mais célere, evitando a propositura de outra demanda, por exemplo, o juiz poderá flexibilizar aquilo que foi pedido pela parte, conferindo à sua postulação o mesmo resultado pretendido, sem entregar exatamente a coisa pedida.

Por isso, não se pode tomar uma postura pessimista quanto à sua aplicação no direito brasileiro. A mitigação do princípio do pedido talvez ainda seja uma realidade “estranha” para o Brasil. Porém, considera-se que esta tendência de flexibilização a nível do pedido seja imparável¹⁷². Para a doutrina mais conservadora, essa percepção ainda é revolucionária. Todavia, para um processo moderno, que queira ter em suas bases a ideia de processo cooperativo que busca solucionar com eficácia e eficiência o caso concreto, não há outro caminho a seguir.

1.4. O Modelo Cooperativo de Processo: Fundamentos, Conceitos e Posituação no Direito Português e Brasileiro

Com a evolução do processo civil e a percepção da insuficiência dos modelos dispositivo e inquisitório, surge o processo cooperativo¹⁷³. Esse modelo está pautado no diálogo e na cooperação e, para ser efetivo, necessita de uma mudança de

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 598.

¹⁷² MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n° 3983, novembro-dezembro/2013, p. 143.

¹⁷³ Parte da doutrina, a qual aqui se filia, entende que a colaboração é um modelo de processo civil e um princípio. Um modelo, pois visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo e um princípio, pois determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do direito ao processo justo. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil como PRÊT-À-PORTER? Um Convite ao Diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo, ano 36, vol. 194. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011, pp. 57 e 62.

comportamento¹⁷⁴ daqueles que integram a lide. Nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA “Este importante princípio da cooperação destina-se a transformar o processo civil numa “comunidade de trabalho” e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados.”¹⁷⁵. A expressão “comunidade de trabalho” traz a ideia de que o tribunal e as partes devem colaborar para o alcance de uma decisão justa.

Linhas cooperativas começaram a surgir, pois o processo não poderia ser mais um instrumento alheio ao seu produto, seu objetivo é a busca de decisões legítimas e justas que formem precedentes orientadores do Poder Judiciário e da sociedade como um todo¹⁷⁶. O processo não pode ser mais considerado uma “luta” de partes em que vencerá a mais astuta. A cooperação busca trazer um novo viés¹⁷⁷ de atitudes no processo.

Embora já referido, não é demais mencionar, principalmente neste subcapítulo, que o processo tem um fim relevante para a democracia¹⁷⁸, em que devem ser cumpridos os valores do Estado Constitucional. Não se acredita na simples e pura existência de uma relação jurídica, mas sim no alcance de uma decisão justa para as partes e em uma unidade do Direito para a sociedade civil¹⁷⁹. O modelo cooperativo, aliado com o princípio da gestão processual, tem o intuito de democratizar o processo através do princípio da igualdade e do efetivo contraditório.

Não se pode dizer que o modelo cooperativo de processo é completamente novo, tanto no ordenamento português como no brasileiro, considerando que a colaboração já podia ser percebida em algumas regras constitucionais. A novidade veio com a positivação

¹⁷⁴ PEIXOTO, Ravi. *Rumo à Construção de um Processo Cooperativo*. Revista de Processo, ano 38, vol. 219. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 96 refere que “Aqui, o processo cooperativo impõe uma mudança até cultural na magistratura, que deve se adaptar ao novo modelo, abandonando uma postura autoritária no momento de construção das suas decisões.”

¹⁷⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 62.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 486.

¹⁷⁷ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985, p. 477 defendem que “É exactamente com o fim de assegurar a conveniente eficácia dos poderes do juiz ligados à concepção publicística do processo que a lei impõe, tanto às partes, como a terceiros, o dever de colaboração no descobrimento da verdade.”

¹⁷⁸ Nesse sentido também DIDIER JR, Fredie. *Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo*, p. 212.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob. cit. pp. 433, 435-436 e 491.

desse princípio em ambos os Códigos¹⁸⁰, que agora busca fixar suas fronteiras e comprovar a efetividade de sua aplicação.

Em Portugal, a positivação do processo cooperativo surgiu com a Reforma de 1995/1996¹⁸¹ e, com a entrada em vigor do CPC/2013, este princípio restou consagrado no art. 7º. No Brasil, o processo cooperativo tomou força com a entrada em vigor do CPC/2015¹⁸², o qual consagrou uma norma geral¹⁸³, no art. 6º¹⁸⁴, sobre os deveres de cooperação.

A cooperação não preconiza o autoritarismo, mas sim a igualdade e a democracia. Não se deve falar em autoritarismo nem na perspectiva de cooperação que impende sobre as partes, nem naquela relativa ao dever do magistrado. Defender uma cooperação de partes não é defender que estas desistam de sua pretensão, sendo a cooperação apenas um reflexo da aplicação do princípio da boa-fé processual¹⁸⁵, o qual exige das partes um comportamento ético na defesa de seus interesses. Quanto ao dever de colaboração do

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1974, p. 106 já mencionava a necessidade de um processo mais flexível, atribuindo às partes deveres de colaboração. Nas palavras do autor “*Esto significa simplemente que, quedando el poder exclusivo de las partes de iniciar el proceso, de determinar la res iudicanda, y de presentar las impugnaciones, a las partes bien podría atribuírseles sin embargo deberes de colaboración y ale juez poderes de iniciativa también discrecionales.*”.

¹⁸¹ SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulado*. Coimbra Editora. Coimbra, 2003, p. 590 menciona que “A finalidade que presidiu à consagração deste dever só se tornar evidente perante a segunda parte do mesmo preceito. A cooperação terá em vista a obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio.”.

¹⁸² Importante referir que o CPC/1973, embora não consagrando uma normal geral de cooperação, até porque, quando da sua elaboração, se vivia em outro momento processual, tinha algumas normas relativas a este princípio. A título de exemplo, cabe citar os artigos 284 e 616 (que trazem a ideia de cooperação do tribunal com as partes, em que é possibilitada a emenda da petição inicial) e o artigo 342 (que permite ao juiz determinar o comparecimento pessoal das partes para interrogá-las sobre os fatos da causa).

¹⁸³ Além da norma geral referida, pela leitura de alguns dispositivos do Novo Código, percebe-se também a consagração do princípio da cooperação processual. Entre esses dispositivos, pode-se citar alguns, tais como os artigos: 5º (determina que as partes deverão comportar-se de acordo com a boa-fé); 138 (admite a participação de *amicus curiae*, de ofício ou a requerimento das partes, considerando a relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia); 261, § 3º (determina que a parte a quem a carta beneficiar deverá cooperar para o cumprimento do prazo); 139 (trata da direção do processo); 191 (dispõe que o juiz e as partes, de comum acordo, poderão fixar um calendário para a prática dos atos processuais); 317 (determina que o juiz, antes de proferir decisão sem resolução do mérito, deverá conceder oportunidade à parte para, se possível, corrigir o vício); 378 (determina que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para descoberta da verdade); e 379 (determina que a parte deverá comparecer em juízo respondendo o que lhe for interrogado, colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária e praticar o ato que lhe for determinado).

¹⁸⁴ A doutrina adverte que “Como se pode perceber, seja como modelo, seja como princípio, a colaboração foi abraçada pelo legislador brasileiro no Novo CPC. Se, porém, de fato terá o condão de transformar as relações entre o juiz e as partes no processo civil, só o tempo – e o foro – poderão dizer.” MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126, AASP. São Paulo, 2015, p. 51.

¹⁸⁵ Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora. Coimbra, 2010, p. 14.

magistrado¹⁸⁶, torna-se mais simples compreender, pois quanto mais colaborativa forem as suas atitudes, menos autoritário ele será. Nas palavras de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Uma magistratura obrigada pela colaboração é a concretização de uma justiça próxima do cidadão, de uma justiça ao seu serviço. Uma justiça de igualdade entre todos os homens, independentemente da sua posição concreta.”¹⁸⁷.

Dessa forma, importante entender que existe uma dupla perspectiva do princípio da cooperação, sendo este dever compreendido como dever das partes e como dever do tribunal¹⁸⁸. Parte da doutrina brasileira entende que o princípio da cooperação deve abranger apenas a colaboração do juiz para com as partes¹⁸⁹, fundamentando seu posicionamento no fato de que as partes não querem e não devem colaborar entre si no processo, pois defendem interesses diversos no litígio¹⁹⁰. DANIEL MITIDIERO, defensor desta tese, refere ainda que “portanto, a colaboração não deve ser vista como uma fonte de deveres recíprocos entre as partes nem como um incentivo ao juiz para impor sanções às partes por falta de cooperação recíproca.”¹⁹¹.

No entanto, embora respeitável a posição da doutrina, aqui se entende que o dever de cooperação incumbe também às partes. Tanto o CPC português como o brasileiro trazem de forma expressa nos seus art. 7º, nº1, e art. 6º, respectivamente, disposição que

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 491. Os autores referem que o CPC/2015 positivou o modelo cooperativo, uma vez que o processo justo é pautado na colaboração do juiz para com as partes. Defendem que o juiz deve ser paritário do diálogo e assimétrico no momento da decisão. O processo cooperativo é capaz de prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva, pois garante a igualdade de armas das partes, com contraditório, ampla defesa e direito à prova efetivos.

¹⁸⁷ GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Ação Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar nº1: Associação Sindical dos Juízes Portugueses. Lisboa, 2007, p. 56.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 52.

¹⁸⁹ Em sede de exemplo do dever de colaboração do tribunal para com as partes, cabe referir o Agravo de Instrumento Nº 70067803999, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Julgado em 27/01/2016, que refere em sua ementa que “É dever do Poder Judiciário, diante do insucesso dos esforços envidados pelo autor em localizar o réu, expedir ofícios aos órgãos da administração indireta, concessionárias de serviços públicos e demais empresas privadas, possibilitando a angularização do feito e regular andamento processual, sob pena de violação ao devido processo legal e, por consequência, ao Princípio da Cooperação, base da nova ordem legal processual civil.”

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob. cit. p. 497.

¹⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*. Revista do Advogado, nº 126, AASP. São Paulo, 2015, p. 49. Quanto à aplicação de penalidades pela falta de colaboração, PEIXOTO, Ravi. *Rumo à Construção de um Processo Cooperativo*. Revista de Processo, ano 38, vol. 219. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 98 em sua exposição “Ressalta-se, com o modelo cooperativo, o caráter ético do processo, decorrente da valorização da boa-fé objetiva, não se podendo admitir condutas aptas a “poluir” o ambiente comunicativo, devendo o magistrado utilizar amplamente dos meios coercitivos para impedi-las, como as multas por litigância de má-fé.”

menciona que as partes deverão cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão justa e efetiva.

Ao defender tal posição, não se está dizendo que a lide passou a não existir. Pelo contrário, o litígio entre as partes ainda existe. Entender que elas cooperem entre si é dizer que as partes devem agir de acordo com os princípios de boa-fé e lealdade processual, estando sujeitas às penas de litigância de má-fé¹⁹².

LOPES DO REGO delimita alguns desses deveres de cooperação das partes para com o tribunal, mencionando que a elas se aplicam a ampliação do dever de litigância de boa-fé, o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz entender pertinentes, o reforço do dever de comparência pessoal em audiência de residentes fora da área da comarca e o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver a quebra de certos deveres de sigilo e confidencialidade¹⁹³.

Nesses termos, consagrar a colaboração entre as partes no processo civil não significa apagar o litígio ou a controvérsia. A divergência de interesses entre os litigantes continuará existindo, mas às partes não será permitida atitudes que obstem o alcance da decisão justa em um prazo razoável¹⁹⁴. O que se pretende com a colaboração é que o processo se estruture como uma verdadeira comunidade de trabalho¹⁹⁵, em que é privilegiado o esforço em conjunto entre juiz e partes¹⁹⁶. Esse princípio não obriga a parte a colaborar com o judiciário¹⁹⁷, no entanto, eventual recusa poderá servir de indícios indiretos para que o juiz decida a causa.

¹⁹² DIDIER JR, Fredie. *Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo*, p. 213 refere que “Repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.”. Ainda, PEIXOTO, Ravi, ob. cit. p. 102 quando aduz que “É isso que busca o processo cooperativo: uma disputa leal entre interesses opostos, com uma postura dialética do magistrado, que tenta alcançar a decisão mais correta ao caso concreto mediante o diálogo com as partes.”.

¹⁹³ DIDIER JR, Fredie, ob. cit, pp. 213-216.

¹⁹⁴ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, p. 265.

¹⁹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Librería “El Foro”. Buenos Aires, 1969, p. 416 expõe que “Hay en todo esto algo de profundamente nuevo: se continúa hablando de cargas, pero son cargas que pueden resolverse, en lugar de en una egoísta defensa del interés propio, en una ventaja para el adversario, y, en todo caso, en una colaboración para la justicia.”.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 494-495.

¹⁹⁷ Nesses termos, CALAMANDREI, Piero, ob. cit, p. 416 lembra que “Cuando el juez ordena a la parte que comparezca personalmente para ser interrogada, o que se deje inspeccionar por el juez en su persona o en los bienes propios, la invita a hacer una cosa que puede redundar en ventaja del adversario: la parte

Para falar de forma mais específica do poder-dever atribuído ao tribunal, torna-se importante delimitar o seu âmbito. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA defende, de forma acertada, que esse dever se desdobra em quatro, quais sejam: dever de esclarecimento; dever de prevenção¹⁹⁸; dever de consulta; e dever de auxílio¹⁹⁹. LOPES DO REGO também trata do assunto. O autor refere que a cooperação do tribunal com as partes abrange: a consagração de um genérico poder-dever do juiz em promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de fato alegada pelas partes; a consagração de um genérico poder-dever de providenciar, mesmo que oficiosamente, pelo suprimento de obstáculos procedimentais à prolação da sentença de mérito; a consagração do poder-dever de auxiliar as partes na remoção ou ultrapassagem de obstáculos que impeçam de atuar eficazmente no processo; e a consagração da efetividade do contraditório, com vista a prevenir “decisões surpresa”²⁰⁰.

Há que se dizer que os deveres de esclarecimento e prevenção se enquadram em uma vertente material do princípio da cooperação, de forma que contribuem na descoberta da verdade do caso concreto. Já os deveres de consulta e auxílio se relacionam a uma vertente formal desse princípio que está ligada a questões procedimentais (por exemplo: o

puede negarse a hacer aquello a que el juez la invita: pero si niega, porque sabe que de sus respuestas o de la inspección se podrían en claro elementos probatorios a su cargo, se expone igualmente al riesgo de perjudicarse a sí misma y de favorecer al adversario, proporcionando al juez, con su negativa o con su inercia, elementos indirectos para decidir la causa contra ella.”.

¹⁹⁸ Através do dever de prevenção, o magistrado terá instrumentos para flexibilizar o princípio do pedido. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora. Coimbra, 2010, p. 19 alude que “São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação da parte.”.

¹⁹⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 65. Nesse sentido, refere que “Este dever (trata-se, na realidade, de um poder-dever ou dever funcional) desdobra-se, para esse órgão, em quatro deveres essenciais: - um é o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada; - um outro é o dever de prevenção, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos; - o tribunal tem também o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer a matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido possibilidade de se pronunciarem, porque, por exemplo, o tribunal enquadrará juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer oficiosamente certo facto relevante para a decisão da causa; - finalmente, o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ónus ou deveres processuais.”. Ainda, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 497 reportam que a colaboração estrutura-se nos deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e de auxílio do juiz para com os litigantes.

²⁰⁰ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, pp. 267-269.

juiz deverá providenciar pelo suprimento de obstáculos surgidos às partes na obtenção de informações)²⁰¹.

Analisando os deveres impostos às partes e ao magistrado, percebe-se que o processo cooperativo traz consigo um novo dimensionamento de poderes, “Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada.”²⁰². Justifica-se, então, a defesa da ampliação dos poderes do juiz, tanto no âmbito do coração do processo, como no âmbito da instrução. O princípio da colaboração deixa de lado os processos em que o poder se encontrava única e exclusivamente nas mãos das partes²⁰³ ou do julgador²⁰⁴. A cooperação, a direção do processo e o incremento da inquisitorialidade judicial restringem a passividade do juiz, deixando o processo de estar pautado pela velha ideia liberal de processo como “luta” entre as partes²⁰⁵.

Assim, acredita-se que para se alcançar um processo democrático e dialogado é necessário que se saiba respeitar e aplicar o princípio da cooperação – para isso sendo necessária uma mudança da cultura judicial. A decisão justa só será alcançada de forma célere e efetiva se todas as partes envolvidas agirem com base na boa-fé e lealdade processual. São estes ventos que se espera que soprem para o “novo” processo civil.

²⁰¹ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2010, p. 292.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob. cit. p. 497.

²⁰³ Salientando, porém, que conforme MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*. Revista do Advogado, n° 126, AASP. São Paulo, 2015, pp. 49-50 “A colaboração não implica, pois, revogação do princípio dispositivo em sentido processual (*Verhandlungsmaxime*) – as partes continuam conduzindo o processo a fim de ganhar o caso, cada qual exercendo seus direitos, desempenhando seus ônus e cumprindo seus deveres sob o influxo dessa finalidade.”.

²⁰⁴ Isto, pois, conforme declara PEIXOTO, Ravi. *Rumo à Construção de um Processo Cooperativo*. Revista de Processo, ano 38, vol. 219. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 93 “No entanto, percebe-se que em nenhum dos modelos tem-se a valorização do diálogo, havendo sempre a prevalência da condução do processo por um dos seus sujeitos, seja o magistrado, sejam as partes, como se não fossem possível a atuação conjunta de todos.”.

²⁰⁵ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, p. 265. Também cabe mencionar que, mesmo com a aplicação do princípio da cooperação, ele em nada colide com a independência e a imparcialidade do tribunal.

2. A Gestão Processual no Modelo Cooperativo de Processo

Este capítulo tem o intuito de expor algumas reflexões sobre a gestão processual. A análise será feita em duas vertentes diferentes, quais sejam: a gestão do magistrado (por meio da adequação de procedimento e da efetiva gestão material) e a gestão das partes (por meio das convenções processuais).

Ao tratar da gestão do magistrado no processo, em sentido *lato*, pode-se dizer que ela é um *dever*²⁰⁶. Um dever porque o juiz está vinculado por lei à bem gerir o processo, de modo que “O dever de gestão processual procura ajudar a solucionar a “equação processual”: uma decisão justa do processo com os menores custos, a maior celeridade e a menor complexidade que forem possíveis no caso concreto.”²⁰⁷.

Nessa seara, se considera o poder de gestão do juiz como um verdadeiro dever²⁰⁸, uma vez que ele deve intervir no processo convidando as partes a completarem as alegações de fato ou até sugerir, nomeadamente ao autor, a alteração ou modificação do pedido²⁰⁹, para que se alcance a utilidade da ação. Ainda, cabe ao julgador fazer sugestões quanto à apresentação de provas²¹⁰, ou mesmo requerê-las de forma autônoma quando entender pertinente²¹¹.

²⁰⁶ Cabe mencionar que esse dever de gestão processual não está diretamente ligado à ampliação dos poderes instrutórios do juiz, de modo que, mesmo no processo adversarial, como o norte-americano, existe a gestão e não se percebe a forte aplicação desses poderes. Nesse sentido, FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. Primeiras Notas ao *Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013, p. 46.

²⁰⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 10.

²⁰⁸ Concordando com essa ideia, MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n.º 3995, 2015, p. 104, quando refere que “Quanto ao problema de saber se o poder de instrução se traduz num poder discricionário ou um poder-dever, o entendimento correcto é o de que se trata de um autêntico dever sempre que haja razões para presumir que certa prova não requerida pelas partes poderá ser essencial para alcançar a verdade.”.

²⁰⁹ Ou seja, segundo MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n.º 3983, novembro-dezembro/2013, p. 145, “Este princípio, cujos contornos aparecem pouco definidos na lei (um passo envolta em neblina), atribui ao juiz o poder de exercer influencia sobre o processo, que a nível do procedimento propriamente dito, que ao nível do <<coração>> do processo, ou seja, do pedido, da causa de pedir e das provas.”.

²¹⁰ Quanto à produção de provas, GUASP, Jaime. *Juez y Hechos en el Proceso Civil: Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1943, p. 61 aduz que “[...]se trata también de que estos medios de comprobación puedan ser ordenados por el Juez que es – o debe ser – el “verdadero director del proceso” no sólo desde un punto de vista meramente formal sino material incluso. Es difícil imaginar que perjuicios procedentes de una actividad judicial pueden

Por meio do dever de gestão do juiz²¹² e com base em alguns alicerces²¹³ se terá instrumentos para alcançar a decisão justa. Há que se considerar como alicerces a aplicação correta do direito, a averiguação fidedigna dos fatos, o emprego de um procedimento justo, correto, leal, eficiente e com respeito ao princípio da igualdade²¹⁴.

No entanto, por um viés diverso tem-se a gestão do processo pelas partes. Essa gestão se dá mediante a possibilidade de celebração de convenções processuais atípicas, em que as partes decidem como bem gerir as regras procedimentais do processo.

A vertente da gestão das partes do processo é um tema que tem conduzido muito debate na doutrina, de modo que neste trabalho caberá uma análise específica sobre o assunto. O objetivo a ser alcançado será o de perceber se essa gestão poderá levar a uma decisão justa ao caso concreto.

Dessa forma, passa-se ao estudo da gestão do magistrado no processo e após a gestão das partes. A análise em conjunto desses dois modelos de gestão mostra-se importante, uma vez que, através de ambos os conceitos, se buscará encontrar qual delas seria a mais efetiva para o alcance da decisão justa.

producirse para las partes porque consten en los autos, además de los hechos que ellas alegan, otros distintos y porque unos y otros hayan sido sometidos a pruebas propuestas por el Juez.”

²¹¹ No entanto, é necessário ter cuidado quanto ao âmbito de aplicação desses deveres. Conforme se extrai de uma das questões discutidas no julgado do Supremo Tribunal de Justiça (processo nº 4776/05.0TTLSB.L2.S, de 25/03/2015), para além de providenciar oficiosamente pelo suprimimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção, o exercício do poder-dever do juiz de convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados tem limitações, tais como: o momento processual próprio (gestão inicial do processo/findo os articulados) e; o suprimimento das irregularidades (que os articulados evidenciam), formais ou outras, nomeadamente as relativas à insuficiência ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de fato alegada. Não podem as partes pensar que pelo poder-dever de gestão processual o julgador pode, a qualquer tempo ou sobre qualquer fato, suprir irregularidades.

²¹² O direito inglês prevê a possibilidade do case management, na *rule 1.4* do *The Civil Procedure Rules* 1998, que traz a ideia de gestão processual.

²¹³ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. Primeiras Notas ao *Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013, p. 43. Conforme mencionam os referidos autores “A satisfação deste dever tanto pode, assim, dirigir-se imediatamente à satisfação do fim tutelado pela norma que prevê o ato – por exemplo, a garantia de um efetivo direito de contraditório, quando é prorrogado um prazo para defesa -, como pode visar, sem prejuízo do fim último de justa composição do litígio, obter ganhos de eficiência – assim acontece na dispensa de enunciação dos temas da prova, quando a simplicidade da causa o permite -, como pode ainda dirigir-se diretamente à realização daquele fim último – propósito presente quando o tribunal determina oficiosamente a produção de um meio de prova.”

²¹⁴ Para melhor análise dos alicerces de uma decisão justa ver TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Editora Temis. Bogotá, 2006, pp. 199 e ss. O autor aduz que os três critérios que constituem o ponto de referência para a valoração das decisões justas são “[...] a) *corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso*; b) *comprobación confiable de los hechos importantes del caso*; c) *empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión*.”. Importante aludir que os três requisitos são necessários para o alcance da decisão justa e nenhum deles, por si só, é suficiente para alcançá-la. Além disso, é necessário que nenhum desses requisitos seja inferior ao nível mínimo que se considera aceitável para alcançar a decisão justa.

2.1 O Poder-Dever de Gestão do Magistrado no Processo: Da Adequação Formal à Gestão Material

A gestão processual é um princípio que se reveste de duas finalidades: uma puramente processual ligada à celeridade²¹⁵ (e/ou ligada ao tribunal enquanto órgão, relacionada à sua organização interna); e uma segunda ligada à descoberta da verdade e à busca de uma decisão justa²¹⁶. Neste trabalho, acredita-se que a gestão não se reduz apenas à direção do processo – adaptação de procedimento -, mas sim a uma gestão muito além da forma, com cunho material e ligada ao princípio geral da cooperação²¹⁷.

Não se nega a importância da adaptação das formas para que seja eliminado o excessivo e o inútil no processo²¹⁸. A quebra do formalismo excessivo do processo civil e sua consequente flexibilização, além de gerarem a ampliação dos poderes do juiz, geram também a possibilidade de uma adequação do procedimento²¹⁹ para maior simplificação e agilização do processo.

Com base no princípio de adequação formal, o juiz poderá alterar a tramitação legal da causa, podendo, ainda, modificar o conteúdo e a forma²²⁰ dos atos²²¹. Em Portugal,

²¹⁵ Para SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 10 “A gestão processual visa diminuir os custos, o tempo e a complexidade do procedimento. Esta gestão pressupõe um juiz empenhado na resolução célere e justa da causa e traduz-se num aspecto substancial – a condução do processo – e num aspecto instrumental – a adequação formal.”.

²¹⁶ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n.º 3995, 2015, pp. 79 e 81-82.

²¹⁷ Nesse sentido, *Ibidem*, pp. 88-89 e 104 entende que “O fim da gestão material é, neste particular domínio, claríssimo: o apuramento da verdade e a consequente justa composição do litígio.”. Ainda, com a gestão processual “Pretende evitar-se que a pura prevalência do princípio do dispositivo conduza à perda de um direito por causa de um erro, de uma distração ou de uma falta de cuidado.”.

²¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1980, p.169.

²¹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. São Paulo, 2007, p. 102 defende que “Daí porque a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos séculos.”.

²²⁰ CAPELO, Maria José. *As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 144, n.º 3992, 2015, p. 338-339 faz breve referência sobre a flexibilização dos atos processuais quando indaga sobre a necessidade do relatório técnico ser escrito. Nas palavras da doutrinadora “E o relatório terá necessariamente de ser escrito? O “velho” princípio da liberdade de forma tem actualmente de conviver com novos poderes do juiz, nomeadamente o da adequação formal (artigo 547.º do CPC). Este apela tanto à flexibilização dos requisitos atinentes à

esse princípio não surgiu com o CPC/2013, mas sim com a Reforma de 1995/1996²²², que buscou permitir ao juiz uma maior flexibilidade da tramitação processual²²³, podendo ele desviar do padrão previsto na lei²²⁴.

Quanto ao Brasil, o CPC/2015 traz no seu artigo 139 e incisos a possibilidade de o juiz adequar o procedimento²²⁵, dilatando prazos, por exemplo. Ainda, determina no seu artigo 188 que, em regra, os atos e os termos processuais independem de uma forma certa, permitindo, então, ao julgador identificar a melhor maneira como estes atos deverão ser realizados.

É possível se perguntar se a adequação formal não poderia ser considerada um subprincípio da gestão processual. Acredita-se que a adequação deveria integrar uma alínea do princípio mais amplo da gestão processual, pois não se pode tratá-los como princípios diferentes, mas sim como princípios que se complementam. No entanto, é importante a ressalva de que o princípio da gestão processual não se esgota no exercício de meros poderes de adequação formal²²⁶, sua aplicação no processo vai além de uma simples adaptação de procedimento.

Adequar a forma do processo ao caso concreto é buscar sua maior eficiência, sendo a adequação formal uma pura gestão processual²²⁷. Nesse sentido que “Em contraposição à ideia de garantia assegurada pela forma, tem-se dito que o procedimento

regularidade formal dos actos processuais como do seu conteúdo. Em conformidade, entendemos que o tribunal tem a faculdade de, perante a natureza da matéria “constatada”, dispensar a apresentação de relatório escrito, bastando-se com a prestação de esclarecimentos orais na audiência final.”

²²¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, pp. 11-12.

²²² Com a Reforma de 1995/1996, o princípio da adequação formal veio disposto no art. 265-A do CPC português com a seguinte redação: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”. O CPC/2013 manteve essa ideia, mencionando em seu art. 547 que “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.”

²²³ BRITO, Pedro Madeira de. *O Novo Princípio da Adequação Formal*. in Aspectos do Novo Processo Civil. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 32 expõe que “Neste contexto, afigura-se que o princípio da adequação formal constituiu um elemento essencial para o êxito da reforma do processo civil na medida em que se pode revelar como um instrumento para atingir o objectivo de um efectivo acesso à justiça. Este escopo impõe o proferimento preferencial de uma decisão de mérito sobre uma decisão de forma, o que o princípio da adequação formal viabiliza pela remoção dos obstáculos inerentes a uma tramitação processual rígida.”

²²⁴ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n.º 3995, 2015, p. 83.

²²⁵ Ainda cabe referenciar o art. 932, Parágrafo Único do CPC/2015 brasileiro, o qual dispõe que “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

²²⁶ MESQUITA, Miguel, ob.cit. p. 85.

²²⁷ *Ibidem*, pp. 84-85.

demasiado ritualizado e com efeitos preclusivos não permite atingir a justiça que se procura através do processo.”²²⁸.

O processo civil lida com diversos tipos de causas que discutem direitos materiais complexos²²⁹. Por meio disso, o julgador depara-se com vários tipos de causas, umas mais complexas que as outras, o que faz justificar a necessidade de aplicação do princípio da adequação formal. Ele irá permitir ao tribunal determinar a tramitação de acordo com a complexidade da causa e “com a possibilidade desta adequação, a exigência do processo equitativo ganha uma nova dimensão: a equidade processual passa também a impor uma tramitação adequada à complexidade da causa.”²³⁰.

Em uma metáfora feita à atividade do juiz, MIGUEL MESQUITA refere-se ao processo moderno como uma “obra”, em que o magistrado passou a ter a possibilidade de alterar a sua planta, abrindo “corredores”, “janelas” ou “portas”, para solucionar o caso concreto. O autor refere ainda que o juiz deixou de ser mero “engenheiro” para passar a ser também o arquiteto do processo²³¹. Dessa forma, o fim do processo civil continua a ser a pedra de toque do princípio da adequação, sendo ele a “[...] expressão do caráter instrumental da tramitação relativamente à realização do fim essencial do processo”²³².

Por meio do princípio da adequação formal poderá se ter a correta aplicação da técnica processual. O procedimento e a conduta das partes devem adequar-se às peculiaridades do direito material discutido²³³. É necessário, todavia, perceber que esse princípio possui alguns limites, tais como, o processo equitativo. Imposta a esses limites, a adequação formal não pode violar as garantias do processo, mas sim, servir para o

²²⁸ BRITO, Pedro Madeira de, op. cit. p. 34.

²²⁹ Para SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 12 “Efectivamente, o poder de adequação formal permite a construção, em bloco, de uma tramitação alternativa para o processo (arquitectando que um processo mais complexo, quer um processo com características de sumariade ou até mesmo de urgência), mas também possibilita a mera adaptação de alguns aspectos da tramitação legal.”.

²³⁰ *Ibidem*, p. 12.

²³¹ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 145, n.º 3995, 2015, p. 83.

²³² BRITO, Pedro Madeira de. *O Novo Princípio da Adequação Formal*. in *Aspectos do Novo Processo Civil*. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 51.

²³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 45.

cumprimento da equidade no procedimento²³⁴, estando pautado pelo critério da proporcionalidade, que deverá ser sensivelmente percebido pelo julgador²³⁵.

Contudo, para alcançar a justa composição do litígio o processo precisa de algo mais do que uma mera adaptação de procedimento. Nas palavras de MIGUEL MESQUITA “Esta <<justa composição do litígio>> significa que a gestão tem uma dimensão material. Quer dizer, o juiz – num processo assente numa ideia de cooperação – deve interferir no processo, a fim de alcançar não apenas a celeridade, mas uma composição materialmente justa dos interesses conflitantes.”²³⁶.

Essa percepção é alcançada com a aplicação da gestão material do processo e mediante uma atividade sensível e cuidadosa do juiz. O magistrado gestor poderá sugerir, mas não impor, a modificação de um pedido feito pela parte, embasando essa sugestão em princípios que fundamentem essa alteração²³⁷. A gestão, no seu sentido material, é um princípio que traz uma maior efetividade ao processo e não só uma maior eficiência, de maneira a proferir decisões mais justas, baseadas na solução do caso concreto.

Sugerir, conforme referido acima, não é impor e também não significa aconselhar as partes. Mesmo em um processo de gestão material efetiva, a posição dos procuradores das partes deve permanecer enaltecida, de modo que ao julgador é conferida apenas a possibilidade de alertar as partes sobre determinado ponto dos articulados. Por meio desse alerta, os litigantes poderão decidir se irão introduzir alterações ou se irão esclarecer alguns aspectos ao tribunal²³⁸.

A percepção de gestão processual é um tema relativamente novo nos ordenamentos aqui estudados, porém tem-se mostrando um importante instrumento para o alcance da justiça das decisões. O CPC/2013 português adotou a gestão processual ao

²³⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 12.

²³⁵ Nesse mesmo sentido, SOUSA, Miguel Teixeira de. *Ibidem*. p 12 defende que “O critério que deve orientar a adequação formal é um critério de proporcionalidade: o processo deve ter uma tramitação com uma estrutura proporcional à complexidade da causa, pelo que causas de menos complexidade devem ter uma tramitação mais simples do que a legalmente definida e causas de maior complexidade podem ter uma tramitação mais pesada do que aquela que se encontra estabelecida na lei. Noutras palavras: a complexidade do procedimento deve ser proporcional à complexidade da causa.”.

²³⁶ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n.º 3995, 2015, p. 83.

²³⁷ MESQUITA, Miguel. *A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*; Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n.º 3983, novembro-dezembro/2013, pp. 146-147.

²³⁸ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n.º 3995, 2015, p. 103.

conferir no art. 6º²³⁹ ideia de impulsão, direção, simplificação, agilização e sanação processual.

Ao que toca ao CPC/2015 brasileiro²⁴⁰, verifica-se que o art. 139 também prevê poderes/deveres de direção do processo pelo magistrado. O referido artigo determina que o juiz deverá: dirigir o processo assegurando às partes igualdade de tratamento; velar pela duração razoável do processo; prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente dilatórias; determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial; promover a auto-composição; dilatar os prazos processuais e alterar a ordem na produção de provas para conferir maior efetividade à tutela de direito; e exercer poder de polícia; determinar o suprimento de pressupostos processuais e saneamento de vícios.

Embora no CPC/2015 brasileiro não haja disposição expressa no *caput* do artigo ao princípio da gestão processual, entende-se que, ao conferir poderes de direção ao juiz, o legislador buscou atingir ideia semelhante a do CPC/2013 português. Afinal, desde o CPC/1973 eram percebidas algumas referências sobre o tema. No entanto, analisando a positivação da lei verifica-se que a direção conferida ao magistrado volta-se para uma gestão, na maioria das vezes, meramente formal do processo.

No que toca a disposição do art. 6º do CPC/2013 português²⁴¹, ainda que ele não seja claro quanto à abrangência do exercício de influência do juiz, cabe referir que se acredita que ela deve se dar em relação às provas e ao objeto do processo. Quanto ao ordenamento brasileiro, percebe-se o mesmo enigma na norma, deduzindo-se, dessa forma, que o processo civil no Brasil ainda tem muito a caminhar para que o magistrado atue em relação às questões de fundo do processo. Existe uma necessidade manifesta de que os

²³⁹ É necessário deixar claro que o código anterior, após a Reforma de 1995/1996, em seu art. 265, já previa alguns poderes de direção do processo, os quais possuíam semelhanças com a gestão hoje consagrada.

²⁴⁰ Além do artigo 139, identifica-se a gestão processual em outros dispositivos do CPC/2015, tais como: artigo 191 (permite ao juiz e às partes a elaboração de um calendário processual); artigo 322, § 2º (permite ao juiz interpretar o pedido conforme o conjunto da postulação, observando o princípio da boa-fé); artigo 352 (permite ao juiz determinar a correção das alegações do réu); artigo 373, § 1º (permite ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso); e artigo 370 (permite ao juiz de ofício determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito).

²⁴¹ Certa parte da doutrina portuguesa entende que o princípio da gestão processual deveria ser encarado como um elemento motor da mudança do Código, porém encontram-se alguns sinais contraditórios no diploma. É possível citar como exemplo desses sinais contraditórios quando se estabelecem atos obrigatórios (audiência prévia) e quando se coloca a secretaria a controlar os atos do juiz (art. 156, nº5) GOUVEIA, Mariana França. *O Princípio do Dispositivo e a Alegação de Factos em Processo Civil: A Incessante Procura da Flexibilidade Processual*, p. 598.

operadores do direito entendam a nova realidade do processo civil para o qual o CPC/2015 foi concebido

No mais, é preciso considerar que a gestão material do processo deverá sempre ser residual e aplicada em uma pequena percentagem de processos. A intervenção do magistrado, no âmbito do “coração” do processo, deverá ocorrer apenas quando as partes não apresentaram os fatos ou pedidos de forma adequada, cabendo, então, ao juiz sugerir a elas que façam um “pequeno retoque” nas suas alegações²⁴².

Mesmo com a possibilidade de intervenção no “coração” do processo, além de residual, esta deverá ser feita com cautela. A alteração a nível do pedido²⁴³ será feita mediante o convite das partes de complementá-lo ou aperfeiçoá-lo. O julgador, em regra, deve gerir o processo com base naquilo que foi alegado pelas partes, para respeitar a premissa de que não se pode proferir uma sentença *ultra petita* (quando se dá mais do que aquilo que se pede), nem uma sentença *extra petita* (quando se dá coisa diversa daquilo que se pede)²⁴⁴. A gestão relativa ao objeto da causa deve se dar apenas em casos excepcionais e quando respeitadas as garantias das partes. Nessas situações, o juiz poderá conceder ao autor uma coisa diversa daquilo que ele requereu na petição inicial para preservar a celeridade e eficiência processual.

Processos de jurisdição voluntária aplicam o princípio da gestão processual material, atuando o juiz como bom gestor, dirigindo o processo e tomando as decisões necessárias para um andamento célere. A gestão processual, tanto na jurisdição voluntária como na contenciosa, visa a rápida e justa composição do litígio e para alcançar esse objetivo ela se torna uma direção ativa e dinâmica do processo, a qual mitiga o formalismo processual²⁴⁵.

²⁴² MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 103.

²⁴³ Quanto a esse tema, cabe a leitura do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência (processo n° 1520/04.3TBPBL.C1.S1-A, de 14/05/2015), o qual determina, no caso concreto, que “Se o autor não formula na petição inicial, nem em ulterior ampliação, pedido de juros de mora, o tribunal não pode condenar o réu no pagamento desses juros.”. O Tribunal menciona ainda em sua decisão que “ao longo do processo o juiz não pode, *sponte sua*, convidar o autor a suprir qualquer omissão que vislumbre no conteúdo do pedido; no caso, portanto, não poderia sugerir a inclusão do pedido de condenação em juros de mora que entendesse devidos.”. Esta decisão mostra uma forte resistência à mitigação do princípio do pedido, uma vez que ela determina que o tribunal está vinculado ao pedido, tal como foi formulado, com o conteúdo delimitado pelos autores.

²⁴⁴ Conforme disposto no art. 609 do CPC/2013 português e no art. 492 do CPC/2015 brasileiro.

²⁴⁵ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2013, p. 42.

As formas processuais são importantes para se obter uma resposta a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência, considerando, então, o formalismo relevante ao processo, muito mais do que para as outras atividades jurídicas. No entanto, deve evitar-se que as formas sejam um obstáculo para a obtenção da finalidade²⁴⁶ do processo²⁴⁷.

Dessa forma, a ampliação dos poderes instrutórios cumulada com a ideia de gestão material tem o espírito de servir à causa da verdade. O juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo, integrando-o com as garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito²⁴⁸. Porém, a gestão processual somente conseguirá servir à causa da verdade se for exercida materialmente pelo juiz. Assim, pode dizer-se que “[...] o mais valioso instrumento “corretivo”, para o juiz consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito.”²⁴⁹.

Com a consagração do princípio da gestão processual, verifica-se que o processo civil não está tão rígido. Esse processo mais flexível possui relações fortes com o princípio da adequação formal²⁵⁰. Este subprincípio ajuda a perceber que a gestão processual vem como instrumento para evitar o formalismo excessivo, salientando que “É um erro pensar que a gestão material conduz ao <<amesquinamento do papel das partes>> no Processo Civil.”²⁵¹.

A efetiva gestão material visa diminuir os formalismos pregados por muitos juízes, com o intuito de buscar a verdade do caso concreto e a justiça das decisões. É por isso que no processo moderno deve entender-se o juiz como aquele que tem “[...]o dever de promover a adequação do processo às especificidades da causa, dilatando prazos processuais e alterando a ordem de produção de provas, por exemplo, a fim de conferir

²⁴⁶ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 91. Nesse sentido, “A justiça, baseada na gestão material, deve alcançar aquilo que as partes querem e não aquilo que o juiz quer. Por isso mesmo, a correção dos pedidos inconvenientes ou inapropriados (Die korrektur unzuweckmabiger Antrage) tem de respeitar, na medida do possível a vontade dos litigantes.”

²⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1980, p. 169.

²⁴⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*, p. 7.

²⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 49, 1° trimestre. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1986. p. 61.

²⁵⁰ O princípio da adequação formal dispõe sobre a desnecessidade de seguir um formalismo no processo, de modo que o juiz poderá praticar atos que não estejam preestabelecidos na lei.

²⁵¹ MESQUITA, Miguel. *Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil?*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, n° 3995, 2015, p. 108.

maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI).”²⁵². Essa é a regra que deve valer para a maioria dos processos judiciais.

2.1.1 Os Limites à Gestão do Magistrado no Processo e a Imparcialidade

A imparcialidade do juiz é condição essencial para que exista um justo e efetivo processo. Ela é um dos pressupostos que fazem com que a relação processual se instaure validamente²⁵³. Nesses termos, “Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar provas de que disponha.”²⁵⁴.

Discussão é firmada pela doutrina sobre a quebra da imparcialidade nos casos em que se atribui ao juiz maiores poderes de instrução no processo. Tal debate existe, uma vez que uma parte dos doutrinadores entende que a imparcialidade do julgador é quebrada no momento em que ele determina a produção de provas²⁵⁵. Essa corrente defende que nesse caso ele estará sendo parcial, uma vez que a prova determinada irá favorecer a uma das partes do processo. Além disso, menciona que o julgador, ao investigar os fatos e os acontecimentos, poderá, mesmo que inconscientemente, prever aquilo que deveria ser o resultado de seu exame imparcial no deslinde do feito²⁵⁶.

Para considerar isso como verdade, seria necessário entender também que um historiador ao estudar certos documentos, poderia perder seu equilíbrio mental, deixando de estar em condições de valorar objetivamente o resultado de suas investigações. Por entender que isso não acontece, estranho seria dizer que pelo fato de o juiz determinar a

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 77.

²⁵³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 61.

²⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Imparcialidade: Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz*. Revista Jurídica de Porto Alegre, síntese, n° 250. Porto Alegre, 1998, pp. 12-13.

²⁵⁵ No entanto, a ideia que se tem dessa alegação é a mesma de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 451, a qual dispõe que “Do mesmo modo, o princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução. Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para elucidação da matéria fática, se queda inerte.”

²⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile Principi*. 7ª edição. Editora Giuffrè. Milão, 2007, p.136.

exibição de certo documento ele não teria condições de analisá-lo e interpretá-lo corretamente e imparcialmente²⁵⁷.

Confirmando esse argumento, não se vê a perda de imparcialidade do julgador apenas quando ele determina a produção de certa prova ou quando sugere à parte a alteração ou complementação do pedido. Essa imparcialidade pode ser perdida de igual modo na prática do interrogatório das partes, ou nas provas periciais ao promover perguntas e requerer explicações do perito²⁵⁸. A perda da imparcialidade poderá ocorrer em vários momentos processuais, de modo que a ampliação dos poderes instrutórios do juiz e a gestão material do processo, não podem, por si só, ser consideradas um risco ao seu dever de imparcialidade²⁵⁹. Para TARUFFO, essa atividade ativa do juiz se traduz na busca objetiva e imparcial da verdade acerca dos fatos²⁶⁰.

Nesses termos, verifica-se que essa ideia de risco da imparcialidade não deve permanecer no ordenamento jurídico. É necessário relativizar as velhas barreiras da imparcialidade, a fim de que os novos valores de ordem pública, que inspiram um processo justo, possam ocupar um lugar de incontestante proeminência²⁶¹.

Como dito, não deve se ver na atividade probatória, por exemplo, desenvolvida pelo juiz *ex officio* algo capaz de romper com a necessária imparcialidade que por ele deve ser respeitada. Quando o julgador determina a produção de certa prova, ele não sabe a qual das partes ela irá beneficiar. Para se considerar essa atitude como parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), seria prudente, também, considerar parcial a inércia do juiz, não determinando a produção de certa prova (em favor daquele que a prova prejudicaria)²⁶².

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, pp. 200-201.

²⁵⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Colección Internacional n° 32. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 128.

²⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. Revista de Processo, v. 9, n°35. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1984, p. 180. Nestes termos, o célebre autor refere que “Ora, em primeiro lugar, quando o juiz toma a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, quando o juiz, por exemplo, ordena uma perícia, não dispondo de bola de cristal, nem sendo futurólogo, não pode, evidentemente, prever, adivinhar qual vai ser o resultado daquela diligência e, portanto, a qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará.”

²⁶⁰ TARUFFO, Michele, ob. cit. p. 140.

²⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*, p. 8.

²⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático*. Revista dos Tribunais, v. 32, n.53. São Paulo, 2007, p. 36.

Ainda, quanto à determinação de meios de provas, cabe mencionar que no momento em que o juiz determina de ofício a produção de uma prova ele não está convencido de nada. Melhor dizendo, ele apenas percebeu que determinada prova poderia ser útil para a elucidação dos fatos, de modo que, ao valorar a prova, ele não deverá ser parcial em relação a uma parte ou outra²⁶³.

No mais, nos casos em que o juiz determina a produção de prova, se ele respeitar o princípio do contraditório, estará agindo dentro dos limites da lei. O juiz não irá se tornar irremediavelmente parcial por se ocupar da busca da verdade, determinando a produção de provas ou outra medida por sua própria iniciativa²⁶⁴. Assim, o processo que busca o alcance da verdade deverá permitir ao julgador uma maior cobertura de seus poderes. E essa ampliação por si só não irá ferir o princípio da imparcialidade, apenas trará mais chances de se encontrar a verdade do caso concreto.

2.1.2 Os limites à Gestão do Magistrado no Processo e o Respeito ao Princípio da Igualdade e do Efetivo Contraditório

Este subcapítulo, embora breve, é o que fundamenta a ideia defendida neste trabalho. A gestão material e a busca da verdade no processo só se tornam possíveis com o devido respeito ao princípio do contraditório e à igualdade das partes. Serão esses princípios que irão assegurar a imparcialidade do juiz e garantir a efetividade jurisdicional²⁶⁵, acreditando-se que o processo para ser justo deverá ter um contraditório efetivo e garantir a paridade de armas²⁶⁶ às partes²⁶⁷.

²⁶³ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, p. 201. Nessa mesma linha de pensamento, pode-se referir PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Colección Internacional n° 32. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 127.

²⁶⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto, ob. cit. p. 8.

²⁶⁵ Nesse sentido, GUASP, Jaime. *Juez y Hechos en el Proceso Civil: Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1943, p. 61, quando expõe que “*En primer término hay que hacer notar que la intervención del Juez en el proceso – aun con el carácter de investigador – no supone merma ni disminución alguna para las garantías del justiciable.*”.

²⁶⁶ Quanto à paridade de armas, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 449 aduzem que “[...] a paridade de armas não quer dizer que as partes de um mesmo processo devem ter os mesmos poderes, até porque isso seria ignorar a obviedade de que elas podem ter diferentes necessidades. O que importa é que tais poderes tenham fundamento racional na diversidade das necessidades das partes e que, diante de qualquer poder conferido a uma delas, outorgue-se à outra o correlato poder de reação.”.

²⁶⁷ BUJOSA VADELL, Lorenzo; HUERTAS MARTÍN, Isabel; POZO PÉREZ, Marta del; VICENTE JIMÉNEZ, Carmen. *Derecho Procesal Penal*. 2º Edición. Ciencias de la Seguridad Universidad de Salamanca. Salamanca, 2007, p. 34.

Torna-se pertinente estudar alguns conceitos relativos a esses princípios. Iniciando essa análise, afirma-se que o princípio da igualdade é um dos mais importantes princípios que norteiam o processo. Ele determina que as partes devem estar em uma posição de igualdade entre si e que ambas devem ser iguais perante o tribunal²⁶⁸. Os tribunais deverão garantir o exercício dessa igualdade através da lei²⁶⁹ e de seus poderes instrutórios, buscando sempre equilibrar a situação jurídica entre as partes. A garantia da igualdade deverá ser feita pelos juízes e pelo legislador através do estabelecimento de discriminações que sejam necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes no decorrer da lide²⁷⁰.

O dever dos magistrados em assegurar essa igualdade se dá uma vez que ela também é uma igualdade de riscos do processo²⁷¹. Porém, isso não leva a entender que essa igualdade poderia ser uma igualdade material ou uma igualdade ideal, considerando que a igualdade material é quase uma utopia no processo civil²⁷².

Como exemplo, no direito brasileiro, para tentar equiparar as partes visando alcançar uma igualdade de riscos e uma igualdade de direitos, o juiz poderá, de forma atenta, decidir pela dinamização do ônus da prova. A dinamização fará com que aquela parte com menores condições de produzir determinada prova não seja prejudicada por isso. Há quem diga que a dinamização do ônus da prova é uma aplicação do princípio da igualdade em uma roupagem mais moderna.

O princípio da igualdade possui íntima relação com o outro princípio ora estudado²⁷³. A relação se dá uma vez que o princípio do contraditório²⁷⁴ é um instrumento para garantir a igualdade no decorrer do processo. O respeito e a correta utilização deste princípio revelam-se inegáveis para o alcance do justo processo²⁷⁵, considerando que ele se

²⁶⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 2000, p. 52.

²⁶⁹ Esse princípio está disposto no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 13º da Constituição da República Portuguesa, no art. 5º da Constituição Federal Brasileira, no art. 4º do CPC português e no art. 139, I do CPC brasileiro. Isso mostra a sua importância tanto no âmbito constitucional, como no âmbito processual.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 445.

²⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La Igualdad de las Partes en el Proceso Civil*; Revista de Processo, ano 11, nº 44 (outubro/dezembro); Revista dos Tribunais; São Paulo, 1986. p. 177.

²⁷² *Ibidem*, p. 183.

²⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002, p. 135.

²⁷⁴ Esse princípio está disposto no artigo 3º do CPC/2013 português e 9º e 10º do CPC/2015 brasileiro.

²⁷⁵ RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale: Aggiornata al d.l 22 giugno 2012, n. 83 (conv. Nella l. 7 agosto 2012, n. 134) e ala l. 28 giugno 2012, n. 92*. 5ª Edição. G. Giappichello Editore.

encontra na mesma base do diálogo e da cooperação²⁷⁶. Um processo que não respeite e aplique o princípio do contraditório não pode ser considerado justo²⁷⁷, uma vez que “[...] *in realtà, si tratta di un principio di civiltà giuridica.*”²⁷⁸.

Com a aplicação do contraditório, chega-se à ideia básica da existência de duas posições no processo²⁷⁹: ativa e a passiva. Essa dualidade de posições gera a exigência de que essas partes sejam ouvidas antes da decisão do órgão jurisdicional²⁸⁰. Dessa forma, mesmo que o juiz determine a produção de determinada prova por sua livre iniciativa, ele deverá abrir espaço para ouvir as partes envolvidas na relação processual²⁸¹. O processo só será legítimo e democrático se permitir, não apenas de forma meramente formal, a participação das partes no processo²⁸².

Há que se dizer que o contraditório é um princípio vinculativo²⁸³. Embora existam outras formas de solução de controvérsias distintas do processo, uma vez que as partes optem por resolver seu litígio por meio dele, elas estarão obrigadas às regras do

Torino, 2012, p. 2; Há doutrinadores que vão além e determinam que “Il contraddittorio, cioè la struttura dialettica del procedimento, diviene così sinonimo di processo.”

²⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Formalismo Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. Revista de Processo, vol. 31, n° 137. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006, p. 11.

²⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Contraditório (Princípio do -)*. In Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino. (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. 1ª edição. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2010, p. 195 define que “A *ratio* do contraditório é permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas desfavoráveis.”

²⁷⁸ BIVATI, Paolo. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*. Seconda Edizione aggiornata. Bononia University Press. Bologna, 2013, p. 91.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 89. Além da dualidade de posições, o contraditório possui também uma essência dupla. Desta forma, “*L’essenza del contraddittorio è duplice: esso comporta che il giudice non possa decidere se non avendo ascoltato tutte le parti e che ciascuna parte sia posta in condizione di poter contrastare le tesi delle altre.*”

²⁸⁰ BUJOSA VADELL, Lorenzo; HUERTAS MARTÍN, Isabel; POZO PÉREZ, Marta del; VICENTE JIMÉNEZ, Carmen. *Derecho Procesal Penal*. 2º Edición. Ciencias de la Seguridad Universidad de Salamanca. Salamanca, 2007, p. 34.

²⁸¹ No entanto, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. São Paulo, 2007, p. 106 ressalta que “Dentro destas coordenadas, o princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir nas decisões judiciais, mas faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e dos provimentos judiciais.”

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 445.

²⁸³ Para evidenciar a necessidade de sua aplicação, cabe mencionar um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil. Neste julgado, há uma desconstituição da sentença de primeiro grau. O Tribunal de segundo grau entendeu que, embora o julgador tenha determinado a produção de prova necessária ao desate do feito (em atenção aos poderes instrutórios previsto no art. 130 do CPC), a ausência de contraditório em relação à prova produzida enseja o reconhecimento da nulidade da sentença nela baseada. (Apelação Cível N° 70067173401, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 16/12/2015).

contraditório²⁸⁴. A sua ideia é derivada da expressão latina *audiatur et altera pars*, a qual determina que a cada manifestação de uma das partes, o juiz deve determinar a oitiva da parte contrária para que ela possa se manifestar sobre os fatos alegados²⁸⁵, sendo um princípio que respeita o diálogo²⁸⁶ entre o juiz e as partes²⁸⁷.

Percebe-se, então, que o remédio para os “perigos” decorrentes de certo ativismo judicial não é privar o juiz de todo o poder de instrução, mas sim ter instrumentos para o controle adequado do exercício desses poderes. É daí que se verifica a essencial garantia dos direitos das partes e onde o princípio do contraditório cumpre uma importante função epistêmica, de modo a constituir-se em uma técnica essencial para o controle racional sobre o uso que o juiz tem de seus poderes. Da mesma forma que ao juiz, é necessário conferir às partes as condições adequadas para o controle da relevância e da admissibilidade das provas que o juiz determina de ofício, ou que elas estejam em condições de aportar provas contrárias ou diferentes das determinadas pelo juiz, ou ainda, que tenham a possibilidade de discutir o resultado e o valor dessas provas²⁸⁸.

Nesses termos, acredita-se numa vertente mais moderna do princípio do contraditório²⁸⁹ – que já vem sendo aplicada pelos ordenamentos português e brasileiro -, sendo ela uma vertente que não o entenda apenas como instrumento destinado a assegurar às partes a paridade de armas na luta por elas travada, mas sim o meio pelo qual o juiz

²⁸⁴ BIAVATI, Paolo. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*. Seconda Edizione aggiornata. Bononia University Press. Bologna, 2013, p. 90.

²⁸⁵ MAZZETI, Luca. *Principi Costituzionali*. G. Giappichelli Editore. Torino, 2000, p. 651. Ou seja, “*Il principio del contraddittorio postula infatti che la decisione del giudice sia emanata audita altera parte, garantendo così al soggetto che ne subirà gli effetti di essere messo nelle condizioni di esercitare le proprie difese.*”.

²⁸⁶ Para CABRAL, Antonio do Passo. *Contraditório (Princípio do -)*. In Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino. (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. 1ª edição. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2010, p. 201 “O contraditório assume função ainda mais nobilitante: a participação deixa de ser apenas indicativo de justa possibilidade de manifestação para configurar colaboração para uma solução justa.”. O autor menciona ainda que “Ganha vigor a compreensão do juiz como sujeito condicionante, que exerce não só poder, mas influência, e vem sendo cada vez mais defendida a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco e interação constantes.”.

²⁸⁷ MAZZETI, Luca, ob. cit, p. 652. Dessa forma, “[...] *il principio in esame nella sua accezione tipica presuppone una struttura triadica del processo, fondata sul rapporto dialettico tra le parti di fronte ad un giudice terzo ed imparziale.*”.

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, p. 201.

²⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo, ob. cit, p. 204 refere de forma acertada que “Nesse novo formato, o princípio do contraditório deixa de significar contraposição de interesses e prejuízos potências, para encampar a argumentação e a influência, e traduzir o direito de indagar-se e, em última análise, de ser ouvido.”.

exerce a sua atividade, possibilitando-lhe a formação do seu convencimento²⁹⁰. É através dessa vertente que se chegará a um processo justo e colaborativo e eventual desrespeito ao contraditório poderá/deverá²⁹¹ tornar o processo nulo²⁹².

Na busca de um processo justo, este princípio também complementa a iniciativa das partes. Isto porque cada parte age no processo em seu próprio proveito, de modo que a aplicação do contraditório fará com que, na fase instrutória, as partes tenham conhecimento das provas trazidas pela outra parte²⁹³.

Por esse lado, também verifica-se que o escopo principal do contraditório deixou de ser a defesa no sentido negativo de oposição para passar a ser a influência no sentido positivo do direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo²⁹⁴. É com a influência do sentido positivo que o contraditório passou a firmar a sua importância para o alcance da eficácia e do justo processo.

Assim, identifica-se no contraditório uma dimensão substancial que se traduz no poder de influência. A mera oitiva das partes no processo não é suficiente para que haja a

²⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p.112.

²⁹¹ Aqui cabe a referência do Art. 101 do *Código de Procedura Civile* italiano que dispõe: *“Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.”* (grifos nossos). O legislador italiano, de forma prudente e acertada, percebeu a necessidade de incluir uma vírgula no dispositivo para explicitar que é nula a decisão do magistrado que não observar o princípio do contraditório. Os ordenamentos aqui estudados (português e brasileiro) não tiveram esse cuidado de delimitar as consequências do não cumprimento pelo magistrado das garantias asseguradas às partes na lei. Aqui se entende que essa decisão deverá ser nula, assim como disposto na legislação italiana. Porém, caberá à doutrina e à jurisprudência o árduo dever de traçar esses limites.

²⁹² ARIETA, Giovanni; MONTESANO, Luigi. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Tomo I. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 2001, p. 345. O julgador está vinculado a respeitar o princípio do contraditório, uma vez que ele é *“[...] uno dei principi fondamentali che governano il processo civile, quello del contraddittorio, secondo il quale il giudice non può statuire su alcuna domanda se la parte contro cui è stata proposta <<non è stata regolarmente citata e non è comparsa>>, salvo che la legge disponga altrimenti.”*

²⁹³ CAPELO, Maria José. *As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 144, n° 3992, 2015, p. 337 ao tratar da determinação oficiosa da verificação não judicial aduz que “Neste contexto, no procedimento que desencadeia a opção pela verificação não judicial, o juiz deverá ouvir previamente as partes (cfr. n.º3.º do CPC). No actual modelo processual, o exercício dos poderes por parte do juiz (o “juiz-gestor”) ocorre num espírito de colaboração profícua entre os sujeitos processuais (artigos 3.º, 4.º e 7.º do CPC), distanciando-se de uma “estruturação dialética ou polémica do processo”.”. A autora dispõe ainda que “Previne-se por esta via, uma “decisão-surpresa”, sendo ocasião para convencer as partes da pertinência e da oportunidade da verificação não judicial, fundada na singeleza das “atestações”.”.

²⁹⁴ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2013, p. 125.

efetivação desse princípio, é necessário que as partes sejam ouvidas e tenham a possibilidade de se manifestarem, de modo a influenciar na decisão do órgão jurisdicional²⁹⁵.

Mediante essa dimensão substancial do princípio do contraditório se buscará evitar a prolação de decisões-surpresa²⁹⁶ (decisão nula por violar o contraditório), uma vez que toda a questão submetida a julgamento deverá passar antes pelo contraditório. Não pode o tribunal decidir a causa com base em uma questão de fato ou jurídica que não se encontre no processo²⁹⁷.

A chamada decisão-surpresa inclui aquelas questões novas que foram suscitadas depois do seu momento normal. Por terem sido suscitadas depois e havendo a possibilidade de virem a basear a decisão, ao juiz cabe convidar as partes para se manifestarem sobre essas novas questões²⁹⁸.

Essa percepção – proibição de decisão-surpresa - está disposta no artigo 10^o²⁹⁹ do CPC/2015 brasileiro, que determina que o juiz não poderá decidir, com base em fundamento do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. O CPC/2015 brasileiro buscou trazer ao processo um contraditório efetivo que legitime os poderes conferidos ao magistrado³⁰⁰.

²⁹⁵ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 18ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador, 2016, p. 82.

²⁹⁶ Nas palavras de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 503 “Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício.”.

²⁹⁷ DIDIER JR. Fredie. ob. cit., pp. 82-84.

²⁹⁸ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2010, pp. 250-251.

²⁹⁹ Vale lembrar que o artigo 9º do CPC/2015 brasileiro traz ainda a disposição de que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.”.

³⁰⁰ Ambos os ordenamentos estudados (português e brasileiro) conferiram maior poderes de direção e gestão do processo ao magistrado, de modo que, para que haja um controle desses poderes evitando-se decisões-surpresas, é necessário um efetivo contraditório. REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, p. 31, menciona que no direito alemão, no § 139 da ZPO - que confere ao magistrado poderes de condução material do processo - também há essa preocupação. Nas palavras do autor: “Assim, no direito alemão vem sido entendido que – com base no §139 da ZPO – deve o juiz dar a conhecer às partes e com elas discutir as possibilidades de solução do pleito, quer no plano da apreciação da prova, que no direito a aplicar, prevenindo assim as “decisões surpresa”.”.

A proibição de decisões-surpresa faz com que o contraditório seja um efetivo limite à atuação do magistrado. Tanto o CPC português como o brasileiro buscam uma efetividade do direito de defesa que “[...] pressupõe o conhecimento pelo demandado do processo contra ele instaurado; o conhecimento, por ambas as partes, das decisões nele proferidas e da conduta processual da parte contrária, com vista a permitir uma eventual impugnação daquelas e o exercício de direito de resposta à contraparte; a concessão de um prazo razoável para o exercício dos direitos de oposição e de resposta; e a eliminação ou atenuação de gravosas preclusões ou cominações, decorrentes de uma situação de revelia ou ausência de resposta à conduta processual da parte contrária, que se revelem manifestamente desproporcionais.”³⁰¹.

Para finalizar essa análise, cabe dizer que o princípio do contraditório é importante tanto para validar a atuação das partes no deslinde processual, como para validar a atuação do juiz de ofício. Através de sua correta aplicação, é possibilitado às partes a manifestação sobre questões postas de ofício ou não. Ele é uma garantia que as partes têm ao processo justo³⁰² e colaborativo.

Por isso, para o alcance do justo processo deve-se sempre respeitar e aplicar princípios como o da igualdade e do contraditório. O princípio do contraditório só irá se desenvolver de forma eficaz se for assegurada a igualdade das partes no processo³⁰³. Esses princípios são, ao mesmo tempo, limites à atuação de ofício do julgador e auxiliares à sua atividade oficiosa. O respeito à igualdade e ao contraditório é que dará ao juiz instrumentos para a aplicação de poderes mais amplos, para alcance de um processo colaborativo e para a busca de uma decisão justa – e não uma decisão-surpresa.

2.2. A Gestão das Partes no Processo: Adequação do Procedimento pelas Partes e as Convenções Processuais no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015

³⁰¹ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. ob. cit, p. 17.

³⁰² ARIETA, Giovanni; MONTESANO, Luigi. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Tomo I. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 2001, p. 348. Nesses termos, a referida doutrina italiana entende que “*Il principio del contraddittorio va inteso anche nel senso di vincolare il giudice ad aprire il dibattito su ogni questione che si ponga d’ufficio, comprese quelle su norme giuridiche non invocate dalle parti (v. il capitolo 20°), nonché sui criteri di decisione equitativa (v. il capitolo 21°).*”.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 445.

O presente trabalho defende a atenuação do princípio do dispositivo – em sentido estrito e a nível do pedido -, por meio de uma gestão formal e material do juiz, para o alcance de um processo cooperativo que traga às partes uma decisão justa para o caso concreto. No entanto, neste subcapítulo, passa-se a analisar a gestão do processo por uma perspectiva diferente da até então estudada.

O CPC/2015 no seu art. 190 preceitua que “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”. Conforme se extrai do referido dispositivo, às partes também foi dado o poder de gestão formal³⁰⁴ do processo, permitindo a elas adequar o procedimento e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais³⁰⁵.

Não há como afirmar que o tema das convenções processuais é novo no ordenamento processual brasileiro. O CPC/1973 trazia algumas disposições de convenções típicas³⁰⁶, como as convenções sobre ônus da prova, por exemplo. A novidade que se percebe é a positivação de uma cláusula geral que possibilita a celebração de convenções atípicas entre as partes³⁰⁷.

Nessa nova sistemática, passou-se a considerar como titulares de determinadas situações processuais as partes e não o juiz. Verifica-se que o CPC/2015 foi muito além e buscou a quebra do paradigma publicista, fundando-se no princípio da adequação de procedimento pelas partes, de modo que houve a “ampliação dos poderes das partes para a

³⁰⁴ A regra disposta no artigo 190 do CPC/2015 trata da negociação entre as partes sobre as regras processuais e não de negócios sobre o objeto do litígio. DIDIE JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 18ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador, 2016, p. 385. O autor refere ainda que “Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances e êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objetivo não admita autocomposição.”.

³⁰⁵ Ver Enunciados 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

³⁰⁶ Para melhor compreender esse conceito, cabe referir a distinção feita por CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Editora JusPodivum. Salvador, 2016, pp. 85-86. O autor refere que “As convenções típicas são aquelas expressamente disciplinadas pelo legislador, prevendo os sujeitos envolvidos, as formalidades necessárias, os pressupostos e requisitos de validade e eficácia. Já as convenções atípicas são aquelas praticadas em razão da autonomia das partes, ainda que na legislação não haja um modelo expressamente previsto (sem qualquer adequação a um tipo).”.

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 525.

adequação do procedimento e preponderância da vontade das partes, sobre a do juiz, no que tange à disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.”³⁰⁸.

Talvez, ao conferir amplos poderes de disposição³⁰⁹ às partes³¹⁰, o ordenamento brasileiro estará voltando àquela velha ideia de processo privatista³¹¹, em que o juiz era inerte, com funções apenas de conferir a validade dos atos e homologar aquilo determinado pelas partes. Prova disso é o disposto no Parágrafo Único do art. 190 do CPC/2015, referindo que “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”.

Por meio dessa disposição, o CPC/2015 delimita como será feito o controle de validade da convenção pelo magistrado. O magistrado exercerá o controle sobre a validade do negócio, podendo rejeitá-lo quando entender ser prejudicial ao processo ou à igualdade das partes³¹², por exemplo. Nada obstante, percebe-se pela leitura dos artigos do CPC/2015 que se referem a este assunto que a função de controle exercida pelo magistrado será *a posteriori* e limitada aos vícios de inexistência ou invalidade³¹³.

Além do controle *a posteriori* e conforme disciplina o art. 200 do CPC/2015, os negócios celebrados entre as partes produzem efeito imediato. Dessa forma, a

³⁰⁸ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, pp. 360-363.

³⁰⁹ Prudente ressaltar a percepção de CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Flexibilização do Procedimento e Calendário Processual no Novo CPC*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 503 quando alerta que “[...] isto é, os direitos que admitem autocomposição não são apenas os direitos disponíveis, mas também aqueles que, conquanto indisponíveis, admitam transação. Nessa última hipótese, de rigor a intervenção do Ministério Público.”.

³¹⁰ Nas palavras de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob.cit, p. 527 “Enfim, vê-se que o Código ampliou extraordinariamente os poderes de disposição das partes sobre os atos do processo. Especialmente diante de direito disponíveis e de sujeitos capazes, é admissível uma radical alteração da feição do processo, o que certamente repercute na forma de agir e de decidir do magistrado.”.

³¹¹ Rebatendo essa ideia, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Editora JusPodivum. Salvador, 2016, p. 137 menciona que “Nesse sentido, as convenções processuais não significam um retorno impensado ao privatismo romano, ou uma guinada ao formato anglo-americano do processo adversarial, mas um tratamento mais balanceado da tensão entre publicismo e privatismo, com a redução (não eliminação!) dos poderes do juiz em razão da atuação legítima das partes.”.

³¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 528.

³¹³ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 361.

homologação³¹⁴ do negócio pelo magistrado terá natureza excepcional³¹⁵. No mais, por estarem as partes dispostas de seus direitos e posições processuais³¹⁶, é necessário levar em consideração os limites previstos na lei para a celebração desses negócios.

A título de exemplo, nas hipóteses em que se tratar de interesse preponderantemente das partes, deverão ser observados os requisitos exigidos para a celebração de qualquer negócio jurídico³¹⁷, sob pena de não serem válidas as convenções celebradas³¹⁸. Ou ainda, se alguma convenção prever a violação de direito fundamental (contraditório e igualdade, por exemplo), ela deverá ser considerada nula³¹⁹.

No que toca ao objeto das convenções processuais, é relevante compreender que “É claro que um processo cuja validade é submetida à cláusula do direito ao processo justo (art. 5.º, LIV, CF) os acordos processuais não podem incidir sobre os poderes do juiz, notadamente aqueles vocacionados à verificação da veracidade das alegações de fato, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa.”³²⁰. Para que sejam respeitados os poderes³²¹ – pequenos - de controle e homologação do magistrado no negócio, incompatível seria entender que as partes pudessem convencionar sobre eles.

Ademais, ainda tratando sobre o objeto dos negócios processuais, cabe fazer a referência aos Enunciados 20 e 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. O Enunciado 20 menciona aqueles negócios que não são admissíveis e entre eles pode-se citar o acordo para modificação da competência absoluta e o acordo da supressão da primeira instância. Já o Enunciado 21 trata dos negócios que são admitidos, estando entre

³¹⁴ Nesse sentido, ver o Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.

³¹⁵ REDONDO, Bruno Garcia, ob. cit., p. 361.

³¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Editora Altas. São Paulo, 2015, p. 126.

³¹⁷ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Volume 1. 18ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador, 2016, pp. 392-393 menciona que “Assim, somente é possível negociar comportamentos lícitos.” ou ainda “Não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível.”

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 529.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 529.

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, p. 309.

³²¹ Relativo aos acordos processuais sobre deveres expõe-se a opinião de CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Editora JusPodivum. Salvador, 2016, p. 293 “De nossa parte, entendemos que é possível que haja acordos processuais sobre os deveres. Claro que o negócio jurídico não pode afastar deveres processuais legalmente estabelecidos, tais como o dever de lealdade, boa-fé ou o dever de veracidade, porque estabelecidos em nome da retidão do uso dos instrumentos processuais pelos sujeitos do processo.”

eles o acordo para a realização de sustentação oral, o julgamento antecipado do mérito convencional, a convenção sobre provas e a redução dos prazos processuais.

Embora os Enunciados não sejam vinculativos, eles remetem a uma posição dominante da doutrina. Nesse caso, mesmo que aprovado o Enunciado 21, dúvidas surgem quanto à possibilidade de convenção sobre provas. Afinal, os meios de provas são o instrumento para obtenção de elementos necessários para se encontrar a decisão justa ao caso concreto. Dessa forma, se estiverem as partes livres para convencionar sobre o tema das provas, poderiam elas determinar os elementos que passariam a constar da decisão e, de certa forma, ao que se entende, estariam elas a moldar a decisão a ser proferida.

Possivelmente, com a negociação sobre provas, estariam as partes a praticamente determinar a possível decisão do litígio. Nesse sentido e conforme o já exposto, ao implementar cláusula geral de negociação processual - e por meio das disposições dos arts. 190, Parágrafo Único, e 200 -, o ordenamento brasileiro consagrou um novo princípio, qual seja o do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo³²². O referido princípio tem o intuito de fazer com que a vontade das partes seja observada pelo juiz como regra geral³²³.

FREDIE DIDIER JR. entende que “Defender o autorregramento da vontade no processo não é necessariamente defender um processo estruturado em um modelo adversarial. O respeito à liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional, até mesmo porque o poder de autorregramento da vontade no processo não é ilimitado, como, aliás, não o é em nenhum outro ramo do direito.”³²⁴. Ao consagrar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes e uma cláusula geral de negociação processual, não estaria o processo determinado pela vontade das partes?

Para melhor compreender esse questionamento, importante trazer o conceito de ANTONIO DO PASSO CABRAL – referência na doutrina sobre o tema – atribuído às

³²² Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 31. O autor explica que “O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas (gênero do qual as relações jurídicas são espécies).”

³²³ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 362.

³²⁴ DIDIER JR., Fredie, ob.cit. p. 34.

convenções processuais. O autor dispõe que “Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.”³²⁵.

Pela leitura do trecho acima, as questões relativas ao papel do juiz nas convenções processuais ficam mais complexas – ou talvez mais claras –, uma vez que se identifica que o juiz não tem vontade nenhuma na elaboração do negócio. A convenção processual não necessita da intermediação de nenhum sujeito, de modo que a atuação do magistrado é de mero controlador da validade e homologador do negócio³²⁶.

No entanto, conforme defendido ao longo desse trabalho, acredita-se que a jurisdição tem funções mais amplas que não se resumem a simples solução de controvérsia das partes³²⁷. O Estado-social, embora se preocupe com a solução das controvérsias entre as partes, está preocupado em trazer uma resposta à sociedade³²⁸ por meio de uma decisão justa³²⁹.

Há que se mencionar, ainda, que os adeptos às convenções processuais entendem que elas são a mais perfeita expressão do modelo cooperativo de processo. Além disso,

³²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Editora JusPodivum. Salvador, 2016, p. 68.

³²⁶ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Flexibilização do Procedimento e Calendário Processual no Novo CPC*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPodivum. Salvador, 2016, p. 501, de forma acertada, elenca algumas questões sobre os poderes do juiz no CPC/2015 e sobre os limites dos acordos processuais. Nas palavras do autor: “Afinal, no novo CPC, aparentemente inverte-se a atual situação e as partes passam a ter mais poderes que o juiz, que somente poderia flexibilizar o procedimento de dois modos, na fixação de prazos e de ordem das provas, enquanto as partes poderiam convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres. A ser assim, quais os limites objetivos para os acordos processuais? O que poderá ser neles pactuados? São eles uma fonte normativa de legitimação extraordinária, ativa e passiva como sustenta Fredie Didier Jr.? Poderão ser objeto de acordo quais os atos processuais deverão ser realizados, sua forma, sua conveniência e oportunidade, sua ordem sequencial e todo e qualquer tipo de procedimento? Mesmo a previsão de controle de validade das convenções, pelo juiz, é vazada em termos vagos, com referência a casos de nulidade, não especificados, e à inserção abusiva em contratos de adesão ou situações de manifesta vulnerabilidade de uma das partes.”.

³²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 532.

³²⁸ Para CABRAL, Antonio do Passo, ob.cit. p. 193 “[...] esta visão do judiciário como um grande “tutor” que nos protege é tão ou mais romântica do que qualquer modelo, até mesmo brando, de cooperação processual.”.

³²⁹ De forma diversa, *Ibidem*, p. 144 entende que “Uma das objeções mais comumente invocadas contra os acordos processuais diz respeito à natureza pública da relação jurídica processual, com a onipresença do magistrado. Diz-se que a presença do Estado-juiz no processo impediria as convenções processuais porquês estas sempre interferiram nos poderes judiciais. Pensamos ser equivocada essa compreensão porque parte da premissa de que todas as situações processuais ativas são pertencentes ou titularizadas pelo juiz ou por ele exercidas. Mas o processo civil é pautado pela atividade das partes em equilíbrio com os poderes judiciais. A equipolência de funções processuais lida com um necessário e equacionado balanceamento entre as potestades dos sujeitos envolvidos.”. Talvez aqui não se perceba o equilíbrio entre a atividade das partes e os poderes do juiz.

defendem o rompimento da ideia de processo justo atribuída a um juiz gestor, referindo que o processo cooperativo superou a percepção de que a gestão formal do processo deveria ser feita exclusivamente pelo magistrado³³⁰.

Efetivamente, o processo cooperativo predispõe uma articulação da atuação das partes³³¹ e do juiz no processo. Só que essa articulação, ao que se entende, não é atribuir poderes única e exclusivamente às partes ou ao julgador³³². Nesses termos, conforme menciona FREDIE DIDIER JR., “O processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra.”³³³.

Surgem algumas questões por meio dessa breve análise. Será que as convenções processuais, embora tragam celeridade e eficiência ao processo, poderão dar a ele uma decisão justa para o caso concreto? Ou o resultado encontrado será apenas o de acabar com o litígio entre as partes?³³⁴.

Parece ser muito cedo para responder essas questões. Suas respostas virão com a aplicação do direito no dia a dia dos tribunais – por meio de precedentes - e com o auxílio da doutrina. Contudo, mesmo para aqueles que defendem a aplicação das convenções processuais, é relevante não esquecer que elas não podem se converter em um mero instrumento privado de resolução de litígios³³⁵.

No mais, é importante ressaltar que para a efetividade desse instrumento processual, é necessário que a cultura dos aplicadores do direito seja diversa da que se tem hoje. Acredita-se que a negociação processual poderá alcançar o objetivo de um processo

³³⁰ *Ibidem*, p. 192.

³³¹ Os acordos processuais só poderão ser a mais forte expressão da cooperação no processo se essa cooperação se restringir a cooperação entre as partes.

³³² Ainda que tenha sido defendida a gestão material do processo civil pelo magistrado, sempre se deixou claro os seus limites. A gestão material do magistrado, ao que se entende, só será efetiva se houver a participação também das partes – mediante o respeito ao princípio do contraditório efetivo.

³³³ DIDIER JR., Fredie. *Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª edição. Editora JusPoivm. Salvador, 2016, p. 34.

³³⁴ Embora ainda haja muitos questionamentos, filia-se à ideia defendida por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 532. Nas palavras dos doutrinadores, “Ainda que esse acordo possa vincular as partes do processo – podendo, eventualmente, uma parte exigir que a outra cumpra seus termos ou responda pelos prejuízos decorrentes – certamente esse pacto não pode ser oponível ao juiz, sob pena de usurpação de regra de competência constitucional e legalmente conferida. Independentemente de o processo tratar de direitos disponíveis ou não, de as partes serem capazes e esclarecidas ou não, esses acordos não podem afetar o dever da jurisdição prestar tutela aos direitos – o que obviamente não se confunde com a mera tarefa de resolver conflitos entre as partes.”

³³⁵ *Ibidem*, p. 533.

mais célere e eficiente. No entanto, embora esses aspectos sejam necessários, é importante que o processo encontre uma decisão justa para o caso concreto.

Assim, entende-se que a aplicação de convenções processuais trará maiores dificuldades para o alcance da decisão justa. Isto porque as regras procedimentais estarão nas mãos das partes e, pela história já conhecida do processo privatista, esta não é a melhor forma de encontrar a efetiva solução do caso concreto.

3. O Direito à Prova e a Busca da Verdade

Ao realizar um estudo sobre a colaboração no processo civil e sobre a gestão material do processo na busca da verdade, não há como não se debruçar sobre algumas questões relativas à prova. A prova é o instrumento essencial no processo, irá elucidar os fatos para que o juiz julgue-os de forma a proferir uma decisão justa. O êxito da instrução probatória se dará quando as declarações sobre os fatos provados forem consideradas como verdadeiras, tendo a prova, então, a função de trazer a verdade dos fatos³³⁶.

O direito à prova é considerado um aspecto fundamental da garantia da tutela jurisdicional das partes³³⁷, que vale tanto para a alegação como para a defesa. Ele está ligado ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, além de entregar ao julgador instrumentos necessários para que ele avalie, de maneira coerente e adequada, as provas produzidas pelas partes³³⁸.

Pode-se dizer que a finalidade da prova³³⁹, como instituição jurídica, é a de permitir que se alcance o conhecimento dos fatos alegados no caso concreto. Quando os meios de prova apontam elementos de juízo suficientes a favor da verdade de uma alegação (o que não se confunde com a alegação ser verdadeira), considera-se que a alegação está provada³⁴⁰.

Cabe frisar que o direito à prova pressupõe a liberdade dos litigantes em utilizar meios probatórios que entendam necessários para solução da lide. Porém, isso não impede a atuação do juiz, mesmo que de ofício, pois reconhecer o direito à prova às partes não

³³⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2005, p. 72.

³³⁷ LEUZZI, Salvo. *I Mezzi di Prova nel Processo Civile: Formazione, acquisizione, integrazione*. Giuffrè Editore. Milano, 2013, p. 5. Nesse mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 504-505 entende que o direito à prova “Trata-se de elemento essencial na conformação do processo justo. O direito à prova impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: (i) existência da relação teleológica entre prova e verdade; (ii) admissibilidade da prova e dos meios de prova; (iii) distribuição adequada do ônus da prova; (iv) momento de produção de prova; (v) valoração da prova.”.

³³⁸ LEUZZI, Salvo, ob. cit. p. 7. O referido autor expõe a importância do direito das partes em produzir provas, principalmente para a decisão final “*Pertanto, il diritto alla prova contempla l’opportunità delle parti di ottenere dal giudice una adeguata valutazione delle prova che sono state acquisite in giudizio, che si compendia nella considerazione integrale degli risultati dell’istruttoria espletata e nella razionale selezione di quelli che, nel libero convincimento del giudice, appaiono dirimenti ai fini della decisione della controversia.*”.

³³⁹ Para VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985, p. 436 “A prova, no processo, pode assim definir-se como a actividade tendente a criar no espírito do juiz a convicção (certeza subjetiva) da realidade de um facto.”.

³⁴⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2005, pp. 74-75.

significa atribuir-lhes o monopólio delas³⁴¹. Outrossim, passa-se à análise específica de alguns pontos relativos à prova.

3.1 Aspectos Gerais sobre a Prova: conceito, finalidade e meios de provas

Quando se faz parte do polo ativo ou passivo, ou ainda, quando há manifestação como terceiro em uma ação no judiciário, alegam-se fatos, os quais são ligados com os argumentos de direito para fundamentar as alegações e as razões em relação a determinado incidente. No entanto, só os fatos, bem como só o direito não fazem com que se obtenha êxito em todas as demandas propostas, tornando-se necessária a produção de provas.

Embora existam fatos que independam de provas³⁴², há que considerá-los como exceção. Na maior parte das vezes, é necessário que haja a instrução probatória, a qual tem o intuito de trazer ao julgador a verdade dos fatos e mostrar como eles realmente ocorreram³⁴³. Não é demais mencionar que esta dilação probatória deve ser realizada pelos meios hábeis, lícitos e moralmente aceitos, conforme disciplina o artigo 369 do Código de Processo Civil Brasileiro, restando claro, na legislação brasileira, que não serão aceitos meios ilícitos de prova³⁴⁴, bem como documentos falsos.

De forma breve, pode-se dizer que a prova no processo deve ser conceituada em dois sentidos: (a) o sentido objetivo, em que a prova passa a ser um instrumento hábil para demonstrar a existência de um fato; ou (b) o sentido subjetivo, em que a prova é a certeza originada quanto ao fato, sendo uma convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado. Por esses conceitos, tem-se que a prova deve ser considerada como a

³⁴¹ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Colección Internacional n.º 32. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 121.

³⁴² São os dispostos no art. 374 do CPC/2015 brasileiro. Entre eles estão: os considerados notórios; que forem afirmados por uma das partes e venham a ser confessados pela parte contrária; admitidos como incontroversos e aqueles cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade e; impertinentes ou irrelevantes para o deslinde da causa.

³⁴³ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra Editora. Coimbra, 1942, p. 492. No entendimento do doutrinador, “As provas são assim um equivalente sensível do facto para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse facto.”

³⁴⁴ Cabe referir que, no que toca ao direito português, o Código de Processo Civil e o Código Civil não trazem a tutela das provas consideradas ilícitas para o direito, de modo que tal regulamentação consta apenas no Código de Processo Penal.

soma dos meios produtores da certeza a respeito dos fatos que interessam à solução da lide³⁴⁵.

Identifica-se, então, que a prova tem a função essencial no processo de trazer a realidade de uma afirmação de fato³⁴⁶, com o objetivo de convencer o julgador³⁴⁷ e permitir-lhe fazer algumas constatações para que forme a sua convicção³⁴⁸. Nesse sentido, ela deve ser considerada como a atividade realizada dentro do processo, tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos fatos controvertidos. Essa convicção é importante e necessária, pois é através dela que o julgador poderá sanar suas dúvidas e resolver as questões de fato que giram em torno da lide³⁴⁹. No entanto, a formação da convicção não garante que processo termine alcançando a verdade dos fatos³⁵⁰.

Na doutrina³⁵¹ há a exposição de três sistemas³⁵² que tratam da formação da convicção do julgador, conforme seguem. Critério Legal: nesse sistema, o juiz segue uma hierarquia legal de provas, dando a cada prova um valor inalterável e constante, o qual é

³⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I: *Processo de Conhecimento*. 50ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 411.

³⁴⁶ As matérias de direito, em regra, não precisam ser provadas, pois *jura novit cúria*. Porém, nos termos do art. 376, do CPC/2015 brasileiro, deve-se ressaltar que, nos casos em que a parte que alega possuir direito municipal, estadual e estrangeiro, deverá ela provar o teor da vigência desse direito, caso solicitado pelo Juízo. Nesse ínterim, para SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol I. 8ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2008, p. 264 “Segundo um princípio elementar de direito probatório, apenas os fatos devem ser objeto de prova, desde que a regra de direito presume-se conhecida do juiz.”

³⁴⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997, pp. 195-196.

³⁴⁸ Na leitura de LEUZZI, Salvo. *I Mezzi di Prova nel Processo Civile: Formazione, acquisizione, integrazione*. Giuffrè Editore. Milano, 2013, p. 3 verifica-se que “Pertanto, la prova, che da un lato “affascia” gli strumenti di conoscenza adoperati nel giudizio allo scopo di formulare una decisione sulla verità o falsità delle affermazioni delle parti concernenti i fatti rilevante della controversia, dall’altro lato si risolve nella dimostrazione di un assunto o, in altri, dell’esistenza di un fatto giuridico.”

³⁴⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 195.

³⁵⁰ Nesse sentido, pode-se referir que, “Entretanto, tal posição esbarra no fato de que o resultado da prova nem sempre corresponde à verdade, apesar de levar ao juiz o convencimento necessário para sua decisão, isto é, a prova terá cumprido a finalidade de propiciar ao julgador a certeza de que necessita para embasar sua decisão sem que, necessariamente, tal certeza coincida com a verdade.”. AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006, p. 19.

³⁵¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia De; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002, p. 499; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I: *Processo de Conhecimento*. 50ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 412.

³⁵² No mesmo sentido, porém com nomenclaturas diversas, TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, pp. 130-131 defende que as abordagens para esclarecer o raciocínio que o julgador precisa desempenhar são: psicológicas, racionais e jurídicas.

definido por lei; Livre Convencimento: é aquele sistema que determina que deve prevalecer a livre e íntima convicção do juiz, sendo ele soberano e livre para formar sua convicção a respeito dos fatos discutidos em uma ação. Nesse sistema, o juiz não utiliza apenas as provas apresentadas no processo, mas sim as suas impressões pessoais em relação ao fato objeto da lide; e Persuasão Racional: nesse sistema, o julgamento deve ser realizado através dos frutos de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo. Esse sistema aceita o livre convencimento, mas impõe restrições a ele, não podendo o juiz basear sua convicção apenas em intuição pessoal, a qual seja incapaz de ser justificada pelas regras lógicas.

Dentre esses três sistemas de valoração das provas que estão à disposição do julgador, entende-se que, para a tomada de decisão, é mais importante que seja adotada a perspectiva racional e jurídica³⁵³. Embora o livre convencimento seja importante, ele não se ocupa das características mais importantes para a decisão do magistrado³⁵⁴.

A prova vem a ser, então, o meio pelo qual o magistrado conhece os fatos que embasam a pretensão das partes, sendo um instituto tipicamente processual. Ao analisar o instituto da prova, percebe-se que ela está inserida “[...] dentro do campo mais vasto que culmina com a instrução do processo, sendo este período da acção aquele que é destinado à assunção dos meios de prova com vista à matéria de facto constante da base instrutória.”³⁵⁵. Do mesmo modo, é possível dizer que a prova deve ser utilizada no controle e na busca da verdade³⁵⁶, sendo instrumento capaz de “reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa”³⁵⁷. Esta reconstrução fará com que o julgador tenha premissas fáticas confiáveis para, assim, formar a sua convicção³⁵⁸.

³⁵³ Para ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções Elementares de Processo Civil*. Reimpressão. Coimbra Editora. Coimbra, 1993, p. 375 em um sistema que vigore o princípio do dispositivo “A apreciação das provas obedece a rígidos critérios legais. A matéria de facto não é decidida segundo a livre convicção do juiz (sistema da prova livre), mas segundo aquilo que resultar da estrita aplicação desses critérios (sistema da prova legal).”

³⁵⁴ TARUFFO, Michele, ob.cit., pp. 130-131.

³⁵⁵ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 3ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2006, p. 23.

³⁵⁶ Isto é, “*Nel linguaggio comune prova si usa per controllo della verità di una proposizione; non si parla de prova se non rispetto a qualche cosa che viene affermato, quando si tratta di controllarne la esattezza; non appartiene alla prova il procedimento per il quale si scopre una verità non affermata.*”. CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile: Parte Generale il Concetto Giuridico della Prova*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1992, p. 44.

³⁵⁷ MARGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. *A Produção da Prova no Direito Processual: O alcance e os limites do ativismo judicial*. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2010, p. 34.

³⁵⁸ A prova torna-se um instrumento fundamental para a decisão do processo, uma vez que “Uma decisão de acordo com a verdade é o resultado de um ato de conhecimento do tribunal, o qual deve fundar-se em

Com a prova, o juiz poderá avaliar os fatos narrados pelas partes de modo a encontrar aquele que é o mais verídico para determinada situação, pois “[...] *la función de la prueba es la de proporcionar al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso.*”³⁵⁹. Nesse sentido, “Portanto, a premissa básica da prova é chegar, ou pelo menos, tentar descobrir a verdade, a essência dos fatos, ou mais uma vez utilizando um brocado forense “a real versão dos fatos”, se é que ela existe.”³⁶⁰. Ao obter o real acontecimento dos fatos, o sistema processual faz com que existam processos com bons resultados e justos para ambas as partes³⁶¹.

É nesse sentido que se pode defender que a função da prova para o processo está ligada à ideia de propiciar ao tribunal a formulação de juízos de conformidade ou desconformidade entre a existência real ou não dos fatos discutidos na lide³⁶². Para que a prova venha ao processo e cumpra a sua finalidade é necessário que existam meios para isso. Estes meios são os chamados meios de prova, que podem ser qualquer elemento que venha a ser utilizado em determinada causa para estabelecer a verdade³⁶³. Eles “[...] *son las cosas corporales que deben proporcionar al juez una percepción sensible, los portadores de la intuición o de la transmisión.*”³⁶⁴.

Buscar a prova no processo civil não é uma atividade simples que se realiza apenas por suposições, crenças, ou mesmo pela intuição do juiz. Para que ela chegue ao processo, são necessários meios³⁶⁵ que são de suma importância para o deslinde do feito –

premissas fáticas confiáveis: tais premissas são fornecidas pelos elementos de prova adequadamente apresentados perante o tribunal.”. TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 20.

³⁵⁹ TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre Prueba y Verdad*. Derechos e Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año VII, número 11. Madri, 2002, p. 114.

³⁶⁰ ALBERGARIA, Bruno. *A Busca da Verdade da Prova*. Revista Jurídica Verba Volant Scripta Manent, ano V, nº 01, 2009, p. 180.

³⁶¹ Por isso, diz-se que “[...] *puesto que el buen resultado del proceso depende de que el juez tenga a su disposición las pruebas necesarias para la valoración de los hechos jurídicos relevantes para la composición de la litis o para la gestión del negocio, se predisponen los medios idóneos para procurarle la disponibilidad de ellas.*”. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução da Quinta Edição Italiana por Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Editora Europa-América. Buenos Aires, 1973, p. 261.

³⁶² GOMES, Manuel Tomé Soares. *Um Olhar sobre a Prova em Demanda da Verdade no Processo Civil*. Revista do CEJ, nº3, 2005, p. 137.

³⁶³ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 15.

³⁶⁴ ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción Angela Romera Vera. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955, p. 203.

³⁶⁵ TARUFFO, Michele, ob. cit. p. 15. Em clara exposição, o célebre doutrinador defende que “Ademais, nos sistemas processuais modernos não se espera encontrar a <<verdade>> adivinhando, lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável (como os juízos de Deus ou outro tipo de ordálio medieval), mas com base em meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos.”.

afinal, são os meios de provas que irão trazer os elementos necessários para a justa decisão do caso concreto. Os meios de prova são velhos conhecidos dos profissionais do direito e, entre eles, estão os documentos, os testemunhos, as perícias e todas as formas que fazem com que a prova chegue até o processo. Um documento apresentando ou uma oitiva de testemunha possuem tanto valor no processo porque “*I mezzi di prova sono gli strumenti che, di volta in volta, possono essere impiegati per raggiungere la dimostrazione della verità del fatto affermato.*”³⁶⁶.

Não se deve confundir meios de prova com os chamados conteúdo de prova. Os meios de prova, conforme já visto, são as diversas modalidades pelas quais a ocorrência dos fatos chegam ao conhecimento do juiz, podendo ser diretos ou indiretos. Já o conteúdo das prova é o resultado que o meio produz, ou seja, o conhecimento que o juiz passa a ter dos fatos³⁶⁷.

Após esse breve estudos de alguns aspectos sobre a prova, tem-se que ela, através da aplicação dos meios adequados, irá demonstrar a realidade dos fatos alegados pelas partes. Além das regras de experiência e através das instrução probatória, o juiz estará munido de instrumentos para formar a sua convicção para julgar a lide da maneira mais justa e correta possível³⁶⁸.

3.2 Ônus da Prova

O presente trabalho está cercado pela discussão de um processo flexível, cooperativo e democrático, no qual o julgador deixa de ser uma parte inerte no processo e passa a ter poderes formais e materiais para alcançar a justa composição do litígio. Com isso, torna-se, então, relevante analisar e compreender o ônus da prova, instrumento muito

³⁶⁶ GENTILE, Francesco Silvio. *La prova Civile: Comento agli art. 2697 a 2739 del codice civile*. Jandi Sapi Editori. Roma, 1960, p. 6.

³⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia De; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002, p. 495.

³⁶⁸ GOMES, Manuel Tomé Soares, *Um Olhar sobre a Prova em Demanda da Verdade no Processo Civil*. Revista do CEJ, n° 3, 2005, pp. 133-134, refere então que, “Assim, os meios de prova, também designados por alguns autores por fontes de prova ou por factores de prova, reportam-se a elementos materiais e pessoais, (documentos, testemunha, perito), sensíveis, através dos quais o juiz, mediante atividade perceptiva ou indutiva, colhe os dados susceptíveis de conduzir à demonstração dos factos alegados, à luz do valor legal ou tarifado atribuído a determinados meios de prova ou recorrendo, com mais frequência, à sua convicção firmada na análise crítica do resultado probatório com apoio nas regras da experiência comum ou qualificada.”.

utilizado pelos magistrados quando a instrução probatória se mostra insuficiente³⁶⁹ no alcance da verdade do caso concreto.

Conceitos referentes a esse tema serão expostos para perceber se esse ônus, em um processo mitigado, no qual o julgador possui maiores poderes, terá ainda efetiva aplicação. O importante será mostrar os instrumentos que o juiz terá para evitar o *non liquet* e decidir a causa.

Para evitar o *non liquet*, quando um fato material não puder ser provado, o tribunal deverá aplicar um critério jurídico diferente, que será o ônus da prova. Sua decisão não poderá estar baseada na aplicação de normas substantivas aos fatos, pela falta de condição fática para aplicação de tal norma. O ônus da prova tem a função de permitir ao tribunal resolver a controvérsia quando os fatos principais não restarem provados, ou seja, é um critério que determina a decisão final, caso um fato não seja provado³⁷⁰.

Essa percepção sobre ônus da prova teve seu maior desenvolvimento nos sistemas romano e germânico. No sistema romano, o ônus incumbia, em regra, a quem propunha a ação, de modo que os fatos alegados pelo autor por ele deveriam ser provados. No que tocava ao réu, caso ele alegasse alguma exceção que modificasse ou extinguisse a obrigação, sobre ele recaía o ônus de provar tais fatos³⁷¹. Já no sistema germânico, a distribuição probatória era considerada mais formal e diferente do sistema romano. O processo era dividido em duas fases: a primeira referente à sentença de prova, na qual o juiz determinava a quem cabia o ônus de provar (normalmente tal ônus era incumbido ao réu) e; a segunda dirigida à parte a qual recaía o ônus da prova que deveria ser produzida³⁷².

Foram essa as bases que influenciaram diversos ordenamentos. Para Portugal e Brasil, esta influência se deu mais intensamente pelo sistema probatório do direito

³⁶⁹ Conforme era exposto por ROSENBERG, o ônus da prova também deveria ser considerado como uma teoria a ser utilizada quando houvesse falta de provas no processo. O célebre doutrinador defendida que esta teoria deveria ser aplicada quando as provas produzidas nos autos não fossem suficientes para esclarecer a realidade fática alegada pelas partes. Pode-se perceber esse entendimento na seguinte frase “*Las reglas sobre la carga de la prueba dan la contestación a esas preguntas. Ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso.*”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956, p. 2.

³⁷⁰ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, pp. 143 e 146.

³⁷¹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 3ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2006, p. 82.

³⁷² *Ibidem*, p. 83.

romano³⁷³, sendo montada a estrutura que se tem até hoje. Dessa forma, resta agora ir um pouco mais a fundo neste tema, para perceber a sua importância no atual direito processual civil.

3.2.1 Ônus ou Obrigação das Partes?

Etimologicamente a palavra “ônus” deriva do latim *onus*, que transmite a ideia de fardo ou peso³⁷⁴. Porém, para trazer a aplicação dessa palavra para o direito, é necessário, primeiro, que se faça a distinção entre a palavra “ônus” e a palavra “obrigação”³⁷⁵. A noção da carga da prova distinta da noção de obrigação deve-se, principalmente, aos doutrinadores JAMES GOLDSCHIMIDT e FRANCESCO CARNELUTTI. Para GOLDSCHIMIDT, o processo era um conjunto de expectativas, uma situação jurídica onde o nexos existente entre as partes era considerado como possibilidades, expectativas, cargas e liberações de cargas e não apenas direitos e obrigações. Para esse célebre doutrinador, a carga probatória era necessária para evitar um prejuízo processual através da realização ou não de um ato³⁷⁶.

No entendimento de FRANCESCO CARNELUTTI, carga e obrigação têm em comum o elemento formal, que é o vínculo da vontade. Entretanto, tais expressões se contrapõem no que toca ao elemento substancial, considerando que a obrigação se impõe para a tutela do interesse alheio e a carga para tutela do interesse próprio³⁷⁷. Para CARNELUTTI, a distinção também se dava no sentido de que a palavra obrigação deveria ser utilizada quando a inércia de uma das partes, na realização de determinada prova, trouxesse a ela uma punição legal. Quanto ao ônus, diante de uma prova não produzida por

³⁷³ *Ibidem*, p. 81. Nesse sentido, conforme menciona em seus estudos sobre o Ônus da Prova no Processo Civil, “É inquestionável que o direito romano nos oferece uma variedade de textos que vieram a permitir que as doutrinas que se seguiram os tivessem considerado como texto-base orientadores na formulação da construção doutrinária do ônus da prova.”

³⁷⁴ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. GZ Editora. Rio de Janeiro, 2009, p. 23.

³⁷⁵ AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onore della Prova*. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1932, p. 137. Nas palavras do doutrinador italiano, “*All'obbligo corrisponde la responsabilità subbiettiva o volontaria, All'onere la responsabilità obbiettiva dipendente causalmente dall'attività o dall'inattività.*”

³⁷⁶ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª edición. Editora Thomson Civitas. Navarra, 2005, p. 108.

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 108-109.

alguma das partes, este apenas faria com que os efeitos das provas que seriam úteis na comprovação das alegações da parte fossem perdidos³⁷⁸.

O doutrinador colombiano ECHANDÍA também defende que não se pode confundir carga processual com uma obrigação da parte. Segundo o pensamento do autor, a carga é uma relação jurídica ativa, ao contrário da obrigação, que é uma relação jurídica passiva. A carga faz com que o sujeito se encontre em absoluta liberdade para escolher a sua conduta e executar os atos que a norma contempla, decidindo ou não por suportar as consequências de sua inércia na realização de determinado ato processual. De forma simples, é dizer que o incumprimento da produção de prova é um fato lícito, enquanto o não cumprimento de uma obrigação gera um ilícito, pois implica na violação da lei³⁷⁹.

Nesses termos, a palavra ônus deverá ser utilizada “[...]quando o exercício de uma faculdade é colocado como condição para obter certa vantagem. Daí que ônus seja uma faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse.”³⁸⁰. O ônus da prova carrega uma ideia de liberdade das partes que, na execução de determinados atos processuais, faz com que elas administrem de forma coerente as provas que irão produzir no processo³⁸¹, sendo o ônus considerado apenas um encargo que incumbe as partes e não uma obrigação.

Por isso, é importante frisar que a produção ou não de certa prova não determina que uma parte irá vencer ou perder a ação. Porém, com a produção da prova, a parte poderá convencer o juiz de que suas alegações são verdadeiras. Nesse sentido, os doutrinadores brasileiros MARINONI e ARENHART defendem que “A ideia de ônus não tem o objetivo de ligar a produção de prova a um resultado favorável, mas sim relacionar a produção de prova a uma maior chance de convencimento do juiz.”³⁸².

³⁷⁸ *Ibidem*, p.109.

³⁷⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editora Aguiliar. Madri, 1966, pp. 8-9.

³⁸⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 3ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2006, p. 93.

³⁸¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Victor P. De Zavalía Editor. Buenos Aires, 1970, pp. 420-421; Com propriedade o célebre doutrinador entende que se pode definir “[...] la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.”.

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 11ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 266.

Nos sistemas processuais ora estudados prevalece o princípio do dispositivo, de modo que cabe às partes o ônus e não a obrigação de trazer as provas que serão incorporadas ao processo. No entanto, através do já exposto, não só às partes incumbe esse ônus, mas também ao julgador. Posições mais rígidas irão sempre existir, como, por exemplo, a defendida por MONTERO AROCA, que entende que no direito positivo espanhol cabe às partes, exclusivamente, a afirmação dos fatos e a prova desses, recaindo sobre elas a carga da afirmação e a carga da prova.

Porém, conforme já dito nessa exposição, o princípio do dispositivo está flexibilizado, principalmente, no que diz respeito à produção de provas. Dessa forma, não há como defender ideais tão rígidos como aqueles expostos por MONTERO AROCA. O processo moderno permite que não só as partes estejam no comando da produção de provas, mas também o julgador.

3.2.2 Teorias Estáticas e Dinâmica do Ônus da Prova

Após o breve entendimento do conceito de “ônus”, é pertinente fazer uma síntese das principais teorias que discutem o tema. Diversos doutrinadores discorreram sobre essa teoria que prevaleceu em vários ordenamentos jurídicos por longos anos, inclusive no português e no brasileiro. A ideia que predominava era a de que o ônus da prova deveria ser considerado como uma regra estática, sendo distribuído de forma rígida, incumbindo ao autor provar os fatos constitutivos de seus direitos e ao réu rebater os fatos que foram alegados pelo autor.

Dito isto, para compreender a eficácia ou não das regras estáticas, prudente é estudar algumas das teorias clássicas sobre o assunto. Relembrando as ideias de GIUSEPPE CHIOVENDA e de FRANCESCO CARNELUTTI, cabe mencionar que os autores defendiam que a distribuição do ônus da prova estaria ligada com a posição das partes no processo e com a natureza do fato. Porém, mesmo defendendo esta posição, CHIOVENDA já alertava que não se pode dizer, *a priori*, que a distribuição do ônus da prova seja rigorosamente lógica e justa³⁸³. O doutrinador defendia que as regras de distribuição do ônus da prova deveriam ter uma forma clara. Além disso, mencionava que o réu tinha interesse em provar a não existência de um fato afirmado pelo autor, porém, nos casos em que o autor não provasse os fatos que alegava, não caberia ao réu trazer essa

³⁸³ CHIOVENDA, José. *Princípio de Derecho Procesal Civil*. Tradução José Casáis Y Santaló. Tomo II. Editora Reus (S.A). Madri, 1925, p.252.

prova aos autos, pois acreditava que o interesse em provar do réu nascia quando o não afirmar ou o não provar lhe trouxesse prejuízos³⁸⁴.

CHIOVENDA referia, ainda, que nem todas as provas necessárias para formar o convencimento do juiz sobre os fatos deveriam ser atribuídas ao autor, defendia a ideia de que quando o demandado não se limitava a negar o direito do autor, caberia a ele provar os fatos extintivos e impeditivos desse direito³⁸⁵.

CARNELUTTI, seguindo semelhante linha de pensamento, entendia que o ônus da prova dizia respeito à busca de provas e não à sua inspeção ou valoração. Defendia que aquele que afirmava um fato também tinha o interesse em obter e em pré-constituir a sua prova e, caso a prova não fosse produzida nos autos, considerava-se que o fato não existiu³⁸⁶. O autor entendia que se o requerente afirma um fato, cabe a ele pré-constituir as provas para comprovar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto a quem fosse contra essas alegações caberia a produção de prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos.

Outra teoria que cabe relevo é a de ROSENBERG. A teoria desenvolvida pelo autor também é conhecida como teoria das normas, considerando que ele entendia que o fundamento de petição da demanda era uma norma, a chamada norma fundamentadora do direito ou da demanda, ou também chamada de conjunto de normas. Os efeitos dessa norma fundamentadora poderiam favorecer ao autor, considerando que a ele incumbe a carga de provar esses pressupostos e caso esses efeitos fossem anulados, mediante uma norma impeditiva, extintiva ou suspensiva trariam efeitos favoráveis ao réu³⁸⁷.

A teoria das normas defendia que cada uma das partes deveria indicar os fatos que lhe fossem favoráveis e, por ser uma faculdade das partes, poderia trazer prejuízos a estas caso não cumprida³⁸⁸. ROSENBERG entendia que “[...] *las normas sobre la carga de la prueba son un complemento necesario de toda a ley y de todo precepto jurídico capaces de*

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 253.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 250.

³⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução da Quinta Edição Italiana por Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Editora Europa-América. Buenos Aires, 1973, p. 345.

³⁸⁷ ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción Angela Romera Vera. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955, p. 225.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 222. O autor refere que “[...] *cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia e todos los presupuestos (aun de los negativos) de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal, en una palabra: sobre los presupuestos de las normas que le son favorables.*”.

aplicarse por un juez en un litigio que debe resolver.”³⁸⁹. Ainda, defendia que a aplicação da teoria das normas deveria se dar só em casos de não convencimento do juiz sobre os fatos apresentados, sendo que o julgador deveria utilizá-la da instrução para o resultado final da sentença, quando ainda houvesse dúvidas sobre a verdade dos fatos³⁹⁰. É importante referir que, estando provados nos autos os fatos, o juiz não poderia utilizar-se da teoria das normas para solucionar suas dúvidas pessoais, pois ela deveria ser aplicada para casos de insuficiência probatória.

MICHELI também contribuiu para o desenvolvimento das questões relativas ao ônus da prova. O autor defendia que o juiz deveria sempre proferir sua decisão no processo, mesmo quando não obtivesse seu convencimento sobre os fatos alegados, entendendo que as regras de ônus da prova deveriam ser consideradas como regras de julgamento. Para o autor, “[...] *il giudice deve giudicare in ogni caso, non solo quando la legge si mostri oscura e lacunosa, ma pure quando manchino gli elementi di fatto necessari per formare il proprio convincimento.*”³⁹¹.

No mais, acreditava que o magistrado não apenas buscava evitar o *non liquet* com as regras de ônus da prova, mas também a eliminação da pronúncia de conteúdos duvidosos. Nesse sentido, “[...] *il problema che il legislatore si propone di risolvere dettando le regole di giudizio dell’onere della prova non concerne solo il divieto del non liquet, dell’omissione di pronuncia, nel che si specifica il dovere del giudice di pronunciare in ogni caso, ma bensí anche l’eliminazione di pronunce di contenuto dubbio, di decisioni, cioè, le qual, pur contenendo un giudizio logico, non definiscono la materia del contendere.*”³⁹².

A teoria de MICHELI complementa a ideia de ROSENBERG, no sentido de que ele defende que não se pode levar em consideração apenas o direito material, mas também a posição ocupada pelas partes no processo.

Já ECHANDÍA, também estudioso do assunto, fez uma compilação das teorias relativas à distribuição do ônus da prova e as subdividiu em oito diferentes categorias.

³⁸⁹ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956, p. 3.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 6. Nesse sentido, “Pues, solo en caso de incertidumbre sobre la llamada cuestión de hecho, el juez precisa una instrucción con respecto al contenido de la sentencia que debe dictar, y esta instrucción se la dan las normas relativas a la carga de la prueba.”.

³⁹¹ MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova*. CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1966, p. 6.

³⁹² *Ibidem*, p. 13.

Essas oito categorias muitas vezes esbarram nas teorias já apresentadas e defendidas por outros doutrinadores. No entanto, vale a análise do esquema elucidado por ECHANDÍA³⁹³, através das seguintes teorias:

a) a que impõe ao autor o ônus de provar: embora seja um critério que poderia ser utilizado na maior parte dos casos, não pode ser considerado como uma regra geral. É um critério insuficiente, pois não há como exigir do autor a prova de fatos extintivos ou impeditivos;

b) a que exige a prova de quem afirma: é um critério não muito aceito, uma vez que a afirmação ou a negação pode ser uma simples forma de redação. É rejeitada também considerando que a simples afirmação ou negação de um fato não faz com que se tenha maior ou menor possibilidade de prova. Ou, ainda, porque é a natureza do fato que determina se deve ou não existir prova e não a sua alegação ou afirmação;

c) a que exige do autor provar os fatos de sua pretensão e do réu os de sua exceção/defesa;

d) a que toca o ônus da prova àquele que alega um fato ou circunstância anormal: o ônus cabe àquele que alega o anormal, uma vez que o normal se presume. ECHANDÍA entende que essa tese pode ser usada em muitos casos, porém não há como se considerar como uma regra geral;

e) a que impõe o ônus a quem inova no processo: essa teoria significa que o ônus da prova corresponde a quem afirma um fato inovador ou negue um fato que se considera existente. Não se exige a prova só da parte que a afirma, uma vez que o fato novo pode ser percebido em uma negação. Porém, não deve ser considerado como regra geral, pois muitas vezes é difícil saber em que consiste a inovação e quem a alega;

f) a que tem em conta a natureza constitutiva, impeditiva ou extintiva dos fatos: essa teoria é considerada avançada, pois não leva em consideração a posição das partes (autor e réu), nem a forma como se apresentam os fatos (afirmativos ou negativos). Essa teoria não pode ser utilizada como regra geral, porque o ônus da prova não corresponde só a quem afirma, independente de sua posição processual. Além disso, conforme já mencionado no item anterior, o ônus pode recair sobre aquele que nega;

g) a que atribui a cada parte a prova dos fatos que formam os pressuposto da norma cuja aplicação se reclama: essa teoria é fundada no fato de que é impossível

³⁹³ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Victor P. De Zavalía Editor. Buenos Aires, 1970, pp. 453-484.

elaborar uma regra geral nos critérios que só é contemplada a posição das partes e no que contempla isoladamente o fato objeto da prova. A presente tese é fundada na “teoria das normas” de ROSENBERG (já estudada) e que, embora muito utilizada, necessita ainda ser clareada; e

h) a que distribui o ônus segundo a posição da parte em relação ao bem jurídico desejado ou o efeito jurídico perseguido: esta teoria é a defendida por MICHELI (já estudada) e possui grandes semelhanças com a anterior (g), porém são analisadas sob pontos de vista diferentes.

Após essa breve síntese, percebe-se que ECHANDÍA defende que o único critério aceitável para uma regra geral de distribuição do ônus da prova deve contemplar não somente a posição das partes e os fatos isolados do objeto da prova, mas também o efeito jurídico por elas perseguido em relação à norma jurídica que se deve aplicar³⁹⁴. O autor refere ainda que “*Pero dicha regla resulta más clara y completa, si se hace expresa mención tanto del efecto jurídico perseguido por la parte, como de la norma que lo contempla y de la cual es presupuesto el hecho cuya prueba se trata.*”³⁹⁵.

No entanto, o que se percebe pela doutrina mais moderna é que as teorias estáticas passaram a se tornar insuficientes. Desta forma, surgiu a chamada teoria da carga dinâmica do ônus da prova, também conhecida como “teoria da maior facilidade da prova” ou “teoria da solidariedade no terreno da prova”³⁹⁶. Diz-se que o principal escopo da teoria é facilitar a vinda de provas ao processo para alcance da verdade³⁹⁷. E isso se dá através da flexibilização do ônus probatório³⁹⁸.

Quanto ao seu surgimento, não é possível determinar o momento exato e o local, uma vez que, embora a sua sistematização tenha se dado na Argentina no final do século XX, no início deste mesmo século o BGB na Alemanha já adotava uma ideia de “trânsito cambiante” do ônus da prova³⁹⁹.

³⁹⁴ *Ibidem*, 487.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 488.

³⁹⁶ PEYRANO, Jorge Walter. *La Carga de la Prueba*. Apresentado no XXXIV Congresso Colombiano de Derecho Procesal em Medellín – Colombia, 2013, p. 971.

³⁹⁷ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. GZ Editora. Rio de Janeiro, 2009, p. 86.

³⁹⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Principio de la Buena Fe Procesal*. J.M. Bosch Editor. Zaragoza, 2003, p. 155. Para o autor, a devida colaboração das partes em matéria probatória deu lugar à distribuição dinâmica da carga probatória. O princípio da cooperação possui muitos dos seus reflexos na matéria probatória, de modo que esta teoria mais flexível possui bases fortes no processo cooperativo.

³⁹⁹ CREMASCO, Suzana Santi, ob. cit. pp. 69-70.

O grande idealizador e sistematizador da teoria da carga dinâmica do ônus da prova é WALTER PEYRANO, que defende que a sua aplicação deve se dar em situações diferentes das habituais⁴⁰⁰. Com essa teoria, há a transferência do encargo probatório dos ombros de quem o tinha originariamente para a parte contrária⁴⁰¹, flexibilizando as regras rígidas de aplicação do ônus da prova.

Não se pode dizer que as regras estáticas devem deixar de ser aplicadas, muito pelo contrário, considera-se que a dinamização deverá se dar apenas em casos específicos. No entanto, sua aplicação permite uma maior liberdade ao magistrado nos casos em que ele entenda que as provas trazidas aos autos não são suficientes. Além da insuficiência, é necessário identificar que a parte onerada não possuía condições de produzir determinada prova, cabendo ao juiz determinar de maneira diferente a distribuição do ônus da prova, para o alcance da verdade do caso concreto.

Alguns ordenamentos jurídicos já aplicam essa teoria de forma expressa na lei. Dentre eles, tem-se o da Argentina, do Uruguai, da Espanha⁴⁰² e, com a entrada em vigor do CPC/2015, o do Brasil. Porém, mesmo em ordenamentos que consagram a teoria da carga dinâmica, sua aplicação não é a regra geral. Ela deverá ser aplicada de acordo com a necessidade do caso concreto e com as condições das partes em produzir determinada prova. Em Portugal⁴⁰³, no entanto, ainda não existe positivação na lei quanto a esta teoria.

⁴⁰⁰ A título de exemplo da aplicação da referida teoria cabe citar o Agravo de Instrumento Nº 70066430760, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 01/06/2016 que trata de negócios jurídicos bancários em que é determinada a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, uma vez que “Tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova, produzindo a que de modo mais fácil se encontraria ao seu alcance. Hipótese dos autos de aplicação da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições de produzir o meio de prova.”. A aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova também é comumente percebida em ações contra seguradoras, no tocante ao pagamento de honorários periciais.

⁴⁰¹ PEYRANO, Jorge Walter. *La Carga de la Prueba*. Apresentado no XXXIV Congresso Colombiano de Derecho Procesal em Medellín – Colombia, 2013, pp. 970-971. Em suas palavras, refere que “*Situaciones distintas de las habituales (V. gr., hipótesis de una mala praxis médica quirúrgica) determinan la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que desplaza el esfuerzo probatorio desde quien lo tenía sobre sus hombros (la actora que debía probar “todo” lo relacionado con la mala praxis médica de la que fuera víctima) hacia la contraria de la parte que originariamente y de acuerdo con las reglas ortodoxas del onus probandi soportaba el esfuerzo probatorio correspondiente.*”.

⁴⁰² Na Espanha, o artigo 217º da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (lei 1/2000 - Código de Processo Civil espanhol) prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova, em especial nos números 4, 5, 6 e 7 do artigo. As regras para aplicação da teoria estão dispostas no número 7, que determina que deve existir a *disponibilidad y facilidad probatoria* que corresponde a cada uma das partes do litígio.

⁴⁰³ REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III. 4ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985, p. 274-275 já defendia que “[...] há quem desista de estabelecer uma formulação geral destinada a resolver o problema; a solução naturalmente indicada, dizem, é investir o juiz do poder de distribuir o ônus

A referida exposição mostrou que as teorias rígidas e estáticas do ônus da prova estão perdendo espaço. O direito processual civil moderno tem buscado soluções que se adaptem ao caso concreto em que as partes cooperem para o alcance da decisão justa. Dessa forma, a consagração da teoria dinâmica do ônus da prova é um reflexo desse novo paradigma processual preocupado com a busca da verdade.

3.2.3. A Estrutura do Ônus da Prova e a Aplicação de suas Regras como Instrumento Processual para o Juiz em Situações de Dúvida

Após o estudo do conceito e da evolução do ônus da prova, cabem agora alguns comentários sobre sua estrutura. Essa análise deve-se dar diante de duas perspectivas: ônus objetivo, considerado como uma regra de julgamento; e ônus subjetivo, conhecido também como regra de conduta das partes⁴⁰⁴. Por meio dessas duas estruturas, é possível perceber que o maior problema relativo ao ônus da prova se dá no tocante à determinação de qual das partes deverá suportar o risco pela não produção de determinada prova. Normalmente, esse risco será suportado pela parte sobre a qual impendia o ônus⁴⁰⁵.

O ônus objetivo refere-se a uma regra de julgamento dirigida ao juiz para que seja utilizada quando as partes não obtiverem êxito em provar suas alegações, ou mesmo quando produzidas provas, estas não sejam suficientes para formar a convicção do julgador. É mediante essa regra que o juiz irá determinar que a parte que não conseguiu realizar provas suficientes para o convencimento do tribunal suporte tal ônus. Sua importância se dá devido ao fato de que o ordenamento jurídico português e brasileiro são de origem romano-germânica, não podendo o juiz abster-se de julgar a causa para que não haja o *non liquet* (o poder do juiz em não julgar por não saber como decidir a causa).

A dimensão objetiva do ônus da prova opera na fase decisória, cabendo ao juiz proferir sentença desfavorável para aquela parte que tinha a carga de provar⁴⁰⁶. É por isso

da prova em cada caso concreto segundo o seu prudente arbítrio, isto é, conforme lhe parecer razoável e justo.”. Porém, o próprio ressaltava que essa não era a posição adotada nem por parte da doutrina nem por parte das legislações.

⁴⁰⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Victor P. De Zavalía Editor. Buenos Aires, 1970, pp. 435-436. É importante referir que Echandía rechaça a ideia de ônus objetivo, pois entende que o ônus deve recair sempre sobre o sujeito. No entanto, ele entende que existem aspectos subjetivos e aspectos objetivos. O aspecto objetivo possui a mesma importância em processos dispositivos ou inquisitivos. Porém, o aspecto subjetivo possui mais importância no processo dispositivo considerando que o juiz não pode suprir a inatividade das partes na produção probatória.

⁴⁰⁵ REIS, Alberto dos, ob. cit. p. 272.

⁴⁰⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis, ob. cit. pp. 427-428.

que “[...] O ônus da prova objetivo respeita às consequências da não realização da prova, isto é, da falta de qualquer convicção do tribunal sobre a verdade de uma afirmação de facto.”⁴⁰⁷.

Defende-se que o ônus objetivo está à disposição do tribunal para auxiliá-lo nas decisões quando pairarem dúvidas em relação a determinado fato relevante para a solução do litígio. O ônus fará com que o tribunal profira uma decisão que resolverá o processo em uma situação de incerteza⁴⁰⁸. Essa decisão poderá não ser a mais justa - levando o processo a uma ficção jurídica - mas fará com que ao processo seja dada uma resposta.

Essa regra não é um meio de prova ou um método de valor da prova, mas sim um critério subsidiário, válido e necessário⁴⁰⁹, que evita que as partes sejam surpreendidas por uma decisão do magistrado. É um instrumento que traz previamente as regras do jogo⁴¹⁰.

Outra vertente é referente ao ônus da prova subjetivo, também conhecido por ônus da demonstração. Ele contém uma norma de conduta para as partes que está relacionada ao princípio do dispositivo, na medida em que a produção probatória está nas mãos das partes⁴¹¹, definindo sua atuação em juízo⁴¹². É a regra que irá determinar qual das partes será onerada com a prova de certo fato⁴¹³, sendo que aquela parte que não obtiver êxito em comprovar os fatos alegados correrá o risco de obter uma sentença improcedente ao seu favor.

⁴⁰⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 215.

⁴⁰⁸ MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*. Editora LEX. Lisboa, 2000, p. 21.

⁴⁰⁹ Por ser um critério subsidiário, não exclui a necessidade de produção de provas pelas partes, nem exclui a possibilidade do juiz usar de seus poderes instrutórios para alcançar a verdade dos fatos.

⁴¹⁰ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*. GZ Editora. Rio de Janeiro, 2009, p. 33.

⁴¹¹ ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción Angela Romera Vera. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955, p. 223. Nesse sentido, “*es decir, la carga que corresponde a una de las partes (no el deber; véase supra, § 2, II, 3 b), de procurar la prueba de un hecho controvertido mediante propia actividad, para substraerse a la pérdida del proceso, existe por el contrario únicamente en un procedimiento con principio de disposición, en el que la reunión de la material litigiosa y de prueba está confiada a las partes.*”.

⁴¹² ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956, p. 21. Para o autor, “*Para todos estos casos, el concepto de la carga subjetiva de la prueba es indispensable. Sobre todo es imprescindible para los casos en que los medios de prueba ofrecidos por el adversario, lo mismo que el interrogatorio de la parte por él solicitada, no se utilizan, aun cuando de este modo quizá pudiera haberse conseguido una aclaración con respecto a la situación de hecho, y la obligada a probar resulta vencida antes de que se hubieran agotado todos los medios de prueba porque ha quedado inactive a pesar de recaer sobre ella la preocupación de hacer constar los hechos cuya prueba le corresponde.*”.

⁴¹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*. Editora LEX. Lisboa, 1997, p. 216.

O processo determina a qual das partes incumbe a apresentação de determinados meios de prova⁴¹⁴, de modo que as partes sofrerão as consequências caso sejam displicentes em evidenciar a realidade fática. Isto porque o ônus subjetivo estabelece com quais dos litigantes estão relacionados os fatos que devem ser provados, sendo cada parte responsável por prová-lo e promovê-lo, restando indicada aquela que será afetada na sentença por falta de determinada prova⁴¹⁵.

Sua aplicação deve dar-se na fase instrutória, para que se possa identificar uma atividade probatória deficiente da parte onerada⁴¹⁶. Essa repartição “[...] nos põe perante o problema de saber *quem* deve produzir a prova, *qual das partes* deve exercer a atividade probatória, sob pena de ficar sujeita ao risco de ver repelida a pretensão que deduziu em juízo [...]”⁴¹⁷.

Embora de forma utópica, acredita-se que o litigante deveria ter maior comprometimento com o processo, uma vez que, por culpa da sua inércia, poderia vir a perder a causa. No entanto, deve-se ser realista ao falar de ônus subjetivo. O fato de ele apenas gerar um risco para a parte que não produziu a prova muitas vezes a faz permanecer inerte. Dessa forma, caso a prova não lhe seja favorável, é melhor correr o risco da utilização das regras de ônus da prova subjetivo do que o de levar a prova contrária aos autos.

Com essa breve análise da aplicação do ônus da prova, cabe transcrever uma lição do Doutor ALBERTO DOS REIS⁴¹⁸, que em seu Código de Processo Civil anotado expõe uma ideia do Ministro da Justiça MANUEL RODRIGUES, no qual explicava que “[...] uma coisa é a obrigação de provar, outra o efeito da prova produzida. Qualquer prova trazida ao processo deverá ser tida em consideração, independentemente do benefício ou do agravo que possa acarretar para a parte que a produziu. Este princípio resulta da concepção da prova, que é meio de indagação da verdade, e não da verdade do autor ou do réu”⁴¹⁹.

⁴¹⁴ JAUERNIG, Othamar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2002, p. 272.

⁴¹⁵ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. GZ Editora. Rio de Janeiro, 2009, p. 30.

⁴¹⁶ MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Editora LEX. Lisboa, 2000, p. 21.

⁴¹⁷ REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III. 4ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985, p. 272.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 267.

⁴¹⁹ Assim, há que se dizer que as provas, uma vez trazidas aos autos, não possuem titular. Se apresentadas no processo, elas passam a ter uma natureza pública, de modo que poderão vir a prejudicar, inclusive, a parte

Quanto à sua aplicação, a doutrina se divide. ALBERTO DOS REIS, por exemplo, entendia que o tribunal deveria pronunciar-se desfavoravelmente à parte que incumbia fazer a prova de determinado fato, ou seja, aquela parte que tinha o ônus de provar⁴²⁰. O célebre doutrinador entendia que deveria ser utilizado o critério do ônus subjetivo.

Já o doutrinador OTHMAR JAUERNIG dispõe que o tribunal, previamente, deve verificar o ônus da prova subjetivo e, após, o ônus da prova objetivo. Deve considerar-se que o ônus da prova objetivo é irrelevante para o êxito do processo nos casos em que a prova parcial foi produzida de maneira convincente, uma vez que o tribunal já estará convencido com a alegação da parte a quem incumbiu o ônus de produzir a prova⁴²¹.

O ônus da prova objetivo deverá ser aplicado quando o resultado da instrução se mostrar incompleto, incumbindo ao juiz identificar qual das partes foi responsável pela falta de provas para que ela suporte os devidos prejuízos⁴²². Mostra-se a sua importância ao considerar que é ele que dará êxito ao processo nos casos em que a prova principal para a resolução do feito não reste produzida. Sua aplicação irá evitar um *non liquet*, podendo o juiz decidir qual das partes terá que suportar o risco pela falta da prova.

que lhes aportou. Isso se reflete pelo princípio da aquisição ou comunhão da prova, que nas palavras de AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª edición. Editora Thomson Civitas. Navarra, 2005, p. 154 “[...] *las actividades procesales pertenecen a una relación única*”, por lo que “<<los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes>>. Se mantenga o no la teoría de la relación jurídica sobre la naturaleza del proceso, no puede negarse que éste es una única relación y, por lo mismo, los efectos de los actos procesales, independientemente de la parte que los realice, han de referirse al conjunto del proceso.<<Cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos, éstos pueden ser utilizados por la otra parte>>.”. De forma clara, ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2010, p. 278 menciona que “Resulta deste princípio não poder a parte retirar do processo uma prova já apresentada ou renunciar às suas provas, uma vez produzidas (porventura por temer a prova de um facto desfavorável) – embora delas possas desistir antes da produção.”.

⁴²⁰ REIS, Alberto dos, op. cit. p. 274.

⁴²¹ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2002, p. 273.

⁴²² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. Vol. 2. 4ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador, 2009, p. 75. Nesse sentido, tem-se a posição dos doutrinadores brasileiros que dispõem que “Na realidade, ao julgador é suficiente que verifique se o resultado da instrução foi completo ou não. Se *completo*, irrelevante é quem foi o responsável pela produção da prova. O magistrado não deve se ater ao aspecto subjetivo do ônus probatório, não importando quem foi o responsável pela produção da prova – se o titular do ônus de produzi-la ou, eventualmente, a contraparte. Uma vez trazida a prova ao feito ela se desgarrar daquela que a produziu, passando a fazer parte do processo – é o que dispõe o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas. Mas se *incompleto* (o resultado da instrução), deverá ater-se ao caráter objetivo do ônus probatório, investigando qual das partes foi responsável pela sua incompletude, para que suporte os prejuízos da inexatidão fática que permaneceu nos autos. E essa preocupação só deve acometer o magistrado depois de finalizada a fase instrutória.”.

É importante destacar, porém, que se acredita que o ônus da prova subjetivo perdeu sua função, de modo que ele não mais existe no processo civil⁴²³. Embora se defenda que a conduta das partes seja importante para o alcance da justa composição do litígio, acreditar na efetividade do ônus subjetivo poderia ser uma ingenuidade. Infelizmente, ônus subjetivo, na sua configuração atual, não estimula as partes para contribuir com a completude do material probatório no processo, a não ser que esse material probatório seja de seu interesse⁴²⁴.

No mais, na maioria das vezes, o processo irá se resolver com a aplicação do ônus objetivo. Tal assertiva pode ser feita uma vez que, trazidas as provas ao processo, não terá sentido se aplicar o ônus subjetivo.

Outrossim, quando perceber a falta de provas para solucionar a lide, o juiz deverá valer-se das regras relativas ao ônus da prova⁴²⁵. Tais regras devem ser aplicadas tanto em processos com bases dispositivas como em processos com bases inquisitivas⁴²⁶, uma vez que a incerteza, por muitas vezes, irá assombrar o tribunal, mas ela não poderá deixar o processo sem resposta. No processo democratizado e social, o juiz, além de prestar uma solução para as partes, precisa julgar a causa dando uma resposta a sociedade⁴²⁷.

⁴²³ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956, p. 37. Embora parte da doutrina defenda a sua importância “*La carga subjetiva de la prueba, esto es, la carga de la probanza de una parte respecto de los hechos que corresponden a su carga de la certeza, no puede tener un mayor alcance que la carga objetiva de la prueba; pero tampoco puede tener un alcance menor.*”.

⁴²⁴ Para RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da Prova no Processo Civil. Do ônus ao dever de provar*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 83. “Da forma, pode-se afirmar, por conseguinte, que não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dimensão subjetiva do ônus da prova, nem mesmo um “ônus subjetivo”.”.

⁴²⁵ AUGENTI, Giacomo Primo. *L’Onore della Prova*. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1932, p. 176-177. Nesses termos, “[...] *l’onere della prova gli insegna a trovare la sentenza quando la libera valutazione non ha condotto a conclusione alcuna. Perciò dove finisce il regno della libera valutazione della prova, comincia il dominio dell’onere della prova; quando il giudice ha percorso il primo senza trovare la sentenza, l’onere della prova gli offre ciò che la libera valutazione della prova gli ha negate.*”.

⁴²⁶ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985, p. 450 mencionam que “O ônus da prova, em vez de revestir um sentido marcadamente subjetivo, como ocorre nos sistemas assentes sobre o princípio do dispositivo, passa a ter, nos regimes temperados pelo princípio inquisitório, uma feição acentuadamente objectiva, que só por via reflexa atinge a actividade (probatória) das partes.”.

⁴²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Imparcialidade: Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz*. Revista Jurídica de Porto Alegre, síntese, nº 250. Porto Alegre, 1998, p. 8. É importante mencionar uma passagem do referido autor “Mas, para o juiz escrupuloso, empenhado em decidir corretamente, constitui autêntico drama psicológico ser forçado a valer-se dessa tábua de salvação.”.

Dessa forma, o ônus da prova garante ao tribunal proferir uma decisão, mesmo quando os fatos essenciais não restem provados no processo⁴²⁸. É por isso, que se pode dizer que a regra de ônus da prova “[...] *es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión.*”⁴²⁹.

Esse artifício deverá ser utilizado pelo juiz como “última instância”. Ou seja, não trazidas as provas pelas partes, primeiramente, o julgador deverá buscá-las por meio de seus poderes instrutórios e após aplicar as regras de ônus da prova. Essa importância da aplicação dos poderes instrutórios se dá uma vez que as regras de ônus da prova não buscam alcançar a verdade do processo. O presente trabalho, como já dito algumas vezes, acredita que o objetivo do processo é o alcance da verdade do caso concreto, considerando a aplicação dessas regras como instituto subsidiário.

Acredita-se, então, que as regras de ônus da prova devem ser aplicadas após o esgotamento de todos os meios de prova⁴³⁰, considerando que o *non liquet* não é uma opção de solução da lide⁴³¹. De outra banda, cabe demonstrar que alguma parte da doutrina, como a de CHIOVENDA, por exemplo, entendia que “*En un sistema que admitiese la investigación de oficio de la verdad de los hechos, el reparto de la carga de la prueba no tendría razón de ser.*”⁴³². No entanto, acredita-se que mesmo em sistemas em que o princípio do inquisitório seja aplicado é possível e necessária a aplicação das regras de ônus da prova.

O julgador, mesmo com poderes instrutórios para investigar os fatos, poderá se deparar com questões de dúvidas e essas questões deverão ser resolvidas na sentença, mesmo que não da forma mais justa. Nesses termos, entende-se que as regras de ônus da

⁴²⁸ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 143.

⁴²⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Victor P. De Zavalía Editor. Buenos Aires, 1970, p. 450.

⁴³⁰ Ao traçar alguns pontos de um sistema híbrido (dispositivo e inquisitório) VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985, p. 449 referem que “Num regime delineado nestes termos, como em boa parte sucede no direito processual civil vigente, o problema do ônus da prova não perde seu sentido. O *onus probandi* não se torna uma figura evanescente, mas muda visivelmente de fisionomia na sua expressão substancial.”

⁴³¹ CALHEIROS, Maria Clara. *Verdade, Prova e Narração*. Revista do CEJ, n°10, 2007, p. 294.

⁴³² CHIOVENDA, José. *Principio de Derecho Procesal Civil*. Tradução José Casáis Y Santaló. Tomo II. Editora Reus (S.A). Madri, 1925, p. 262.

prova devem ser aplicadas em relação aos fatos que ao final não foram provados⁴³³, podendo não trazer a verdade, mais sim a resolução do litígio.

Com a sua aplicação, o juiz imputará a alguém as consequências desfavoráveis da falta de provas. Se o juiz verificar que o fato não provado era constitutivo, ele irá atribuir ao autor as consequências dessa lacuna probatória. No entanto, se ele verificar que a prova faltante é de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo, quem suportará as consequências será o réu⁴³⁴.

Nesses termos, acredita-se que não se pode banir do sistema processual as regras de ônus da prova. Entende-se que elas são relevantes ao juiz, uma vez que podem ser uma válvula de escape para tomada de decisões⁴³⁵. Porém, é necessário ressaltar que a decisão advinda de regras de ônus da prova poderá ser uma decisão com base apenas na verdade formal⁴³⁶. No mais, percebe-se que, em um processo civil cooperativo, em que o juiz tenha maior atuação e as partes estejam mais comprometidas, essas regras não terão tanta razão de serem aplicadas.

3.3 A Busca da Verdade no Direito Processual Civil: O Alcance da Decisão Justa

Este subcapítulo tem o intuito de discutir alguns aspectos sobre a verdade judicial, relacionando-os com o alcance da decisão justa. Será importante caracterizar a verdade por coerência e correspondência, bem como diferenciar os conceitos de probabilidade e verossimilhança.

A presente análise se justifica, uma vez que se acredita que o processo deve prestar resposta às partes e também à sociedade. Para se chegar a essa resposta é necessário que tanto o tribunal como as partes estejam comprometidos em buscar a justiça da decisão.

⁴³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova. Revista de Processo*, v. 9, n°35. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1984, p. 181.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 181.

⁴³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 263. Em breve síntese, os referidos autores entendem que “[...] a regra do ônus da prova apresenta-se como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir.”.

⁴³⁶ AUGENTI, Giacomo Primo. *L'Onore della Prova*. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1932, p.179. Nessa linha, “*Ed ho appena bisogno di ricordare quanta importanza abbia per la parte l'onere della prova nei processi in cui il giudice ha il potere-dovere di accertare non la verità, ma solo alcune situazioni favorevoli ad una data pronuncia, una ricerca, cioè, a fine obbligato: non una ricerca << storica >> obbiettiva - come si dice comunemente - ma solo ... un'indagine diretta a stabilire la verità parziale.*”.

Nesse sentido, para o alcance da decisão justa em um modelo cooperativo de processo, as partes devem praticar condutas com base na lealdade e boa-fé. Dessa forma, nos tópicos a seguir serão delineados aspectos importantes que caracterizam o conceito de decisão justa em um processo cooperativo.

3.3.1 Aspectos Gerais sobre a Verdade Judicial

Antes de adentrar na análise de alguns aspectos da verdade no direito processual civil, é importante mencionar que a sua busca está imbuída de diversas questões filosóficas que necessitam de um estudo mais aprofundado, não sendo este, então, o objeto específico deste trabalho. No entanto, por se entender que o fim essencial do processo é o alcance de uma decisão justa, imprescindível se torna dedicar algumas linhas para o estudo da verdade processual.

Conforme ilustrado nos subcapítulos anteriores, os elementos de provas são meios necessários para estabelecer a verdade dos fatos discutidos na lide. O juiz, em prol da sua imparcialidade, não pode previamente conhecer os fatos, de modo que eles deverão ser reconstruídos através das provas disponíveis nos autos, para que o magistrado tenha instrumentos para proferir uma decisão justa ao litígio⁴³⁷.

O tema da verdade judicial foi por algum tempo deixado de lado no âmbito do processo civil ou pelo menos desacreditado. A doutrina entendia - e alguns ainda entendem⁴³⁸ - que a verdade não poderia ser alcançada e para isso utilizavam de conceitos como os de verdade absoluta e verdade relativa para justificar essa percepção. De forma racional, é impossível acreditar em uma verdade absoluta no processo, pois ela é uma hipótese abstrata em um contexto filosófico amplo, de modo que não pode ser alcançada em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial. A verdade não pode ser considerada absoluta nem nos casos de ciências mais rígidas, como a física ou a matemática⁴³⁹.

Alguns autores que concebem da percepção de que a atividade probatória não pode estar ligada a um conceito absoluto, tratam a verdade material (absoluta) como uma

⁴³⁷ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, pp. 17 e 19.

⁴³⁸ Não há como não mencionar que existe uma corrente que ainda entende que a verdade não deve ser considerada um meta do processo. Defendem essa posição, pois acreditam que o processo deve apenas solucionar a controvérsia entre as partes, entre eles pode-se citar MONTERO AROCA.

⁴³⁹ TARUFFO, Michele, ob. cit, p. 25.

verdade imprestável. Seus argumentos se fundam no fato de o processo, por si só, não ter condições necessárias para reconstruir as situações alegadas pelas partes de maneira fidedigna⁴⁴⁰ em todos os casos. Ainda, justificam seu posicionamento, mencionando que a prova ilícita, por exemplo, não poderá ser utilizada nos autos por vedações legais, de modo que aqueles fatos que poderiam ser provados por ela, talvez não venham a ser elucidados por outros meios de prova no processo⁴⁴¹.

Há que se referir que em qualquer ramo do direito ou até mesmo da vida comum é extremamente difícil reconstruir uma situação fática já ocorrida. O julgador, ao analisar o caso concreto, terá que considerar alguns vícios, como o aspecto subjetivo das pessoas que assistiram o fato e serão testemunhas no processo⁴⁴², por exemplo. Por mais fiéis aos acontecimentos que sejam as testemunhas, elas estarão dominadas por sentimentos e percepções que poderão alterar o sentido e a maneira daquilo que realmente aconteceu e isso se traduz na não aceitação do conceito de verdade como absoluto.

Ao definir que a verdade não pode ser considerada como um conceito absoluto, passa-se analisar o conceito que a atribuiu um caráter formal⁴⁴³. A verdade formal é aquela que poderá ser alcançada pelo direito processual civil e, embora de forma contraditória, também é conhecida como aquela verdade que não poderá ser alcançada. Essa definição se dá em virtude da disponibilidade dos direitos⁴⁴⁴ discutidos.

Direitos discutidos no âmbito processual penal são considerados indisponíveis e direitos discutidos no âmbito processual civil são disponíveis. No entanto, isso não pode fazer com que o processo civil deixe de se preocupar com a busca de decisões justas. Não há como se compatibilizar com a ideia de que em lides que discutam direitos privados a

⁴⁴⁰ Com essa mesma ideia GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Ação Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar n°1: Associação Sindical dos Juízes Portugueses. Lisboa, 2007, p. 62 que entende que “Não há verdade, apenas aproximações da realidade, reconstruções mais ou menos fidedignas do que aconteceu.”

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, pp. 245-246.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 247.

⁴⁴³ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile: Parte Generale il Concetto Giuridico della Prova*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1992, p. 48. De forma mais clara, “Così, dire che prova in senso giuridico è la dimostrazione della verità formale o giudiziaria o dire invece che è la fissazione formale dei fatti contestati è in sostanza la medesima cosa; quella è soltanto un'espressione traslata, questa un'espressione diretta di un concetto essenzialmente identico.”

⁴⁴⁴ GUASP, Jaime. *Juez y Hechos en el Proceso Civil: Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1943, p. 58 refere que “Se comprende, pues, que históricamente la derogación del poder dispositivo de las partes sobre los hechos aparezca primero en el proceso penal, pero no se sabe por qué se niega su extensión al procedimiento civil, alegando que son de menor importancia los intereses jurídicos debatidos.”

verdade deva ser esquecida. A produção probatória, tanto no processo civil, como no processo penal, deve ser feita buscando alcançar a verdade do litígio, sejam estes direitos disponíveis ou não. É importante frisar que mesmo nas discussões de direitos privados o processo deve prestar não só uma resposta às partes, mas também à sociedade.

Dessa forma, não se entende adequado aplicar a divisão feita pela doutrina entre: verdade material, também conhecida como verdade absoluta ou real, a qual determina a perfeita correspondência entre a realidade e a ideia que se tem dela⁴⁴⁵; e verdade formal ou processual, a qual poderá não encontrar correspondência com a realidade fática discutida nos autos. CARNELUTTI já dizia que a verdade formal não deveria ser considerada verdade, pois a verdade é uma só, sendo a verdade formal a verdade pobre, enquanto que a verdade material seria a “estrela” das verdades⁴⁴⁶.

Para compatibilizar com a diferenciação de verdade formal e verdade material, seria necessário considerar que existem processos que pretendem alcançar a verdade (o processo penal) e outros que pretendem alcançar uma não verdade ou uma falsidade (o processo civil)⁴⁴⁷. TARUFFO, um dos principais estudiosos do tema, considera inútil esta distinção, pois ela estabeleceria no processo a existência de normas sobre as provas que coincidiriam com as várias formas de determinação dos fatos e de regras que põem fim à busca da verdade⁴⁴⁸.

Embora importante tratar das questões terminológicas da verdade, cabe agora deixá-las um pouco de lado para compreender que a verdade dos fatos em litígio é uma meta do processo e um aspecto necessário à decisão judicial. Nas palavras de TARUFFO, “Sob tal perspectiva, uma decisão jurídica e justa somente pode fundar-se em uma valoração apropriada, exata e veraz dos fatos relevantes do caso. Uma decisão de acordo com a verdade é o resultado de um ato de conhecimento do tribunal, o qual deve fundar-se em premissas fáticas confiáveis: tais premissas são oferecidas pelos elementos de provas adequadamente apresentados perante o tribunal.”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela de Direitos Mediante Procedimento Comum*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 245.

⁴⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile: Parte Generale il Concetto Giuridico della Prova*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1992, p. 54.

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob. cit. p. 246.

⁴⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, p. 100.

⁴⁴⁹ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 20.

O Estado não pode se contentar com uma busca limitada da verdade, pois isso faria com que suas decisões fossem menos justas⁴⁵⁰. O tribunal deve estar comprometido com o alcance da verdade do caso concreto, ou pelo menos, com aquela verdade que corresponda aos fatos provados na lide⁴⁵¹.

Por meio do comprometimento do julgador é que se alcançará uma boa decisão, que irá por fim ao conflito, justificando-se em critérios jurídicos e racionais, entre os quais assume importância a particular veracidade dos fatos apurados. Afinal, “[...] <<um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto>>, uma vez que <<na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade>>.”⁴⁵².

Alcançar ou não a verdade em todos os casos, ou não poder considerar o provado como verdadeiro, não autoriza que se conclua pela irrelevância ou inexistência da verdade. Isso vale tanto para a vida em geral, como para as relações jurídicas⁴⁵³. Importante é compreender, então, que a verdade é uma condição necessária para toda a decisão judicial justa e legítima, não sendo um objetivo final autossuficiente⁴⁵⁴.

A verdade no processo identifica-se com um procedimento de procura baseado em provas⁴⁵⁵, sendo evidente a necessidade de um processo cooperativo e de um juiz gestor, preocupado em proferir uma decisão justa. O sistema processual poderá ou não ser eficiente na busca da verdade. Porém, a existência de regras processuais não pode ser considerada um obstáculo para essa busca, tampouco um argumento para se afirmar que a verdade judicial é um tipo especial ou formal de verdade⁴⁵⁶.

Se o processo tem por fim a atuação da vontade concreta do direito e a jurisdição não é uma função estatal de composição de lides, elas têm como finalidade alcançar

⁴⁵⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da Prova no Processo Civil. Do ônus ao dever de provar*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 73.

⁴⁵¹ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956, p. 2. Nas palavras do referido autor, já se pode perceber a necessidade de um tribunal comprometido e preocupado com o alcance da verdade dos fatos. “[...] o bien el tribunal debe preocuparse y asumir la responsabilidad por la comprobación de la verdad de las circunstancias de hecho presentadas en el litigio, sea que, por ultimo, el procedimiento de comprobación se rige por el principio de la llamada verdad formal o el de la llamada verdad material.”

⁴⁵² TARUFFO, Michele, ob. cit, pp. 204 e 22.

⁴⁵³ RAMOS, Vitor de Paula, ob. cit. p. 28.

⁴⁵⁴ TARUFFO, Michele, *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 22.

⁴⁵⁵ GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova: contributo alla logica giuridica*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1961, p. 177.

⁴⁵⁶ TARUFFO, Michele, ob.cit, p. 24.

decisões de acordo com a verdade correspondente aos fatos. O juiz, ao determinar a produção de certa prova, faz isso na posição de julgador, sendo que essa determinação irá fazer com que ele profira uma decisão de acordo com a verdade que atenda às finalidades do processo⁴⁵⁷.

No entanto, mesmo com o atual modelo processual, a verdade ainda é considerada uma meta utópica. Cabe mencionar, contudo, que ela exerce uma função importante na estrutura processual, pois a descoberta da verdade é um fim fundamental, sobre o qual a decisão judicial está orientada⁴⁵⁸. O juiz deve buscá-la, mesmo que ele saiba, conscientemente, que não é capaz de encontrá-la na sua forma ideal⁴⁵⁹.

Não encontrar a verdade na sua forma ideal não significa dizer que ela não foi alcançada. Cada processo possui a sua decisão justa e, embora esse seja um conceito discutível, as coisas tornam-se mais claras quando a verdade dos fatos em disputa passa a ser uma meta do processo e um aspecto necessário à decisão judicial⁴⁶⁰.

Se o alcance da verdade não interessasse ao processo e a qualidade da decisão não fosse importante, seria inútil às partes perder tempo com a produção de provas. Se a verdadeira e exclusiva finalidade do processo fosse por fim à controvérsia, seria mais fácil jogar uma moeda para, assim, decidir o “vencedor”⁴⁶¹.

A verdade deve ser considerada algo que corresponde ao “mundo lá fora”. Ela existe e não depende de sujeitos, isto é, é objetiva, de modo que é possível conhecer melhor ou pior a verdade. Porém, conhecê-la mais ou menos não afeta a sua existência e a sua objetividade⁴⁶². Ela deve satisfazer a necessidade prática de resolver o litígio, dentro de

⁴⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático*. Revista dos Tribunais, v. 32, n.53. São Paulo, 2007, p. 46.

⁴⁵⁸ RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*: Aggiornata al d.l 22 giugno 2012, n. 83 (conv. Nella l. 7 agosto 2012, n. 134) e ala l. 28 giugno 2012, n. 92. 5ª Edição. G. Giappichello Editore. Torino, 2012, p. 21.

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela de Direitos Mediante Procedimento Comum*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 244.

⁴⁶⁰ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 20. Com mesmo entendimento, THEODORO JUNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*, p. 7, o qual entende que o compromisso, pela sua ampla busca, deve ser o farol que estimula a superação de deficiências do sistema procedimental.

⁴⁶¹ TARUFFO, Michele, ob. cit. p. 201.

⁴⁶² RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da Prova no Processo Civil. Do ônus ao dever de provar*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 23.

um prazo razoável, com um grau de plausibilidade aceitável, em vista de lograr a paz social⁴⁶³.

Do mesmo modo, resta claro o entendimento de que o processo deve buscar uma decisão justa de acordo com as provas nele produzidas. No entanto, é importante traçar alguns aspectos mais específicos sobre a verdade para compreender se ela é apenas uma coerência dos enunciados fáticos ou se ela deve corresponder aos eventos que realmente ocorreram na situação em litígio.

3.3.2 A verdade como Coerência e a Verdade como Correspondência

Ao tratar do tema verdade, é necessário que se façam breves comentários sobre o conceito de verdade por coerência e verdade por correspondência. Essas duas teorias tentam explicar o resultado que a produção de provas traz ao processo.

Para a teoria da coerência, “[...] a verdade de um enunciado de fato é somente a função da coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados.”⁴⁶⁴. Essa teoria irá criar na mente do juiz uma crença da credibilidade dos relatos feitos no processo e os meios de provas irão dar o suporte para que esses relatos sejam convincentes⁴⁶⁵.

A coerência faz com que a produção probatória influencie a opinião do juiz, sendo um argumento persuasivo para a sua decisão. Essa teoria é defendida, na maioria das vezes, por autores que adotam o ponto de vista do advogado, uma vez que o advogado não busca a verdade de forma imparcial. Seu objetivo é alcançar a decisão mais favorável para o seu cliente, não importando se ela estará de acordo com a verdade. Entende-se que essa teoria não irá trazer ao processo uma decisão justa. A simples persuasão ou coerência poderá levar o processo a uma mera falsidade, de modo a não encontrar a verdade dos fatos⁴⁶⁶.

Já a teoria da verdade como correspondência⁴⁶⁷ tem outra vertente e é aquela que se entende ser a mais adequada para o processo civil. Essa teoria tem a premissa de que as

⁴⁶³ TARUFFO, Michele, ob. cit. p. 15.

⁴⁶⁴ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 26.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 27-28.

⁴⁶⁷ Beltrán também defende que a teoria da correspondência pode refletir em decisões mais justas. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2005, p.71.

decisões judiciais devem adequar-se à verdade para que sejam justas. Por essa ideia, pode-se dizer que “Uma decisão é verdadeira quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na base da controvérsia judicial. A função da prova é justamente oferecer ao julgador conhecimento fundado empírica e racionalmente acerca dos <<fatos do caso>>, e não compilar histórias relatadas por algumas pessoas acerca desses fatos.”⁴⁶⁸.

Nessa perspectiva de verdade, os fatos devem ser estabelecidos precisamente, com base nas provas, como condição necessária para aplicação das normas jurídicas substantivas. Essa teoria se adapta à concepção da decisão judicial baseada na justiça e na verdade⁴⁶⁹ e parece ser a mais razoável. A verdade por correspondência nada mais é do que a verdade que pode ser alcançada no processo civil. É uma verdade que se baseia nas provas, nos fatos alegados pelas partes e na prudente avaliação do julgador. É aquela verdade que produz uma correspondência entre aquilo que foi alegado e os fatos do mundo⁴⁷⁰.

Dessa forma, percebe-se que a verdade existe no processo⁴⁷¹, de modo que um conceito de verdade meramente formal é insuficiente para um juiz que esteja comprometido em proferir uma decisão justa. A verdade formal ou também processual está ligada a um processo com linhas mais dispositivas, em que as partes determinam a forma como serão expostos os fatos e como será realizada a produção de provas.

Nesse sentido, acredita-se na aplicação da verdade por correspondência. A correspondência fará com que o magistrado, através dos meios de provas admissíveis, profira uma decisão correspondente com aquilo que restou provado no processo, de modo que seja a mais justa possível para os fatos discutidos no litígio.

3.3.3 A Distinção entre Verdade, Verossimilhança e Probabilidade

⁴⁶⁸ TARUFFO, Michele, ob.cit, p. 28. Para VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985, p. 440 “Mesmo em relação aos factos integradores de relações sujeitas à livre disponibilidade das partes, o conhecimento da verdade procura naturalmente mais a correspondência *objectiva da realidade* com o facto do que a questão da *sinceridade (veracidade, hac sensu)* da afirmação de alguém relativa ao facto.”

⁴⁶⁹ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p 28.

⁴⁷⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer, ob. cit. p. 73.

⁴⁷¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer, ob. cit. p. 78. A verdade do resultado da prova não depende do que o juiz decida, mas sim da sua correspondência com o mundo, isto é, depende que existam ou não elementos de juízo suficientes no processo a favor de determinada alegação.

Considerar a verossimilhança como sinônimo de verdade é um equívoco praticado muitas vezes no direito. A palavra verossimilhança⁴⁷² deriva de *vero*, que significa verdadeiro e de *similhança*, que significa similar/parecido. Em um breve conceito, pode dizer-se que verossimilhança é aquilo que parece ser verdade. Um equívoco também constante é o de confundir verdade com probabilidade. A probabilidade “[...] *es función de la justificación que se atribuye a un enunciado, sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles.*”⁴⁷³.

Há quem enquadre a ideia dos conceitos de verossimilhança e de probabilidade em um só quando determinam que existem dois significados principais para a palavra “probabilidade”. O primeiro significado é relativo ao grau de confirmação de uma hipótese em relação à determinada prova e o outro é referente à frequência de um evento em uma longa série e eventos⁴⁷⁴. Ao que se entende, caberia dividir esses conceitos, sendo o primeiro relativo à probabilidade e o segundo à verossimilhança. O juízo de verossimilhança não proporciona nenhum dado cognitivo a respeito da verdade ou não de um fato. Já a probabilidade consiste na existência de razões válidas para julgar verdadeiro ou falso um fato⁴⁷⁵.

Uma coisa ou um fato verosímil⁴⁷⁶ é aquele que corresponde à normalidade de certo tipo de condutas e de acontecimentos. A verossimilhança corresponde ao *id quod plerumque accidit*, ou seja, aquilo que geralmente acontece⁴⁷⁷. Porém, aquilo que geralmente acontece não necessariamente poderá ser considerado como verdadeiro. Uma situação poderá ser verosímil e falsa ou verosímil e verdadeira, uma não possui relação com a outra⁴⁷⁸.

⁴⁷² VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985, p. 436 traçam também uma distinção entre prova e verossimilhança. Para os autores, “A prova assenta na certeza subjectiva da realidade do facto, ou seja, no (alto) grau de probabilidade de verificação do facto, suficiente para as necessidades práticas da vida; a verossimilhança, na simples probabilidade da sua verificação.”

⁴⁷³ TARUFFO, Michele. *Simply la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, p. 107

⁴⁷⁴ GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova: contributo alla logica giuridica*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1961, p. 14.

⁴⁷⁵ TARUFFO, Michele, ob. cit. p. 107.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 105-106. Em sede de exemplo, o autor menciona que “*Por citar un ejemplo clásico, sólo si tengo algún conocimiento empírico respecto del color normal de los cisnes puedo considerar verosímil que el cisne que otros hayan visto, o que yo verá mañana, sea blanco. Si, en cambio, el acontecimiento en cuestión es único e irrepitable, no podrá ser objeto de previsiones: el Cisne Negro es, de hecho, lo que parece verosímil de acuerdo a los conocimientos normales sobre los cisnes.*”

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 105.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 107.

O conceito de probabilidade traz consigo informações sobre a verdade ou falsidade de um fato. No processo, as informações disponíveis chegam através de provas e elas podem proporcionar um grau de confirmação de certo fato que seja relevante para a decisão. No caso em que as provas proporcionam razões suficientes para confirmar as hipóteses alegadas, poderá se considerar os fatos como “provavelmente verdadeiros”⁴⁷⁹.

Dessa forma, mesmo que se reconheça que no âmbito do processo civil seja adequado falar em probabilidade, isto não significa que todos os casos que recorrem à noção de probabilidade sejam acertados. A probabilidade não é uma certeza do juiz, ela é uma quase verdade do processo, que poderá a qualquer momento ser rechaçada.

Muito se discute também sobre o fato de o juiz estar em estado de dúvida ao decidir com base em verossimilhança. Acredita-se que esta posição é equivocada. Embora a verossimilhança nem sempre corresponda à verdade, ela faz com que exista uma relação dos fatos com aquilo que poderá ter acontecido. Essa relação faz com que o juiz se convença que existe uma verossimilhança naquilo que foi alegado, ou seja, está convencido que aqueles fatos geralmente acontecem, de modo que isso não significa dizer que ele se encontra em estado de dúvida⁴⁸⁰. Dessa forma, estar convicto de que basta a existência de verossimilhança não pode ser considerado o mesmo que estar em um estado de dúvida⁴⁸¹.

Por meio dos elementos de prova, o julgador usará da verossimilhança e da probabilidade para encontrar aqueles elementos que correspondam à verdade dos fatos. A verdade é encontrada mediante a análise dos fatos, provas e da racionalidade do juiz, de modo que a verificação minuciosa das provas deverá ser feita por meio dos conceitos da verossimilhança e probabilidade. Esses conceitos ajudaram o tribunal a perceber a frequência em que os fatos aconteceram e identificar as razões que consideram válidas para julgar determinada situação como verdadeira ou falsa.

Um fato que possa parecer verossímil *prima facie* poderá ser na realidade improvável, pois não foi comprovado pelas provas, enquanto um fato que seja considerado *prima facie* inverossímil poderá ser, provavelmente, verdadeiro se as provas tenham

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela de Direitos Mediante Procedimento Comum*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 262.

⁴⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Editora Magister. Porto Alegre 2004, p. 19.

proporcionado razões suficientes para considerar hipóteses de veracidade⁴⁸². Por isso, não se entende a verdade como uma probabilidade ou uma verossimilhança. A verdade precisa um pouco mais do que isso, ou seja, uma correspondência com a situação fática em litígio.

3.3.4. O Alcance da Decisão Justa: A Importância dos Deveres de Lealdade e Boa-Fé no Modelo Cooperativo

Após analisar alguns tópicos sobre a verdade no processo civil, cabe traçar alguns pontos sobre os deveres de lealdade e boa-fé⁴⁸³ no modelo cooperativo de processo. As partes devem conduzir o processo de maneira ética e leal, estando baseadas em atitudes que primam pela boa-fé. Essas condutas devem ser percebidas em todas as fases processuais, mas principalmente na fase de dilação probatória.

Quanto ao princípio da boa-fé, menciona-se que ele está ligado à confiança que se deposita às partes na relação processual. Este princípio possui sua origem no direito romano, na experiência da *fides*, que consistia no dever de honestidade e na confiança de uma parte sobre a retidão de conduta da outra. Para o direito alemão, a boa-fé é denominada como *treu und glauben*, que significa lealdade e confiança⁴⁸⁴.

A boa-fé “exprime a preocupação da ordem jurídica pelos valores *ético-jurídicos* da comunidade, pelas *particularidades* da situação *concreta* a regular e por uma *juridicidade social e materialmente fundada*.”⁴⁸⁵. Esse princípio se divide em dois sentidos: a boa-fé subjetiva, que deriva de um estado psicológico do sujeito, em que ele pode desconhecer ou ignorar vícios presentes na relação jurídica; e a boa-fé objetiva, a qual impõe às partes da relação jurídica uma conduta honesta e leal, com base nas expectativas que geram à outra⁴⁸⁶.

⁴⁸² TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Editora Marcial Pons. Madri, 2010, pp. 107-108.

⁴⁸³ A boa-fé processual está prevista no art. 8º do CPC português e no art. 5º do CPC brasileiro.

⁴⁸⁴ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. 1ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2011, p. 73.

⁴⁸⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2005, p. 124. Nessa mesma linha, PICÓ I JUNOY, Joan. *El Principio de la Buena Fe Procesal*. J.M. Bosch Editor. Zaragoza, 2003, p. 66 defende que “*El principio general de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico [...]*”.

⁴⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 70.

No âmbito processual, pode definir-se boa-fé como a conduta exigível a toda pessoa, no início do processo, por ser socialmente admitida como correta. É através dessa perspectiva ampla que se logra a contínua adaptação entre os valores éticos da sociedade e os valores normativos do ordenamento, cabendo ao juiz, no caso concreto, analisar se a conduta processual das partes se adequa à forma de atuar admitida pela maioria dos cidadãos⁴⁸⁷.

Verifica-se que a boa-fé é uma conduta indispensável para a efetividade do processo cooperativo. A aplicação da pena de litigância de má-fé torna-se um controle para os casos em que não haja o respeito pelas partes a esse princípio. No entanto, a grande questão que surge é como controlar a aplicação do princípio da boa-fé para as atitudes do magistrado. Caso ele não tenha uma atuação de acordo com esse princípio, qual a penalidade que ele irá sofrer? Essa pergunta não foi respondida CPC/2013 português e nem pelo CPC/2015 brasileiro. Caberá, então, à doutrina e à jurisprudência buscar identificar qual a sanção que sofrerá o julgador caso essa conduta não seja respeitada.

No que toca à lealdade, a doutrina mais antiga manifestava-se contra a sua aplicação, uma vez que a considerava um instituto inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes. Porém, essa é uma ideia que faz parte de um modelo mais clássico de processo civil. Atualmente, com a colaboração entre aqueles que participam do processo, pressupõem-se condutas éticas para que se alcance a maior aproximação possível dos fatos com a verdade⁴⁸⁸.

Necessário salientar que o direito processual civil possui uma preocupação constante com a ética, a qual se manifesta de forma mais aguda no problema da articulação das regras de boa-fé⁴⁸⁹ nas relações entre aqueles que participam do juízo e na obtenção da verdade⁴⁹⁰. O processo é um instrumento posto à disposição das partes, não apenas para a eliminação de conflitos ou para que possam obter respostas às suas pretensões. Ele serve para a pacificação geral na sociedade e para atuação do direito, de modo que é reprovável

⁴⁸⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, ob. cit. p. 69.

⁴⁸⁸ MITIDIERO, Daniel, ob. cit. p. 12.

⁴⁸⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Principio de la Buena Fe Procesal*. J.M. Bosch Editor. Zaragoza, 2003, pp. 70-71. No entendimento do autor, será a jurisprudência, em muitos dos casos, e não tanto a lei, que irá indicar as regras a tomar em consideração para especificar as condutas processuais maliciosas. A aplicação de regras de boa-fé deverá ser feita ao caso concreto, não podendo ser automática, pois cada litígio possui singularidades próprias que os diferencia dos outros processos.

⁴⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 69.

que as partes se sirvam do processo faltando com o dever da verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos⁴⁹¹.

As partes devem desprender-se de pensamentos que determinam que, ao agirem com lealdade e boa-fé no decorrer do processo, estariam deixando de tutelar seus interesses na relação processual. O agir de boa-fé é praticar a lealdade e honestidade no processo, gerando segurança jurídica e evitando comportamentos imprevisíveis das partes.

O dever de veracidade das partes no processo comporta a necessidade de não alegar como fatos existentes o que são inexistentes e vice-versa, isto é, não alegar como desconhecidos aqueles fatos de cuja existência conhecia. A defesa de uma parte não pode se basear no prejuízo do direito de defesa da outra parte e na indução ao erro do órgão jurisdicional, impedindo ou dificultado que este possa oferecer uma efetiva tutela dos interesses em conflito⁴⁹². A violação grave ao dever de cooperação processual da parte com o tribunal poderá resultar em litigância de má fé⁴⁹³.

Requerer maior comprometimento das partes e de todos aqueles envolvidos na lide é um dos objetivos do modelo processual cooperativo⁴⁹⁴. Esse comprometimento está relacionado com condutas baseadas na lealdade e na boa-fé nos processos judiciais. Os órgãos judiciais, por meio de instrumentos disponíveis no ordenamento processual civil, deverão ter controle ao cumprimento dessas condutas para que o processo cooperativo seja efetivo e que com isso se alcance a justa composição do litígio.

Como já mencionado o processo deve colocar fim ao conflito mediante uma boa solução. Essa boa solução, em um sistema jurídico baseado no Estado de Direito, deve ser obtida através de uma decisão legítima, apropriada e justa⁴⁹⁵. Para se chegar a essa decisão, é necessário o comprometimento das partes com o objeto em litígio e, principalmente, a aplicação do princípio da cooperação, portanto, “O lema do processo “social” não é o da

⁴⁹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. *Teoria Geral do Processo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012, p. 80.

⁴⁹² PICÓ I JUNOY, Joan, ob. cit. pp. 132-133.

⁴⁹³ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 2ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2004, p. 270. Ainda sobre o tema, o autor refere que “Assim, poderá passar a ser qualificada como integrando má fé processual a conduta da parte que, v.g., notificada para fornecer certos esclarecimentos pretendidos pelo tribunal, omita, de forma injustificada e reiterada, a prestação das informações determinadas.”.

⁴⁹⁴ Pode dizer-se que o dever de boa-fé é construído em dependência aos deveres de cooperação. GOUVEIA, Mariana França. *Os Poderes do Juiz Cível na Ação Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão*. Revista Julgar n°1: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Lisboa, 2007, p. 52.

⁴⁹⁵ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 22.

contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele; apenas pode ser o da colaboração entre um e outras.”⁴⁹⁶.

O juiz, por meio de seus poderes instrutórios e da gestão processual, deverá conduzir o processo de forma cooperativa para que se busque alcançar a verdade⁴⁹⁷. No processo cooperativo, deve haver uma condução paritária do processo, de modo que o julgador proporcione o diálogo entre as partes⁴⁹⁸ para que elas possam prestar indícios que formem a sua convicção sobre a matéria fática em litígio. Aqui se identifica uma característica importante do princípio da cooperação, que é o diálogo entre as partes, de modo a evitar que existam protagonismos no processo.

Além de conduzir o processo de forma cooperativa, o juiz deverá garantir a efetividade da cooperação processual. Para que este princípio seja aplicado de forma efetiva no dia a dia dos tribunais, o CPC/2015 brasileiro prevê sanções⁴⁹⁹ para as partes que alteram a verdade dos fatos ou que procedam de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo. Caso o juiz perceba essas intenções em relação a uma das partes, poderá condená-la à litigância de má-fé, determinando o pagamento de multa e a reparação de eventuais prejuízos⁵⁰⁰.

Quanto à aplicação de sanções, vale dizer que elas estão ligadas ao papel do juiz na cooperação processual. Porém, “*Ciò significa che, anche se si ritiene che l'attività giurisdizionale tenda alla composizione della lite, secondo una concezione molto diffusa, o all'applicazione di sanzioni, secondo un'altra tesi, l'attuazione di questi scopi non può prescindere dal fatto che essi debbono sempre realizzarsi attraverso verità e giustizia.*”⁵⁰¹. Ou seja, deve-se buscar a verdade, mesmo que para isso sejam adotadas sanções

⁴⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 49, 1º trimestre. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1986. p. 64.

⁴⁹⁷ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit. p. 55. Em outras palavras, é dizer que “O princípio da colaboração quando aplicado ao juiz impõe-lhe uma igualdade com as partes e, em simultâneo, uma preocupação séria com o litígio privado em discussão. O juiz deve preocupar-se com a realidade daquilo que julga, isto é, com a correspondência entre a realidade intra-processual e a realidade extra-processual.”

⁴⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela de Direitos Mediante Procedimento Comum*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 76.

⁴⁹⁹ Essas sanções estão dispostas no art. 80, II e V do CPC. Vale observar ainda o art. 400, Parágrafo Único, o qual determina que o juiz poderá adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para determinar a exibição de um documento.

⁵⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, ob. cit. p. 255.

⁵⁰¹ RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*: Aggiornata al d.l 22 giugno 2012, n. 83 (conv. Nella l. 7 agosto 2012, n. 134) e ala l. 28 giugno 2012, n. 92. 5ª Edição. G. Giappichello Editore. Torino, 2012, p. 22.

pecuniárias, medidas sub-rogatórias ou medidas coercitivas. Essas sanções devem ser aplicadas para evitar casos das chamadas “chicanas processuais”⁵⁰², conforme denominado por alguns doutrinadores⁵⁰³. Essas artimanhas autorizam abertamente a má-fé processual, e isso não pode ser aceito.

Embora o julgador tenha deveres de sanção, com base no princípio da cooperação, deverá também prestar às partes esclarecimento, consulta, auxílio, fixar os pontos controvertidos e distribuir de forma adequada o ônus probatório⁵⁰⁴. O juiz, por meio da ampliação de seus poderes, não deverá apenas aceitar e utilizar as alegações das partes, mas sim solicitar a elas que complementem essas alegações para atingir um ideal esclarecimento das matérias de fato⁵⁰⁵.

Ainda no âmbito da atuação do juiz, cabe referir, mais uma vez, a importância do respeito ao princípio da imparcialidade. Esse princípio traz uma regra de equidistância entre o julgador e a parte que permite a ele decidir a causa sem a influência de ligações externas ao processo com uma das partes⁵⁰⁶.

Conforme já mencionado, não só ao juiz cabem deveres de cooperação processual, mas também às partes⁵⁰⁷, que se traduz no princípio da boa-fé processual.

⁵⁰² Um exemplo de chicana processual mencionado pela doutrina é o art. 379 do CPC/2015 brasileiro, o qual permite à parte não produzir provas contra si mesmo. De outra banda, é importante mencionar que não se vive em um modelo processual inquisitório, de modo que a parte tem o direito de permanecer inerte em determinados casos de produção de provas. Porém, essa inércia não deve diminuir sua responsabilidade de agir e de mostrar a verdade dos fatos.

⁵⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela de Direitos Mediante Procedimento Comum*. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 257.

⁵⁰⁴ Em decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/Brasil, verifica-se a aplicação do princípio da cooperação. O caso em tela versava sobre a concessão de pensão por morte contra o Instituto Nacional do Seguro Social, em razão do falecimento do companheiro da parte autora em acidente de trabalho. A sentença de primeiro grau foi favorável à autora. O réu interpôs recurso ao tribunal sustentando que não se aplicaram os efeitos da revelia e alegando cerceamento de defesa, na medida em que não foi oportunizada sua participação na instrução probatória. O Tribunal, ao revisar a decisão, entendeu por desconstituir a sentença de primeira instância fundamentando sua decisão na aplicação do princípio da cooperação. Percebe-se essa ideia de cooperação na seguinte passagem do julgado: “Na mesma linha, deve o juiz, em homenagem ao princípio do contraditório, à luz do dever de cooperação processual e do valor essencial do diálogo, participar ativamente do processo para melhor solução possível da lide.”. Apelação Cível Nº 70059794248, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 17/12/2015.

⁵⁰⁵ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2002, p. 140.

⁵⁰⁶ ARIETA, Giovanni; MONTESANO, Luigi. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Vol. 1. Tomo I. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 2001, p. 414.

⁵⁰⁷ No âmbito de aplicação do princípio da cooperação quanto às partes, cabe referir um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/Brasil. Este julgado foi relativo a uma ação de fase de cumprimento de sentença que versava sobre penhoras. O Tribunal de segundo grau entendeu como desprovido o agravo de instrumento da decisão que determinou à restituição de valores recebidos em face da arrematação do imóvel penhorado, uma vez que, no caso concreto, o recorrente possuía ciência sobre a

Acredita-se que o dever de colaboração das partes é mais difícil de ser cumprido sem o controle do poder judiciário. As partes só irão agir no processo se entenderem que sofrerão consequências pela sua inércia, considerando que elas têm interesse em evitar as consequências que se relacionam com a sua inércia no processo, pois, caso contrário, elas não entenderão necessário se manifestarem de acordo com a verdade⁵⁰⁸.

Não só o juiz deve ser imparcial no processo, como também as partes devem ser autorresponsáveis por suas atitudes. A autorresponsabilidade das partes consiste no risco de consequências adversas atribuídas a uma conduta deficiente ou equivocada. No processo, esse risco torna-se o estímulo mais energético a uma conduta sábia e vigilante da parte⁵⁰⁹ e é possível dizer que esta conduta se efetiva com o princípio da cooperação.

O processo deve aplicar a lei ao caso concreto, com base em critérios objetivos e no interesse geral da justiça. Nessa perspectiva, uma decisão jurídica e justa deverá fundar-se em uma valoração apropriada, exata e veraz dos fatos do caso. Uma decisão de acordo com a verdade deverá ser o resultado de um ato de conhecimento do tribunal, o qual deverá fundar-se nos fatos trazidos pelos elementos de prova⁵¹⁰.

A cooperação possui sua base constitucional no próprio direito fundamental de participação, na medida em que tanto as partes⁵¹¹, como o órgão judicial e aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, etc) devem intervir no processo agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade⁵¹². A boa-fé e a lealdade são princípios que estão intimamente ligados à aplicação e à efetividade do princípio da cooperação.

É através do dever de lealdade, boa-fé e cooperação que uma das partes não pode alegar ou impugnar um fato contra a parte contrária, de cuja inveracidade tenha

existência de penhoras anteriores. Desta forma e, mesmo considerando o equívoco do juízo no andamento dos atos expropriatórios, caberia a ele, em observação ao princípio da cooperação, informar a existência das constrições. (Agravo de Instrumento Nº 70065981979, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em 16/12/2015).

⁵⁰⁸ BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. Società Editrice del “Foro Italiano”. Roma, 1936, pp. 57-58.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁵¹⁰ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1ª edição. Editora Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 20.

⁵¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e Società*. Edizioni de Comunità. Milano, 1972, p. 37. O autor menciona que a parte tem o poder de impulsão do processo e o dever de colaborar com o mesmo. Nestes termos, “*Ciò significa semplicemente che, fermo rimanendo il potere esclusivo delle parti di iniziare, il processo, di determinare la res judicanda, e di proporre le impugnazioni (supra, § 8), alle parti ben potranno attribuirsi tuttavia doveri di collaborazione e al giudice poteri d’iniziativa anche discrezionali.*”.

⁵¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Formalismo Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. Revista de Processo, vol. 31, nº 137. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006, p. 12.

conhecimento ou que esteja convencida⁵¹³. É preciso considerar o dever de verdade como um verdadeiro dever das partes e não um ônus, na medida em que, com base em princípios norteadores do direito, a parte não poderá optar por ser verdadeira ou não⁵¹⁴.

Embora o presente trabalho defenda um processo em que o juiz tenha maiores poderes, cabe mencionar que “A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo.”⁵¹⁵. Nesses termos, a ampliação dos poderes do juiz deve estar ligada ao princípio da cooperação processual, não esquecendo o valor e a importância da atuação das partes na instrução processual. O julgador deverá articular o processo de modo que as partes participem na busca da verdade correspondente ao caso concreto. Além disso, o juiz deve ser ativo mesmo em questões de direitos disponíveis, considerando que a jurisdição não está preocupada apenas com a solução de litígios de direitos indisponíveis⁵¹⁶

É bem verdade que uma busca ativa das provas necessárias à solução do litígio tende a alcançar certa verdade⁵¹⁷. Porém, não há como não mencionar que as partes possuem uma grande importância na reconstrução dos fatos, de modo que a colaboração no processo é um dever delas para com o Estado-Juiz para que ele alcance uma decisão justa.

Dessa forma, resta clara a importância da cooperação das partes no processo. O juiz instrutor passa a ter maiores condições de elucidar a situação fática, no entanto, a verdade correspondente ao caso concreto será alcançada não só com a sua atuação, mas também com o comprometimento das partes com a causa em litígio. O modelo processual cooperativo requer um comprometimento de todos aqueles envolvidos na causa, de modo que assim se chegue à ideia de um processo preocupado e atento com a busca da verdade.

⁵¹³ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2002, p.151.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 151.

⁵¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Formalismo Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo*. Revista de Processo, vol. 31, n° 137. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006, p. 11.

⁵¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015, p. 451.

⁵¹⁷ BIVATI, Paolo. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*. Seconda Edizione aggiornata. Bononia University Press. Bologna, 2013, p. 99.

Considerações Finais

No decorrer deste estudo, buscou-se construir a concepção de um processo preocupado com o alcance da decisão justa, por meio de um poder/dever de gestão material do magistrado e de um modelo cooperativo. A decisão justa passou a ser considerada o objetivo do processo, em decorrência disso, houve a atenuação do princípio do dispositivo e ao juiz foi dado o dever de garantir a efetividade na tutela dos interesses discutidos no processo.

Essa evolução decorreu do advento do processo publicístico, que exigiu do juiz uma posição mais ativa e participativa combinada com um processo preocupado em dar tutela ao caso concreto. A visão publicística não fez com que o processo deixasse de ser das partes, mas deu a ele uma maior finalidade, o que o tornou, também, da justiça.

Ampliar os poderes do magistrado não é defender um processo autoritário e um juiz parcial. O que se sustentou nesse estudo foi o incremento desses poderes por meio de um modelo cooperativo de processo que respeite o princípio da igualdade e do efetivo contraditório, de modo que sejam evitadas decisões-surpresa no decorrer da lide.

Através da percepção de processo cooperativo, que confere ao juiz deveres de prevenção, de consulta, de auxílio e de esclarecimento, é possível ter instrumentos para defender uma gestão material – e não simplesmente formal - do magistrado no processo. Essa gestão deve dar-se a nível do princípio do pedido e a nível do princípio do dispositivo em sentido estrito.

Nesses termos, a ampliação de poderes do magistrado passa a ter relevância fundamental na instrução do processo. As provas são um meio indispensável para o alcance da decisão justa, pois fornecem elementos para a reconstrução da situação fática ocorrida. No entanto, mesmo que não seja possível a reconstrução da situação fática ocorrida, o magistrado poderá se valer das regras relativas ao ônus da prova com o designo de evitar o *non liquet*.

Além disso, foi necessário abrir um espaço para a análise das convenções processuais – tema fecundo no direito brasileiro. Com o incremento de negócios processuais celebrados pelas partes, a gestão do processo volta a estar nas mãos das partes e o juiz retorna à posição inerte e passiva do processo privatista. As incertezas têm prevalecido quanto a este assunto, no entanto, aqui se entende que, ao devolver o processo

às partes, estando o magistrado em uma posição de mero controlador e homologador do negócio celebrado, a decisão justa passa a estar mais longe de ser alcançada.

Percebeu-se, com isso, que a grande questão do direito processual civil - que ainda não possui respostas sólidas - é a de identificar o que pode ou não estar à disposição das partes. Esse questionamento é indispensável para aqueles que acreditam em um processo preocupado com a busca da justiça da decisão.

O processo cooperativo requer uma mudança na cultura dos operadores do direito. Além disso, tanto a ampliação de poderes dos magistrados, como as partes, para serem efetivas, rogam por essa mudança cultural do direito processual civil.

Dessa forma, acredita-se que a questão central de mudança de cultura judicial deva ser a de identificar se as partes e seus procuradores estão preparados para a aplicação de convenções processuais e se o magistrado terá mais condições de buscar a verdade, por meio de uma decisão justa com os poderes/deveres de gestão que lhe foram incumbidos.

Porém, para que ocorra essa mudança de cultura judicial, é necessário que os operadores do direito entendam a nova realidade do processo civil para o qual o CPC/2013 e CPC/2015 foram concebidos. Outrossim, seja através da gestão do magistrado ou da negociação das partes, o processo civil brasileiro, assim como o português, deve buscar decisões justas mediante um processo eficaz e preocupado com a solução do caso concreto.

Referências

ALBERGARIA, Bruno. A Busca da Verdade da Prova. **Revista Jurídica Verba Volant Scripta Manent**, ano V, n° 01, dezembro de 2009, pp. 175-189.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. **Direito Processual Civil**. Volume I. Editora Almedina. Coimbra, 2010.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Noções Elementares de Processo Civil**. Reimpressão. Coimbra Editora. Coimbra, 1993.

ARAZI, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**. 2ª edición. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, 1986.

ARIETA, Giovanni; MONTESANO, Luigi. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Volume Primo: Principi Generali Rito Ordinario di Cognizione. Tomo Primo. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova, 2001.

AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. Cuarta Edición. Editora Thomson Civitas. Navarra, 2005.

AUGENTI, Giacomo Primo. **L'Onere della Prova**. Società Editrice del Foro Italiano. Roma, 1932.

AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, sob orientação do Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**. v. 49, 1º trimestre de 1986, pp. 51-68. Forense, Rio de Janeiro, 1986.

_____. Imparcialidade: Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz. **Revista Jurídica de Porto Alegre**, síntese, n° 250, pp. 5-13. Porto Alegre, 1998.

_____. La Igualdad de las Partes en el Proceso Civil. **Revista de Proceso**, ano 11, n° 44 (outubro/dezembro), pp. 176-185, Revista dos Tribunais. São Paulo, 1986.

_____. O Juiz e a Prova. **Revista de Processo de São Paulo**, v. 9, n° 35 (jul.1984), pp. 178-184. Revistas dos Tribunais. São Paulo, 1984.

_____. **O Problema da “Divisão do Trabalho” entre Juiz e Partes: Aspectos Terminológicos**. Temas de Direito Processual (quarta série), pp. 35-44. Editora Saraiva. São Paulo, 1989.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y Verdad en el Derecho**. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2005.
- BETTI, Emilio. **Diritto Processuale Civile Italiano**. Società Editrice del “Foro Italiano”. Roma, 1936.
- BIAVATI, Paolo. **Argomenti di Diritto Processuale Civile**. Seconda edizione aggiornata. Bononia University Press. Bologna, 2013.
- BRITO, Pedro Madeira de. O Novo Princípio da Adequação Formal. In: **Aspectos do Novo Processo Civil**, pp. 31-69. Editora LEX. Lisboa, 1997.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo; HUERTAS MARTÍN, Isabel; POZO PÉREZ, Marta del; VICENTE JIMÉNEZ, Carmen. **Derecho Procesal Penal**. 2ª Edición. Ciencias de la Seguridad Universidad de Salamanca. Salamanca, 2007.
- CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório (Princípio do -). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. 1ª edição, pp. 193-210. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2010.
- _____. **Convenções Processuais**. Editora JusPodivum. Salvador, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Librería “El Foro”. Buenos Aires, 1969.
- CALHEIROS, Maria Clara. Verdade, Prova e Narração. **Revista do CEJ**, 2º semestre de 2008, número 10, pp. 281-296, Dossiê Temático: Verdade, Justiça e Comunicação. 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Editora Altas. São Paulo, 2015.
- _____. Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático. **Revista dos Tribunais**, v. 32, nº 53, pp. 33-46. São Paulo, 2007.
- CAPELO, Maria José. As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial? **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 144, nº 3992, 2015, pp. 330-340.
- _____. Acórdão de 22 de Junho de 2010 (Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais). **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 143, n.º 3985, 2014, pp. 286-304.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Giustizia e Società**. Edizioni di Comunità. Milano, 1972.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil.** Tradução da Quinta Edição Italiana por Santiago Sentís Melendo. Volume I. Editora Europa-América. Buenos Aires, 1973.

_____. **La Prova Civile:** Parte Generale II Concetto Giuridico della Prova. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1992.

_____. **Teoria Geral do Direito.** Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra Editora. Coimbra, 1942.

CHIOVENDA, José. **Principios de Derecho Procesal Civil.** Tradução de José Casáis Y Santaló. Tomo II. Editora Reus (S.A.). Madrid, 1925.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrino. **Teoria Geral do Processo.** 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2012.

CODICE CIVILE; **Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262.** Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acessado em: 15 de outubro de 2015.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acessado em: 23 de novembro de 2015.

CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.** GZ Editora. Rio de Janeiro, 2009.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Volume 2. 4ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador-Bahia, 2009.

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

_____. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português.** Coimbra Editora. Coimbra, 2010.

_____. **Os Três Modelos de Direito Processual:** Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. Disponível em:

<http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20três%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo%2C%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf>. Acessado em: 23 de fevereiro de 2016.

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

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

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**. Editora Aguilar. Madrid, 1966.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. Victor P. De Zavalía Editor. Buenos Aires, 1970.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS LEI N°41/2013. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/reforma-judiciaria/exposicao-de-motivos-cpc/downloadFile/file/exposicao_motivos_CPC.pdf?nocache=1333017422.1>. Acessado em: 30 de outubro de 2015.

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

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil**: Conceito e princípios gerais à luz do novo código. 3ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2013.

_____. **Sobre o Novo Código de Processo Civil** (uma visão de fora). Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Ba3edae75-10cb-46bc-a975-aa5effbc446d%7D.pdf>>. Acessado em: 17 de fevereiro de 2016.

FREITAS, José Lebre de; PINTO, Rui; REDINHA, João. **Código de Processo Civil Anotado**. Volume 1º. Coimbra Editora. Coimbra, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental** (um enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. São Paulo, 2007.

GENTILE, Francesco Silvio. **La Prova Civile**: Comento agli art. 2697 a 2739 del codice civile. Jandi Sapi Editori. Roma, 1960.

GIULIANI, Alessandro. **Il Concetto di Prova**: contributo alla logica giuridica. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1961.

GOMES, Manuel Tomé Soares. Um Olhar sobre a Prova em Demanda da Verdade no

Processo Civil. **Revista do CEJ**, n° 3, pp. 127-168, 2° semestre de 2005.

GOUVEIA, Mariana França. **O Princípio do Dispositivo e a Alegação de Factos em Processo Civil: A Incessante Procura da Flexibilidade Processual**. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>>. Acessado em: 14 de fevereiro de 2015.

_____. Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão. **Revista Julgar**, n°1, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, pp. 47-65. Lisboa, 2007.

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

JAUERNIG, Othmar. **Direito Processual Civil**. 25ª edição. Editora Almedina. Coimbra, 2002.

LEUZZI, Salvo. **I Mezzi di Prova nel Processo Civile: Formazione, acquisizione, integrazione**. Giuffrè Editore. Milano, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1980.

_____. **Manuale di Diritto Processuale Civile Principi**. 7ª edição a curi di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Editora Giuffrè. Milão, 2007.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. 1ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ativismo Judicial e Ônus da Prova no Processo Civil. **Revista do IASP**, v. 10, n° 19 (jan/jun 2007), pp. 221-229. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. 5ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, pp. 17-30. Editora Magister. Porto Alegre, 2004.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. Vol. 2. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

MAZZETTI, Luca. **Principi Costituzionali**. G. Giappichelli Editore. Torino, 2000.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A Produção da Prova no Direito Processual: O alcance e os limites do ativismo judicial**. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2010.

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. A Flexibilização do Princípio do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 143, n° 3983, novembro-dezembro/2013, pp. 129-151.

_____. Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo processo Civil? **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 145, n° 3995, 2015, pp. 78-108.

MICHELI, Gian Antonio. **L'Onere della Prova**. CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1966.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. **Revista do Advogado**, n° 126, pp. 47-52, AASP. São Paulo, 2015.

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

_____. Colaboração no Processo Civil como PRÊT-À-PORTER? Um Convite ao Diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, ano 36, vol. 194, abril/2011, pp. 55- 68. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova**. Editora LEX. Lisboa, 2000.

NASI, Antonio. **Disposizione del Diritto e Azione Dispositiva: Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione**. Milano Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1965.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

NOBLE, Carlos. Iniciativa Probatoria del Tribunal en los Procesos Civiles. **Revista de Derecho y Tribunales**, n° 23, pp. 61-92. Montevideo, 2013.

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

PATTI, Salvatore. **Delle Prove Art. 2697-2739**. Zanichelli Editore. Bologna, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à Construção de um Processo Cooperativo. **Revista de Processo**, ano 38, vol. 219, maio/2013, pp. 89-115. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

PEYRANO, Jorge Walter. **La Carga de La Prueba**. Apresentado no XXXIV Congresso Colombiano de Derecho Procesal em Medellín - Colombia, 2013. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>. Acessado em: 07 de abril de 2015.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El Juez y la Prueba**: estudio de la recepción del brocardo iudez iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual. Colección Internacional, n° 32. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011.

_____. **El Principio de la Buena Fe Procesal**. J.M. Bosch Editor. Zaragoza, 2003.

_____. La Iniciativa Probatoria del Juez Civil: Un Debate Mal Planteado. **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, 3/2007, pp. 573-590, Patrocinada por El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Uruguay, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora. Coimbra, 2005.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**: Do ônus ao dever de provar. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

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

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

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

REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. Volume III. 4ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985.

RICCI, Gian Franco. **Principi di Diritto Processuale Generale**: Aggiornata al d.l. 22 giugno 2012, n° 83 (conv. Nella l. 7 agosto 2012, n° 134) e ala l. 28 giugno 2012, n° 92. 5ª

edição. G. Giappichelli Editore. Torino, 2012.

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

_____. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II – El Procedimiento de Sentencia. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1955.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Volume I. 8º edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2008.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulado**. Coimbra Editora. Coimbra, 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil. **Revista Scientia Iuridica**, Braga: Universidade do Minho, Tomo 62, nº 332, pp. 395-412, 2013.

_____. Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. In: **Cadernos de Direito Privado**, nº 43, Julho/Setembro de 2013, pp. 10-14.

_____. **As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa**. 1ª Reimpressão; Editora LEX. Lisboa, 1997.

_____. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 1997.

_____. **Introdução ao Processo Civil**. 2ª edição. Editora LEX. Lisboa, 2000.

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

_____. Consideraciones sobre Prueba y Verdad. **Derechos e Libertades**, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año VII, número 11, pp. 99-124. Madrid, 2002.

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

_____. **Sobre las Fronteras: Escritos sobre la justicia civil**. Editora Temis. Bogotá, 2006.

_____. Verità e Processo. **Revista de Processo**, Ano 39, vol. 228, pp. 63-78. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I: Processo de Conhecimento. 50ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009.

_____. **Prova** – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna). Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf>. Acessado em: 01 de novembro de 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acessado em: 08 de abril de 2015.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. **Manual de Processo Civil**. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 1985.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia De; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 4ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático de direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.