

ANDERSON CORTEZ MENDES

Processo cooperativo? Um estudo sobre o modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes no Código de Processo Civil de 2015

Tese de Doutorado

Orientação Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2022

ANDERSON CORTEZ MENDES

Processo cooperativo? Um estudo sobre o modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes no Código de Processo Civil de 2015

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2022

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Mendes, Anderson Cortez

Processo cooperativo? Um estudo sobre o modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes no Código de Processo Civil de 2015; Anderson Cortez Mendes; orientador José Carlos Baptista Puoli -- São Paulo, 2022.

340 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Modelo de distribuição de trabalho. 2. Código de Processo Civil de 2015. 3. Juiz. 4. Partes. 5. Cooperação. I., José Carlos Baptista Puoli, orient. II. Título.

Nome: MENDES, Anderson Cortez

Título: Processo cooperativo? Um estudo sobre o modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes no Código de Processo Civil de 2015

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do título
de Doutor em Direito Processual.

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ (Presidente)

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

A Wilson e Rosa, por todo o esforço.

A Júlia e Lívia, pelos momentos perdidos.

A Gabriele, por tudo.

Agradeço ao Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli pela dedicada orientação e pelos ensinamentos compartilhados.

RESUMO

MENDES, Anderson Cortez. **Processo cooperativo? Um estudo sobre o modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes no Código de Processo Civil de 2015**. 340 páginas. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. No seu desenvolvimento, inicialmente, examina as situações jurídico-processuais do julgador e dos litigantes, bem como os modelos paradigmáticos criados pela doutrina, em especial aquele denominado de cooperativo. Nas diversas fases do processo, prossegue analisando os papéis desempenhados por juiz e partes, com destaque aos pontos de possível interação entre si, com a finalidade de extrair o modelo de distribuição do trabalho adotado. Conclui, então, que autor e réu atuam no processo para fazer valer suas pretensões, buscando ao seu final alcançar a tutela jurisdicional em seu favor. Ordinariamente, o processo surge da controvérsia e o legislador, ao disciplinar o mecanismo de sua solução, não a deixa de tomar em conta. Não se pode exigir, portanto, que os sujeitos processuais colaborem entre si para além dos poderes e faculdades que lhe são conferidos, assim como dos ônus, deveres e sujeições que lhe são impostos. O juiz é a quem cabe zelar pela justiça, efetividade e outorga em prazo razoável da prestação jurisdicional. Entretanto, exerce poderes-deveres, não agindo com discricionariedade e não concorrendo para o sucesso de uma das partes em detrimento da outra. O que se denomina cooperação nada mais é do que a necessidade de amplificação do contraditório somada ao imperativo de boa-fé a animar as condutas dos sujeitos processuais. No nosso diploma processual, precipuamente, os litigantes iniciam o processo, introduzem a matéria fática e podem dispor do seu direito material. Por sua vez, o julgador tem a si atribuídas as tarefas de impulso do processo, produção das provas em conjunto com as partes e decisão do conjunto das pretensões exercidas perante o aparato estatal. Não adotou um modelo cooperativo, combinando, em verdade, os modelos dispositivo e inquisitivo.

Palavras-chave: Modelo de distribuição de trabalho. Código de Processo Civil de 2015. Juiz. Partes. Cooperação.

ABSTRACT

MENDES, Anderson Cortez. **Cooperative process? A study on the work distribution model between judge and parties in the 2015 Brazilian Civil Procedure Code.** 340 pages. Thesis (Doctorate) - Law School, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

The present work aims to study the work distribution model between judge and parties established by the 2015 Brazilian Civil Procedure Code. In its development, initially, it examines the procedural status of the judge and litigants, as well as the paradigmatic models created by the doctrine, especially the one called cooperative. In the different stages of the process, it proceeds to analyze the roles performed by the judge and parties, emphasizing the points of possible interaction with each other, with the purpose of extracting the adopted work distribution model. It concludes, then, that plaintiff and defendant act in the process to enforce their claims, seeking, in the end, to obtain jurisdictional protection in their favor. Ordinarily, the process arises from controversy and the legislator, when disciplining the mechanism for its solution, does not fail to take it into account. Therefore, procedural subjects cannot be required to collaborate with each other beyond the powers and faculties that are conferred upon them, as well as the burdens, duties and subjections imposed on them. The judge is responsible for ensuring the justice, effectiveness and granting of the jurisdictional provision within a reasonable period. However, he exercises powers-duties, not acting with discretion and not contributing to the success of one of the parties to the detriment of the other. What is called cooperation between procedural subjects is nothing more than the need to amplify the contradictory, added to the imperative of good faith to encourage the conduct of the procedural subjects. In our procedural diploma, mainly, litigants initiate the process, introduce the factual allegation and can dispose of their substantive law. In turn, the judge is assigned the task of driving the process, producing evidence together with the parties and deciding on the set of claims made before the state apparatus. He did not adopt a cooperative model, actually combining the adversarial and inquisitive models.

Keywords: Work distribution model. 2015 Brazilian Civil Procedure Code. Judge. Parties. Cooperation.

RIASSUNTO

MENDES, Anderson Cortez. **Processo cooperativo? Uno studio sul modello di distribuzione del lavoro tra giudice e parti nel Codice di procedura civile brasiliano 2015**. 340 pagine. Tesi (Dottorato) – Facoltà di giurisprudenza, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Il presente lavoro si propone di studiare il modello di ripartizione del lavoro tra giudice e parti stabilito dal Codice di procedura civile brasiliano 2015. Nel suo sviluppo, inizialmente, esamina le situazioni giuridiche-processuali del giudice e dei litiganti, nonché i modelli paradigmatici creati dalla dottrina, in particolare quello chiamato cooperativo. Nelle diverse fasi del processo, si procede ad analizzare i ruoli svolti dal giudice e dalle parti, evidenziando i punti di possibile interazione tra loro, al fine di estrarre il modello di distribuzione del lavoro adottato. Conclude, quindi, che attore e convenuto agiscono nel processo per far valere le loro pretese, cercando, infine, di ottenere una tutela giurisdizionale a loro favore. Ordinariamente, il processo nasce dalla controversia e il legislatore, nel disciplinare il meccanismo per la sua soluzione, non manca di tenerne conto. Pertanto, i soggetti processuali non possono essere tenuti a collaborare tra loro al di là dei poteri e delle facoltà loro conferiti, nonché degli oneri, doveri e vincoli loro imposti. Spetta al giudice assicurare la giustizia, l'efficacia e la concessione del provvedimento giurisdizionale entro un termine ragionevole. Tuttavia, esercita poteri-doveri, non agendo con discrezionalità e non contribuendo al successo di una delle parti a scapito dell'altra. Quella che si chiama cooperazione non è altro che la necessità di amplificare il contraddittorio, aggiunta all'imperativo della buona fede per incoraggiare la condotta dei soggetti processuali. Nel nostro diploma procedurale, principalmente, le parti in causa avviano il processo, introducono la questione di fatto e possono disporre del loro diritto materiale. A sua volta, al giudice è affidato il compito di guidare il processo, produrre le prove insieme alle parti e decidere sull'insieme delle domande presentate dinanzi all'apparato statale. Non ha adottato un modello cooperativo, in realtà combinando il modello dispositivo ed il modello inquisitorio.

Parole chiave: Modello di distribuzione del lavoro. Codice di procedura civile brasiliano 2015. Giudice. Parti. Cooperazione.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 OS SUJEITOS PROCESSUAIS E AS SUAS SITUAÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS	16
1.1 As partes	16
1.2 O juiz	23
1.3 Os poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições processuais das partes	28
1.4 Os poderes-deveres do juiz	34
1.4.1 Discricionariedade judicial	40
1.4.2 O <i>case management</i> inglês	44
1.5 Contraditório	46
1.6 A boa-fé	54
1.7 Abuso de situações jurídico-processuais e aplicação de sanções às partes	57
1.8 Conclusão parcial	61
2 OS MODELOS DE DISTRIBUIÇÃO DE TRABALHO ENTRE PARTES E JUIZ	64
2.1 Modelos dispositivo ou adversarial e inquisitivo ou não adversarial	65

2.2	Modelo cooperativo	72
2.2.1	A cooperação no direito civil	78
2.2.2	A cooperação no direito processual civil	82
2.2.2.1	A cooperação no direito processual civil português	89
2.3	É correto falar na adoção pelos variados ordenamentos jurídicos processuais de um único modelo distribuição de trabalho entre partes e juiz?	92
2.4	Conclusão parcial	94
3	FASE POSTULATÓRIA	97
3.1	Propositura da demanda e delimitação do mérito ou objeto litigioso do processo.....	98
3.1.1	Tutela provisória.....	103
3.2	Introdução da matéria fática e jurídica	109
3.2.1	Introdução da matéria fática e jurídica no processo civil alemão, espanhol, italiano e português	116
3.2.2	<i>Narra mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia</i>	119
3.3	Poder-dever de esclarecimento e óbice à prolação de decisões surpresas	124
3.3.1	Poder-dever de esclarecimento e óbice à prolação de decisões surpresas em outros ordenamentos jurídicos	127
3.4	O não-exercício de suas situações jurídico processuais pela parte. Desistência, renúncia, reconhecimento do pedido e transação	133

3.5	A participação do juiz na solução consensual	136
3.6	Conclusão parcial	139
4	A MARCHA DO PROCESSO	142
4.1	Impulso oficial	142
4.1.1	O impulso do processo na Alemanha, Espanha, Itália e Portugal	145
4.2	Flexibilidade procedimental	147
4.2.1	A especialização do procedimento pelo legislador	149
4.2.2	A especialização do procedimento pelo juiz	154
4.2.2.1	A especialização do procedimento pelo juiz na Inglaterra, Itália e Portugal ..	160
4.2.3	Os negócios jurídicos processuais e a especialização do procedimento pelas partes	164
4.3	Conclusão parcial	171
5	FASE DE JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO	173
5.1	Correção de irregularidades e de nulidades	174
5.1.1	Correção de irregularidades e de nulidades no processo civil português	177
5.2	Saneamento do processo	178
5.2.1	Saneamento pelo juiz	180

5.2.2	Saneamento compartilhado entre juiz e partes	184
5.2.3	Pedido de esclarecimentos e solicitação de ajustes	187
5.3	Saneamento do processo na Espanha, no Japão e em Portugal	189
5.4	Organização da prova	193
5.5	Conclusão parcial	200
6	FASE DE INSTRUÇÃO	202
6.1	Produção dos meios de provas e participação dos sujeitos processuais	202
6.1.1	Prova emprestada	210
6.1.2	Prova ilícita	213
6.2	Poderes instrutórios	216
6.2.1	Poderes instrutórios na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, na Alemanha, na Espanha, na Itália e em Portugal	223
6.3	O ônus da prova e sua distribuição	230
6.4	Negócios jurídicos processuais em matéria probatória	238
6.5	Conclusão parcial	240
7	FASE DECISÓRIA	242
7.1	Motivação	243
7.2	Correlação entre decisão de mérito e conjunto dos pedidos	250

7.3	Embargos de declaração	256
7.4	Conclusão parcial	260
8	FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E PROCESSO DE EXECUÇÃO FUNDADO EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL	262
8.1	As crises jurídicas e as modalidades de tutelas jurisdicionais	263
8.2	A execução civil	266
8.3	A instauração da fase de cumprimento de sentença ou do processo de execução fundado em título executivo extrajudicial	269
8.4	Atos de sub-rogação e de coerção	271
8.5	A adoção de medidas atípicas como apoio à efetivação da tutela executiva	273
8.6	Exercício do contraditório e defesa do executado	278
8.7	A cognição do juiz na execução civil	281
8.8	O modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes na execução civil	285
8.9	Conclusão parcial	287
	CONCLUSÃO	290
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	292

INTRODUÇÃO

O processo consubstancia-se na relação jurídica estabelecida entre partes e juiz. É composto por uma sequência de atos que se sucedem em contraditório. No curso de seu desenvolvimento, as partes deduzem suas pretensões, opõem sua resistência, exercem seus poderes e faculdades, desincumbem-se dos seus ônus e cumprem seus deveres e sujeições. O juiz, por sua vez, zela pela regularidade dos atos praticados e realiza atos próprios voltados à formação do seu convencimento para o julgamento das pretensões exercidas.

Portanto, os sujeitos processuais são munidos da titularidade de situações jurídico-processuais. O legislador organiza seus poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições de modo a distribuir o trabalho entre partes e juiz, a fim de alcançar uma adequada prestação jurisdicional. A administração da justiça interessa, também, ao aparato estatal. Ao exercer a jurisdição, o Estado-juiz não deve simplesmente outorgar o bem da vida ou nova situação jurídica a um dos litigantes, mas àquele que tem razão. As diversas características do conjunto de situações jurídico-processuais levaram a doutrina a classificar os sistemas processuais em diferentes modelos de distribuição de trabalho.

Variam os modelos de repartição de trabalho entre partes e juiz nos diversos ordenamentos jurídicos e segundo cada momento histórico. Em alguns, há maior liberdade dos litigantes. Em outros, verifica-se maior proeminência do julgador. Costumava-se qualificar os primeiros como dispositivos ou adversariais e os segundos como inquisitivos ou não adversariais. Mais recentemente veio a lume o que seria um terceiro modelo em que partes e juiz colaborariam entre si no transcurso do processo para a adequada prestação jurisdicional. A este modelo coube a denominação cooperativo.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe algumas inovações no modelo de distribuição de trabalho no processo civil brasileiro, bem como positivou concepções já defendidas pela doutrina e acolhidas pela jurisprudência. Uma das alterações festejadas como a panaceia para os males dos quais padece o processo teria sido a introdução do dever de cooperação ou colaboração entre os sujeitos processuais.

Antes do advento do diploma processual, a doutrina vinha assinalando que a distribuição de trabalho entre juiz e partes não se amolda a modelos puramente dispositivos ou inquisitivos. Colhiam-se dados em cada ordem jurídica que denotavam equilíbrio entre as situações jurídico-processuais de partes e juiz ou pequena preponderância de um dos sujeitos processuais sobre o outro. A partir de então, o surgimento da concepção colaborativa de processo levou muitos doutrinadores a abandonar a ideia de combinação entre modelos. Segundo a nova concepção, o nosso processo civil teria passado a assumir o modelo cooperativo, que se constituiria na evolução dos modelos dispositivos e inquisitivos.

Todavia, a análise das disposições do diploma processual vigente dá conta de que não são poucos os momentos de prevalência das partes ou do juiz. Tampouco o que agora se chama de cooperação entre sujeitos processuais é novo. Já se encontrava presente em ordenamentos jurídicos estrangeiros, tanto quanto nas legislações brasileiras pretéritas. O excessivo apego ao viés cooperativo do processo distancia-se da lei e tem gerado descompasso entre teoria e prática. A sua busca irrestrita, por vezes, vem de encontro ao ideal de razoável duração do processo e, no limite, tem aptidão de gerar situações de injustiça.

Diante desse quadro, pretende-se propor a adequada harmonização do exercício das situações jurídico-processuais das partes e do juiz diante do diploma processual vigente. A pesquisa, portanto, tem por objetivo estudar o modelo de distribuição de trabalho entre os sujeitos processuais no Código de Processo Civil de 2015. Com o desenvolvimento do trabalho, será analisado se predomina o caráter dispositivo, inquisitivo ou cooperativo do processo nas variadas oportunidades de interação entre os seus partícipes. Ao final, buscar-se-á concluir qual o modelo processual abraçado pelo legislador pátrio, em especial se propriamente o cooperativo, como muitos sustentam na doutrina, e qual o conteúdo da cooperação que pode ser exigida dos litigantes entre si e do julgador.

O exame estará limitado aos processos individuais, com exclusividade em seu transcurso em primeiro grau de jurisdição. Nesse esquadro, serão analisados pontos sensíveis ao tema nas fases conhecimento e de cumprimento de sentença, assim como no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial. Os

processos coletivos e estruturais não serão analisados por envolver múltiplos interesses e assumir princípios e regras diversos em seu modelo de distribuição de trabalho entre os sujeitos processuais.

A importância do tema se coloca pela apresentação do processo cooperativo como solução apta ao combate dos inúmeros problemas existentes na administração da justiça. Não se olvida a contribuição de seus corolários para a construção de uma decisão legítima e justa. Todavia, as construções teóricas da ciência processual não podem se dissociar da prática, postergar injustificadamente a prolação do provimento jurisdicional ou obnubilar o direito material.

As partes atuam, primordialmente, para fazer valer os direitos que propugnam ostentar. Assim, não se pode assumir como regra o dever do autor auxiliar o réu e vice-versa. De seu turno, o juiz deve outorgar a tutela jurisdicional àquele cujo direito material assiste e impulsionar o processo sem perder de vista o gerenciamento de toda gama de outros feitos englobados na órbita de exercício de sua função jurisdicional. Logo, deve estar sempre consciente do seu compromisso com a justiça e não pode sem justificativa distender o desfecho de um processo em detrimento dos demais.

Nessa ordem de ideias, almeja-se, de forma inovadora, extrair o modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes consagrado pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015. Na sua vigência, seu estudo sistemático passou ao largo da doutrina, que tem focado em abstrações teóricas sobre a colaboração e no estudo de disposições estanques. Todavia, seria o processo civil brasileiro cooperativo? Qual cooperação pode ser exigida dos sujeitos processuais? Para as respostas às perguntas serão examinadas as faculdades, poderes, ônus, deveres e sujeições que competem aos sujeitos processuais, com enfoque na sua interação no curso do processo.

A tese que se anseia defender consiste na ausência de adoção de um processo que possa, verdadeiramente, ser denominado cooperativo no diploma processual. Nas variadas hipóteses de interação entre litigantes e julgador, às vezes, nosso modelo processual pendeu, de fato, à colaboração, contanto tomada como amplificação da participação das partes na formação da decisão do juiz e exigência de conduta leal e proba. Contudo, em tantas outras vezes, os aspectos dispositivos e inquisitivos destacam-se.

Consequentemente, não teria havido a sua subsunção a qualquer dos arcabouços paradigmáticos construídos pela doutrina. Sequer a cooperação é, substancialmente, inovadora, fundando-se no princípio do contraditório e no ideal de boa-fé. A correta compreensão do tema auxiliará na construção de um instrumento de afirmação da ordem jurídica que alcance melhor resultado, prestando a tutela jurisdicional à parte que a ela tem direito e em prazo razoável.

Para desenvolvimento do tema, proceder-se-á à análise dos sujeitos processuais e das suas situações jurídico-processuais. Nesse ponto, o trabalho abordará o conceito de partes e as funções do juiz, bem como seus poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições, os quais devem ser exercidos em contraditório e em consonância com a boa-fé. Serão examinados, na sequência, os modelos processuais dispositivos ou adversariais, inquisitivos ou não adversariais e cooperativos, segundo concebidos pela doutrina. Então, caberá o estudo dos principais pontos de interesse na interação entre partes e juiz no curso da marcha processual. Por fim, buscar-se-á conclusão acerca do modelo processual abraçado pelo Código de Processo Civil de 2015 com vistas a responder a indagação acerca da assunção, ou não, da modalidade cooperativa e de qual o conteúdo da cooperação entre litigantes e julgador.

Os temas propostos serão analisados à luz da doutrina e serão discutidas algumas das soluções dadas pela jurisprudência. O recurso à história e à comparação jurídica ficará limitado ao seu interesse ao tema enfrentado.

1 OS SUJEITOS PROCESSUAIS E AS SUAS SITUAÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS

O processo volta-se ao exercício da jurisdição. No seu desenrolar, da propositura da demanda até a prolação da decisão final, as partes têm atribuídos poderes e faculdades, necessitam cumprir seus deveres, desincumbirem-se de seus ônus e observarem as sujeições que lhe são impostas. O juiz detém poderes-deveres que deve exercer, praticando ao longo da marcha procedimental atos materiais e proferindo decisões.

Os sujeitos processuais, portanto, são as partes e o juiz e têm a si atribuída uma série de situações jurídico-processuais. Em geral, a relação processual ostenta forma triangularizada. É integrada por autor, réu e juiz. O autor e o réu são sujeitos parciais, agindo no processo na formação do convencimento do julgador, ordinariamente, em seu favor. O juiz é o sujeito imparcial, a quem competirá cuidar da regularidade do processo e decidir as pretensões veiculadas. Outros sujeitos, ainda, podem vir a integrar o processo em curso.

O foco do estudo são papéis desempenhados por juiz e partes no curso do processo, com realce aos pontos de possível interação entre si, a fim de se fixar o modelo de distribuição do trabalho adotado. O primeiro capítulo, então, terá por objeto a conceituação dos sujeitos processuais e a definição de suas situações jurídico-processuais, ou seja, seus poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições. O seu exame almeja permitir o melhor esclarecimento da existência e do conteúdo de um dever de colaboração entre si.

1.1 As partes

O conceito de partes não é unívoco, assumindo mais de uma significação. Em sentido comum, refere-se às personagens principais de um conflito, que se apresentam como titulares de um interesse contraposto ao interesse de outrem¹. Em sentido

¹ SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: Cedam, 2000, p. 97.

técnico-jurídico, corresponde a um papel subjetivo desempenhado nos fenômenos jurídicos². Especificamente no processo, partes são os sujeitos que integram a relação processual, atuando em contraditório e submetendo-se à autoridade estatal³⁻⁴.

Com ingresso no processo, as partes assumem uma série de poderes e faculdades, devem se desincumbir dos seus ônus, cumprir seus deveres e submeter-se às sujeições inerentes à assunção da condição. O conjunto de situações jurídico-processuais que lhes é outorgado visam a propiciar o desenvolvimento do processo com vistas a formar o convencimento do juiz para a prolação do provimento jurisdicional final. As partes atuam em paridade de armas no processo, com a outorga de poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições tendencialmente simétricas pelo legislador em seu favor, respeitadas a posição de cada sujeito no processo. As suas situações jurídico-processuais não podem ser pensadas de forma independente, mas, sim, funcionam como vasos comunicantes⁵.

A noção técnica de parte é puramente processual, não se ligando ao direito material pleiteado⁶. É, pois, irrelevante sua legitimidade ou ilegitimidade para

² MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 370.

³ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 323; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 16-17. JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. totalmente refundida da obra de Friedrich Lent. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 98; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 123; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 370; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *Derecho jurisdiccional*, v. II. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 58; OLIVA SANTOS, Andrés de la. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil*, v. I. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 426; TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 19.

⁴ Giuseppe Chioenda adota concepção diversa, que limita a definição de partes aos sujeitos da demanda. Partes são só o autor, que propõe a demanda, e o réu, contra quem a demanda é dirigida (*Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 768-769). Nessa mesma direção, BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 95; GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2009, p. 165; LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 18. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 109; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Atualização Remo Caponi. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 57. A definição é, acertadamente, criticada por Cândido Rangel Dinamarco, por não estabelecer no que consiste, efetivamente, parte e, arbitrariamente, excluir o assistente, que não pede nada e contra quem nada é pedido (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 124, nota 76).

⁵ BRUS, Florence. *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 345.

⁶ ARIETA, Giovanni; SANTIS, Francesco de; Montesano, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 6. ed. Padova: Cedam, 2016, p. 219; ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*, v. I. 3. ed. Padova: Cedam, 1999, p. 303; BALENA, Giampiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I. 4. ed. Bari: Cacucci, 2015, p.

postular pelo bem da vida ou pela constituição da nova situação jurídica. Pode não existir o direito afirmado pelo autor, carecer de ação, não ter capacidade para deduzir a demanda. Enfim, se esta foi proposta, há processo e, portanto, parte. Por outro lado, presente situações de outorga pelo ordenamento jurídico de legitimação extraordinária, nas quais admitida a postulação do direito em juízo por aquele que não é seu titular e, assim, não compõe a relação substancial⁷. Assim sendo, as partes processuais não correspondem, necessariamente, aos sujeitos da relação de direito material. De seu turno, todos aqueles não integrantes do processo são terceiros cujo conceito, pois, é negativo “em simétrica oposição ao de parte”⁸.

A parte autora é aquela que deduz o pedido de tutela jurisdicional em seu favor e a parte ré é aquela contra a qual o pedido de tutela jurisdicional é formulado. Nos processos de jurisdição contenciosa em geral, a ideia de partes traz em si ínsita a contraposição entre seus interesses. Como aduz Niklas Luhmann, uma “das mais surpreendentes características dos processos judiciais é que a ação neles é contraditória, isto é, que neles se permite uma ação dirigida contra os outros”⁹.

A presença de conflito entre as partes é retratada na obra de Francesco Carnelutti. Segundo leciona, a “parte é o resultado de uma divisão: o *prius* da

191; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246; *Idem*. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. totalmente refundida da obra de Friedrich Lent. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 99; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 124-125; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 200, p. 13-70, outubro de 2011, p. 3 (RT *on line*).

⁷ “Quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimação para estar em juízo, diz-se que há legitimação ordinária para a causa (...). Quando aquela que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo, diz-se que a legitimação extraordinária (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 254). Portanto, na legitimação extraordinária, em que a atuação ocorre pelo mecanismo da substituição processual, “não há correspondência, nem mesmo em tese, entre direito material e situação legitimante”. Está presente “um direito autônomo de condução do processo” (CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesses: sobre a migração entre polos da demanda. 40 anos da Teoria Geral do Processo. Passado, presente e futuro*. Organização ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 43-95, p. 49-50).

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19. Em igual sentido, MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho jurisdiccional*, v. II. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 60; OLIVA SANTOS, Andrés de la. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil*, v. I. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 426; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 200, p. 13-70, outubro de 2011, p. 3 (RT *on line*).

⁹ *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 85.

parte é um todo que se divide. A noção de parte está, portanto, vinculada à da discórdia, que por sua vez é o pressuposto psicológico do processo”. Com efeito, “não haveria nem litígios, nem delitos se os homens não discordassem. Com essas reflexões a denominação parte parece expressiva e feliz. Os litigantes são partes porque estão divididos; se vivessem em paz formariam uma unidade”¹⁰. Na sua visão, pois, a “oposição dos sujeitos exprime-se eficazmente pela palavra parte”¹¹.

As partes agem ao longo do processo para fazer valer um direito que afirmam próprio. Segundo Piero Calamandrei, todas as instituições processuais reconhecem, por clara derivação histórica, um significado figuradamente egoístico¹². Da mesma forma, o antagonismo existente não passou despercebido por José Carlos Barbosa Moreira, para quem visto “ao ângulo dos litigantes e de seus interesses, o processo é sem dúvida um prélio, e como tal não pode excluir o recurso à habilidade na escolha e na realização das táticas julgadas mais eficazes para a obtenção de resultado vantajoso”¹³. Logo, conduzem-se no processo, em linha de princípio, com parcialidade.

É inerente ao processo, pois, o confronto entre os ocupantes dos seus polos, que atuam no exercício de suas situações jurídico-processuais, a fim de alcançar a tutela jurisdicional em seu favor. Presente ao menos dois interesses contrapostos, com idêntico valor jurídico, e desta colisão nasce a exigência do processo, pois se um prevalecesse sobre o outro ou houvesse acordo, não existiria a necessidade de se recorrer ao Estado-juiz¹⁴.

Pode ocorrer, no entanto, que a divergência entre os litigantes não seja integral. De fato, “diversos sujeitos podem ter simultâneas pretensão e áreas de interesses materiais comuns bem como outras esferas de discordância, o que” justifica “a prática de determinado ato, a migração de polo ou atuação processual despolarizada como se no polo oposto figurassem”¹⁵. Na discussão judicial acerca das deliberações adotadas em

¹⁰ *Como se faz um processo*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2009, p. 46.

¹¹ *Teoria geral do direito*. Tradução Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 106.

¹² Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950, p. 26.

¹³ A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. *Temas de direito processual*, 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16-35, p. 16.

¹⁴ MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1. 7. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 16.

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesses: sobre a migração entre polos da demanda. *40 anos da Teoria Geral do Processo. Passado, presente e futuro*. Organização ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 43-95, p. 62.

assembleia condominial ou de sociedade anônima, condôminos ou acionistas podem concordar com alguns pontos e discordar de outros. Em processos de maior complexidade, portanto, a posição dos litigantes nem sempre observa o esquema inicial com autor e réu em posições, necessariamente, opostas. A regra, no entanto, é a ocupação pelas partes de polos antagônicos.

O assistente, que intervém no processo *ad coadjuvandum*, assume, igualmente, a qualidade de parte¹⁶. Sustenta a razão de algum dos ocupantes dos polos da relação processual, atuando ao longo do procedimento em contraditório, com exercício dos poderes e faculdade que lhe são outorgados e submissão aos ônus, deveres e sujeições que lhe são impostos¹⁷. O Ministério Público, na sua atuação como fiscal da ordem jurídica, também é parte, exercendo as situações jurídico-processuais que a lei lhe comina¹⁸. Porém, não é parcial. Age o órgão ministerial para garantir a observância da lei e não para fazer

¹⁶ BATISTA CINTRA, Lia Carolina. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 98-105. A assistência é forma de intervenção espontânea de terceiro em processo pendente. O assistente deve ter interesse jurídico de que a sentença seja favorável a uma das partes (artigo 119, *caput*). Logo, a sua esfera de direitos e obrigações deve poder ser atingida pelo provimento jurisdicional, não se mostrando suficiente que detenha interesse meramente econômico (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 53 e 59). Na assistência simples, o assistente mantém relação jurídica com uma das partes principais e é admitido como seu auxiliar, com a outorga em seu favor de idênticas situações jurídico-processuais (artigo 121, *caput*). Na assistência litisconsorcial, quando a decisão de mérito pode influir na relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido, torna-se litisconsorte e, portanto, parte principal (artigo 124). Na “assistência simples, existiria uma relação de prejudicialidade/dependência entre a situação jurídica do terceiro que pretende intervir e o objeto da demanda; já na assistência litisconsorcial, a própria relação jurídica do terceiro estaria deduzida no processo e sofreria influência da demanda originalmente instaurada para discutir a relação jurídica entre o assistido e o seu adversário” (COELHO, Gláucia Mara. *Sistematização da assistência litisconsorcial no processo civil brasileiro: conceituação e qualificação jurídica*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 59-60)

¹⁷ BALENA. Giampiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I. 4. ed. Bari: Cacucci, 2015, p. 191; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18.

¹⁸ Crisanto Mandrioli e Antonio Carrata anotam que o Ministério Público é tecnicamente parte e funcionalmente intérprete dos interesses públicos (*Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 486). Na mesma linha, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 298; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 202; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 425. Em sentido contrário, Enrico Tullio Liebman, para quem o órgão ministerial assume “uma posição muito próxima à de uma parte; mas parte verdadeira não é, senão órgão do interesse público pela observância da lei, ao qual são conferidos alguns específicos poderes de parte” (*Manual de direito processual civil*, v. I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 188). Na Itália, o Ministério Público deixou de integrar o Poder Executivo e passou a compor o Poder Judiciário. Buscou-se garantir a sua independência do poder político (CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, v. I. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 605; LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 18. ed. Milano: Giuffré, 2012, p. 104). A partir da Lei Delegada n. 150, de 25 de julho de 2005, foi-se delineando uma separação entre as funções requerente e judicante, com a introdução de um limite temporal, ao qual o magistrado deve optar por uma ou outra carreira, tornando-se a escolha definitiva e irrevogável (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 203).

valer o interesse que fez o legislador prever sua intervenção¹⁹. Assim, ao officiar no processo que versa sobre posição jurídica de incapaz, o órgão ministerial deve cuidar de se manifestar não no sentido de propiciar sua vitória, mas, sim, de que a solução que reputa correta seja a adotada, segundo acolhida no ordenamento jurídico.

A assunção da qualidade de parte dá-se com a propositura da demanda, com a citação, por sucessão da parte originária e, quando admitida, com a intervenção voluntária em processo pendente²⁰. Mais de um autor ou mais de um réu podem figurar nos polos da relação processual em litisconsórcio²¹. Sempre que envolvidas na relação material diversas pessoas a consequência será a necessidade de integração de todos no processo em que se pretende a regulação de seus direitos e obrigações²². Eventualmente, em procedimentos de jurisdição voluntária²³, a relação processual pode ser composta,

¹⁹ ARIETA, Giovanni; SANTIS, Francesco de; Montesano, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 6. ed. Padova: Cedam, 2016, p. 215; ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*, v. I. 3. ed. Padova: Cedam, 1999, p. 402-403; LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 18. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 104.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 278; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 125.

²¹ O litisconsórcio é fenômeno de pluralidade subjetiva, ou seja, existência de mais de um litigante figurando em um mesmo polo do processo.

²² O litisconsórcio aqui é unitário. Existirá no processo se discutida uma relação jurídica una, incindível e com mais de um titular. Em regra, quando o litisconsórcio é unitário será também necessário, como nas demandas voltados à anulação de contrato e à nulidade de casamento, em não há como se desconstituir o ato para um e não para outro. Contudo, unitariedade e necessariedade não se confundem, nem se colocam como relação de gênero e espécie. Assim, em que pese excepcional, é possível a formação de um litisconsórcio facultativo e unitário, que, dentre as hipóteses de formação de litisconsórcio é a mais rara, pressupondo que o processo verse sobre relação jurídica una e incindível, com mais de um titular, mas que exista lei que autorize a sua postulação ou defesa em juízo por apenas um dos titulares (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 358). Verifica-se na legitimidade extraordinária concorrente. Por exemplo, no caso de defesa de interesses individuais homogêneos por meio de ação civil pública, que pode ser ajuizada pelo Ministério Público, associações e outros entes legitimados em substituição à coletividade. Constata-se, igualmente, em casos de legitimação ordinária, como nas ações possessórias ou reivindicatórias de bens em condomínio, em que o artigo 1314, *caput*, do Código Civil, permite que possam ser ajuizadas por apenas um dos cotitulares, embora a coisa seja una e tenha vários titulares. Se isso ocorrer, não haverá litisconsórcio. Mas se os vários titulares optarem por propor a demanda juntos, estará presente o litisconsórcio, que é unitário, porque o bem é um só e tem vários titulares da sua propriedade, mas facultativo, pois a sua formação não era obrigatória. Do mesmo modo, ocorre na ação do coerdeiro para reclamar a universalidade da herança ao terceiro e na ação de exclusão de herdeiro por indignidade, uma vez que o objeto é indivisível por força do artigo 1.791, *caput* e parágrafo único, Código Civil (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação MARCATO, Antonio Carlos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 154). Nos casos de litisconsórcio facultativo unitário e em que terceiros possam vir a ser alcançados pela decisão proferida no processo, defende-se a possibilidade de intervenção por ordem do juiz (*iussu iudicis*) (BATISTA CINTRA, Lia Carolina. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 225).

²³ A jurisdição voluntária tem natureza jurisdicional. É exercida pelo Estado como corolário da sua soberania do mesmo modo que a jurisdição contenciosa e visa à atuação da ordem jurídica por meio do processo, inexistindo fundamento à diferenciação da natureza de ambas (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30; OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Jurisdição voluntária: perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito da aplicação da discricionariedade judicial*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de

exclusivamente, por uma parte, como na sub-rogação do bem de família (artigo 725, inciso II, do Código de Processo Civil e artigo 1.719 do Código Civil).

A decisão proferida pelo Estado-juiz alcançará a órbita de direitos e obrigações das partes que compuseram a relação processual, exercendo os poderes e as faculdades, bem como suportando os deveres, os ônus e as sujeições inerentes à sua condição. Na legitimação extraordinária em geral, diverge a doutrina se os efeitos da decisão de mérito do processo em que atuou o substituto alcançam o substituído²⁴. Na legitimação extraordinária para a defesa de direitos individuais homogêneos consagrada no microsistema da tutela coletiva formado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor²⁵, a decisão somente poderá favorecer o substituído no processo, formando-se a coisa julgada material *secundum eventum litis e in utilibus*²⁶.

Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 42). Há posições no sentido de que, em virtude da ausência de litígio, a jurisdição voluntária não seria propriamente jurisdição, mas mera administração pública de interesses privados (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 153-155). Outros entendem que se trata de uma categoria autônoma, com características tanto de atividade administrativa quanto jurisdicional (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119).

²⁴ Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “nas hipóteses em que isso ocorre é natural que o titular do direito ou interesse receba em sua esfera de direitos os efeitos substanciais da sentença, reputando-se também vinculado a sua autoridade” (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 321-322). Para Cândido Rangel Dinamarco, “em todos os casos de substituição processual é indiscutível que os efeitos da sentença proferida em face do substituto se projetam sobre o substituído, embora este não tenha sido parte, tanto como se o houvesse sido” (*Instituições de direito processual civil*, v. III, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213. Em sentido oposto, Lia Carolina Batista Cintra aduz que “não será possível estender a coisa julgada contrária aos interesses de quem não tiver participado do processo” (Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 292, p. 83-125, junho de 2019, p. 13 (RT on line))

²⁵ Como esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso, deve-se “distinguir a legitimação ativa das associações à ação civil pública, conforme o tipo de interesse metaindividual nela objetivado: se for difuso ou coletivo em sentido estrito (CDC, art. 81, parágrafo único, I e II), sua tutela judicial se dá em dimensão genuína e essencialmente coletiva (sujeitos indeterminados e objeto indivisível), de sorte que aí a associação exerce legitimação ordinária (= é a ela mesma que a lei confere o poder de agir, como ‘adequada portadora’ do interesse): já no concernente aos interesses individuais homogêneos, como eles são apenas tratados coletivamente, remanescendo individuais em sua essência (CDC: art. 81, parágrafo único, III), a associação aí atuaria como substituta processual (dos indivíduos, titulares dos interesses pessoais homogeneizados pela origem comum), nos termos do art. 6º do CPC” (*Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141). Assim, os “mesmos legitimados, que na defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* têm legitimação ordinária coletiva, são reputados substitutos processuais clássicos (ou legitimados extraordinários) quando agem em juízo para tutela dos direitos individuais homogêneos” (THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. legitimação processual das associações no direito brasileiro*. Disponível em <https://www.rkladvocacia.com/tutela-coletiva-dos-direitos-individuais-homogeneos-legitimacao-procesual-das-associacoes-no-direito-brasileiro/>. Acesso em 21 de dezembro de 2021).

²⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 292; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 503-504.

O escopo das partes ao submeter o seu conflito ao Poder Judiciário, porém, não se identifica com o escopo estatal. O litigante busca a satisfação do seu interesse. Quando “a pessoa pede a condenação do seu alegado devedor, ela está buscando a satisfação de seu próprio interesse e não, altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou mesmo a paz social”²⁷. Cabe ao juiz zelar pelo alcance dos fins do sistema de administração da justiça, em especial a prolação de uma decisão justa e em tempo razoável. Analisando o processo sob seu aspecto psicológico, Piero Calamandrei, atenta que, na realidade, excluído o juiz que deve personificar concretamente o interesse superior da justiça, que é do próprio Estado, todos os outros sujeitos perseguem fins mais limitados e um pouco mais egoísticos, às vezes em contraste, embora não confessado, com aquele interesse superior. Contudo, pelas duas partes em oposição acontece frequentemente que o que conta não é tanto a justiça quanto a vitória: isto é, o processo torna-se nada mais do que um jogo por vencer²⁸.

Portanto, agindo nos limites atribuídos pelo legislador para buscar o bem jurídico ou a nova situação jurídica que reputa de sua titularidade, o litigante não pode ter imposto o dever de cooperar com o sucesso do seu adversário. Em consequência colaboração, propriamente, entre as partes não existe. Nesse mesmo diapasão, Humberto Theodoro Júnior aponta que “sendo antagônicos os interesses em conflito, não seria razoável que um litigante tivesse de cooperar com o adversário para facilitar-lhe o sucesso processual”²⁹. Igualmente, Daniel Mitidiero assenta que “a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar” e “não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio”³⁰.

1.2 O juiz

²⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

²⁸ Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950, p. 26.

²⁹ Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 102, p. 62-74, 2011, p. 64.

³⁰ *Processo justo, colaboração e ônus da prova*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 1, p. 67-77, janeiro a março de 2012, p. 71.

O exercício da jurisdição pelo aparato estatal tem variadas finalidades. Soluciona os conflitos de interesses surgidos na sociedade com o objetivo de pacificá-la. Diz acerca da validade das normas jurídicas produto da sua atividade legislativa em confronto com outras de hierarquia superior. Exerce o controle da consecução de políticas públicas e a tutela de direitos transindividuais. Atua sobre direitos e obrigações cuja regulação não é admitida pela vontade exclusiva das partes³¹.

O poder jurisdicional é detido pelo juiz e efetiva-se por meio do processo³². O juiz, nessa linha de ideias, é o agente estatal investido de jurisdição para a decisão das pretensões veiculadas pelas partes e para a sua efetivação prática. Cabe-lhe não só decidir qual dos litigantes faz jus ao bem da vida ou à nova situação jurídica vindicada, mas também conduzir, em contraditório, os atos do procedimento que antecedem o seu julgamento e realizar os atos materiais voltados à satisfação do titular do direito.

Como garantia de sua imparcialidade, o juiz é terceiro estranho à relação material havida entre as partes. A imparcialidade do julgador é histórica e inerente ao exercício da função jurisdicional³³⁻³⁴. Deve atuar com isenção, propiciando igualdade entre as partes no desempenho de seu feixe de situações jurídico-processuais. Contudo, imparcialidade não pode significar indiferença com o resultado do processo e “servir de escudo para impedir que o juiz detenha uma posição mais ativa” no seu decorrer³⁵. Nas

³¹ Não se sustenta, pois, a visão carneluttiana, segundo a qual onde “não há conflito de interesses, não pode haver direito, porque nessa hipótese não há necessidade” (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 105).

³² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 97; SANCHES, Sydney. Poder geral de cautela do juiz. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 887-897, outubro de 2011, p. 1 (RT *on line*). Para Ada Pellegrini Grinover, porém, jurisdição, “na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objeto, o de pacificar com justiça” (Solução de conflitos e tutela processual adequada. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 13-30, p. 20).

³³ BRUS, Florence. *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 136.

³⁴ A ideia de afastamento pelo juiz do conflito com vistas a que permanecesse imparcial permeava o direito comum. O processo da época desestimulava “qualquer relação pessoal, direta e pública, do órgão julgador com as partes, peritos e outras fontes de informação (lugares e coisas). O juiz, como se viu, deveria fundamentar a própria decisão, exclusivamente, sobre atos e palavras escritas e não sobre suas impressões pessoais (...). A Corte se encontrava, apenas, perante ‘papéis’ do começo ao fim do procedimento. A óbvia consequência era um verdadeiro e próprio muro erigido entre o juiz e as outras pessoas envolvidas no processo” e, assim, “em relação aos fatos e à realidade social” (CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. *Processo, ideologia e sociedade*, v. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 311-377, p. 313).

³⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 40.

palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o “juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas”³⁶. Obviamente, como bem aponta Juan Montero Aroca, o reconhecimento da desigualdade entre as partes, no entanto, não pode levar a converter o juiz em defensor de uma delas em desfavor da outra³⁷.

A decisão que o juiz impõe aos litigantes é legítima conforme observa o devido processo legal. Há que se entender como compreendido nessa formulação o conjunto de princípios e regras cujo respeito exige-se dos órgãos jurisdicionais para adequado exercício de sua função, garantindo às partes o desempenho de suas situações jurídico-processuais, com participação, em contraditório, na formação da decisão que virá a regular os seus direitos e obrigações. Assim, a atividade exercida pelo Poder Judiciário deve observância ao mecanismo previamente definido pelo legislador para sua atuação. Validamente, por meio da garantia do devido processo legal, “confere-se ao juiz o poder de conduzir os trabalhos”, todavia, “segundo regras previamente estabelecidas”³⁸.

O papel exercido pelo juiz no processo deve ser ativo, cuidando da razoável duração do processo, da adequada participação dos litigantes na formação do seu convencimento, da justiça e efetividade da jurisdição. Diz-se, pois, que “o papel ativo do juiz é visto em estreita relação com a reivindicação de uma razoável aceleração do processo e com a função social deste”, tendo por desígnio impedir a sua prolongação injustificada ou inútil e “velar para que a parte mais fraca não tivesse desvantagens”³⁹. Reconhece-se, assim, um novo âmbito de exercício de seus poderes-deveres no processo “que - além da tradicional sentença sobre pretensões - lhe atribui uma função formadora, equilibradora”⁴⁰.

Entretanto, atuação ativa do juiz na direção do processo e formação de seu convencimento não é irrestrita. Cabe-lhe agir nos moldes dos poderes-deveres que

³⁶ *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 231.

³⁷ La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 667-668.

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 280.

³⁹ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982, p. 187.

⁴⁰ *Idem*. Transformações do processo civil. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, Vitória: Artes Gráficas, v. 7, p. 57-68, julho a setembro de 1976, p. 67.

lhes são outorgados pelo ordenamento. Definitivamente, “se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade”⁴¹. O adequado exercício de suas situações jurídico-processuais é garantia de sua imparcialidade e óbice que se levanta contra o arbítrio. Portanto, não se deve “deixar de dar atenção ao fato de que uma posição mais forte do juiz - o que muito se deseja - possa pôr em perigo sua neutralidade e sua objetividade”⁴².

O exercício dos seus poderes-deveres deve ocorrer com a participação das partes, em contraditório. Sempre que necessário os sujeitos processuais devem ser instados a expor adequadamente suas alegações, ter oportunidade de contrapor aquelas suscitadas por seu adversário e produzir as provas necessárias para a solução das questões controvertidas⁴³. Logo, o juiz deve ser colocado “no centro do fenômeno processual; não para um exercício solitário de autoridade, mas nem para uma aplicação burocrática de esquemas processuais pré-fabricados”, devendo, sim, “conduzir o processo no diálogo e no contraditório com as partes”⁴⁴.

Ao proferir suas decisões no curso do processo e no julgamento das pretensões, o juiz constrói o sentido da norma no caso concreto⁴⁵. Está limitado, no entanto, pelas normas do próprio ordenamento jurídico que interpreta e aplica, assim como pelo

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 236.

⁴² BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982/99, p. 187.

⁴³ O fomento da participação das partes, em contraditório, ao longo do processo pelo juiz, assegurando-se o adequado exercício de suas situações jurídico-processuais, tem aptidão de afastar a crítica de que existiriam “riscos democráticos para a figuração do processo nos postulados da instrumentalidade, posto que nos vemos dentro das teorias positivistas mais puras em que os cidadãos ao invés de titulares de direitos, recebem apenas a sujeição de deveres impostos pelo Estado” (ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 166, p. 27-70, dezembro de 2008, p. 19 (RT *on line*)).

⁴⁴ TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. Tradução Clayton Maranhão. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 65, p. 73-91, novembro de 1995, p. 90.

⁴⁵ Utilizando as figuras de François Ost, o juiz moderno assumiria as vestes de Hermes, que não conhece outra lei senão a circulação de discursos, com a qual arbitra os jogos sempre reiniciados, com uma multiplicidade de atores, com diversificados papéis, atuando no campo jurídico compreendido como uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações, instantaneamente disponíveis e, ao mesmo tempo, difíceis de qualificar, como pode ser um banco de dados. O modelo não se confundiria com aqueles dos juízes do Estado Liberal do século XIX e do Estado Social do século XX. Os primeiros se identificariam com a figura de Júpiter, aplicando o direito na forma de pirâmide da qual emanariam as suas decisões. Os segundos corresponderiam à figura de Hércules, aos quais a singularidade do caso concreto se sobreporia à generalidade e abstração da lei (Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Tradução Isabel Lifante Vidal. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 14, p. 169-194, 1993, p. 170-172).

conjunto de pretensões e fatos introduzidos pelas partes⁴⁶. A legitimidade para a regulação abstrata de direitos e obrigações decorre do voto e não repousa sobre o magistrado, que foi aprovado para o exercício de sua função por concurso público de provas e títulos⁴⁷.

A imparcialidade exige a proteção contra influências externas ao exercício da sua função. Assegura-se, então, ao juiz a independência funcional, a fim de obstar a intervenção, em especial do Poder Executivo, no exercício da jurisdição. É uma conquista do Estado moderno, que se tornou possível com a consagração da separação de seus poderes⁴⁸. A fim de garanti-la, a Constituição Federal outorga em seu favor vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de sua remuneração (artigo 95, incisos I, II e III). A independência do julgador não afasta, porém, a submissão à lei. Assim se afirma que o juiz não está “protegido por sua independência contra as ‘intervenções’ do poder legislativo”⁴⁹.

O juiz tem compromisso inarredável com os escopos do processo. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, escopo social envolve pacificar com justiça e a educação. O escopo político abrange a afirmação do seu próprio poder pelo Estado, o culto à liberdade e a participação democrática. O escopo jurídico consiste na atuação da vontade concreta do direito⁵⁰. O julgador deve, sobretudo, voltar sua atuação ao alcance do seu escopo magno de pacificação com justiça. Nessa linha de ideias, medida de rigor buscar a conciliação entre os litigantes antes da imposição da solução do conflito havido por sua

⁴⁶ “O juiz, embora livre para interpretar o direito, devendo fazê-lo sempre fundamentadamente, está sujeito às normas que o compõem. Essa vinculação obrigatória ao sistema legal constitui fator de segurança jurídica” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual - garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39, p. 4).

⁴⁷ Como bem aponta Cândido Rangel Dinamarco, “pensar que é o juiz quem pessoalmente cria novas soluções de direito material é esquecer que ele age como canal de comunicação entre a nação e o processo e que, quando inovar por conta própria, *contra legem* ou fora dos limites tolerados ele estará agindo sem fidelidade aos objetivos de sua missão e o que pretender impor carecerá de licitude ou mesmo de legitimidade” (*A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 236).

⁴⁸ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 70.

⁴⁹ HABSCHIED, Walther Jakob. As bases do direito processual civil (Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977). Tradução Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11-12, p. 117-145, julho a dezembro de 1978, p. 131.

⁵⁰ *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, em especial p. 189-192, 200-202 e 246.

decisão. Logo, não deve esquecer que a resolução do litígio é a finalidade do exercício da jurisdição e não a prolação, em si, de provimento jurisdicional que julgue o mérito⁵¹.

No exercício da sua função, portanto, é atribuição do juiz ordenar o processo, segundo o modelo estipulado pelo legislador, e colher os elementos necessários para a formação do seu convencimento com vistas a prolação de uma decisão justa. Deve cuidar de propiciar a participação das partes no seu curso, em condições de igualdade, conferindo legitimidade e melhorando a qualidade da prestação jurisdicional. Contudo, o juiz deve cuidar para que o trâmite procedimental não se estenda para além do razoável à prolação da sua decisão final, tomando em conta não só de um processo específico, mas de toda a gama daqueles em curso no órgão jurisdicional.

Nesses estreitos limites, o julgador atua na consecução da sua função de administração da justiça. Não se identifica, assim, um dever de colaborar com as partes para o sucesso das suas pretensões. A cooperação entre os sujeitos processuais não vai além do dever do julgador de zelar pela regularidade do processo, com o objetivo de evitar sua extinção sem a prolação de uma decisão sobre o mérito, e fomentar o contraditório, com a produção dos elementos necessários para proferir seu provimento jurisdicional final.

1.3 Os poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições processuais das partes

A relação jurídica, como ensina Francesco Carnelutti, consiste na idoneidade recíproca de dois ou mais indivíduos para combinar de tal forma que o resultado seja alargar o leque de possibilidades de um ou dos outros e limitar a possibilidade do outro ou de todos. A atitude ou idoneidade é o que se chama genericamente poder ou dever. A combinação não acontece sem uma ação de uma parte ou de outra, mas resulta claramente do nexó entre a relação e o ato jurídico, de modo que a relação é pressuposta do ato e, por

⁵¹ Há “a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando, por via de consequência, a solução do conflito” (WATANABE, Kazuo. *Cultura de sentença e cultura de pacificação. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Organização YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, MAURÍCIO Zanóide. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690, p. 686).

sua vez, o ato é a manifestação da relação. Não pode haver um ato jurídico, senão na medida em que é preexistente em quem o realiza um poder ou um dever. Nem pode haver poder ou dever que não opere por um ato de alguém que não é o sujeito de uma relação jurídica⁵².

O processo é relação jurídica e procedimento em contraditório⁵³. Contempla, pois, dois prismas. De um lado, o processo é uma relação jurídica formada pelas partes e pelo juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material que lhe é subjacente⁵⁴⁻⁵⁵. Há uma ligação, no entanto, instrumental entre ambas. Não somente o direito precisa do processo, mas também o processo precisa do direito, de modo que se não tivesse à sua disposição o direito não poderia operar⁵⁶. Não se estabelece apenas uma relação angular entre autor e juiz, de um lado, juiz e réu do outro; mas uma relação triangular, ligando também autor e réu, “porque os atos de cada parte inegavelmente projetam-se sobre a esfera jurídica da outra, prejudicando-a ou beneficiando-a”⁵⁷. De outro lado, o processo é o procedimento em contraditório, abarcando a interrelação entre as partes e com o juiz⁵⁸. O procedimento, pois, é composto por uma sequência de atos, correspondendo ao conjunto de

⁵² Dei rapporti giuridici processuali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XVII, p. 349-361, 1963, p. 354.

⁵³ Para Cândido Rangel Dinamarco, a visão do processo como procedimento em contraditório é “de absoluto acerto”, porém “não infirma a validade da construção, geralmente aceita, em torno da relação jurídica processual” (Institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 71-123, p. 76, nota 9).

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. Dei rapporti giuridici processuali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XVII, p. 349-361, 1963, p. 353 e 360; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 39-40.

⁵⁵ A ideia de processo como relação jurídica, no entanto, tem sido negada por alguns. Na lição de Elio Fazzalari, o processo é, exclusivamente, “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (*Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119). Consoante aos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, o processo contém, “mas não é a relação jurídica processual”, sim, “procedimento em contraditório” (Revisitando a teoria geral do processo. *Processo em jornadas*. Coordenação LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29-32, p. 30).

⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. Dei rapporti giuridici processuali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XVII, p. 349-361, 1963, p. 356.

⁵⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 107, p. 18-23, julho a setembro de 2002, p. 22. Com entendimento divergente, Paula Costa e Silva nega a possibilidade de qualificação do processo como relação jurídica, o que não o impediria de determinar “a constituição de duas relações, estabelecendo-se cada uma delas entre cada uma das partes e o tribunal”, fundadas no direito de ação (*Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 121 e 160).

⁵⁸ A relação jurídica processual é o “complexo de situações jurídicas que se sucedem” no procedimento em contraditório” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 71-123, p. 102).

poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições de que gozam os sujeitos processuais, que se desenvolvem em contraditório⁵⁹.

As partes figuram na relação processual, exercendo em contraditório as situações jurídico-processuais que o ordenamento lhes torna titular. As diversas situações subjetivas processuais ligam-se aos atos do processo. A prática ou omissão de um ato processual constitui, modifica ou extingue uma situação jurídico-processual⁶⁰. Caso a parte pretenda alcançar o efeito pré-ordenado pela lei, deve realizar o ato. O seu exercício é uma escolha dos litigantes, que detêm liberdade de agir nos limites das opções conferidas pelo legislador⁶¹. O processo segue segundo os atos levados a efeito por seus sujeitos. Em geral, as situações subjetivas processuais “têm existência breve no processo, constituem-se num dado momento, para imediatamente se extinguirem” pelo seu não-uso no prazo e na forma previstos em lei ou porque praticado o ato correspondente⁶². Logo, o ato de sua disposição por seu titular não exige uma declaração de vontade, bastando a ausência de seu exercício⁶³.

Crisanto Mandrioli e Antonio Carrata definem as situações jurídico-processuais ou subjetivas processuais como um simples e específico comportamento, que se realiza com um simples ato, assim tomado em consideração por uma simples norma⁶⁴. No mesmo diapasão, Paula Costa e Silva indica que são situações simples em contraposição aos direitos. Estes tendem a se constituir como uma situação complexa, com sua integração por

⁵⁹ O procedimento se apresenta “como uma seqüência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas”, devendo ser “visto como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114)

⁶⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 79.

⁶¹ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950, p. 30; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 166; TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013, p. 423-424.

⁶² COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 123; GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2009, p. 168.

⁶³ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 59.

⁶⁴ *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 38.

situações jurídicas mais simples, algumas ativas e outras passivas⁶⁵. Helena Najjar Abdo anota que as situações jurídico-processuais equivalem à posição conferida a um sujeito que ostenta todas as condições para o seu exercício, por meio da prática de um ato ou adoção de uma conduta, cuja adstrição ao modelo normativo resultará na produção dos efeitos previstos⁶⁶. Não se confundem com os direitos subjetivos, que apenas passam a existir quando a situação subjetiva configura uma pretensão, aliada à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem⁶⁷. As situações subjetivas processuais podem ser ativas ou passivas, assumindo, respectivamente, parâmetro de proteção ou subordinação de um interesse pela norma.

As situações subjetivas processuais ativas correspondem a faculdades e poderes. Investem o seu sujeito de uma situação de vantagem com a finalidade de que possa influir na decisão final que regulará seus direitos e obrigações na esfera material. As faculdades são condutas admitidas que se exaurem na esfera jurídica da própria parte⁶⁸. As faculdades processuais puras, que são de diminuta importância, não têm postos limites pelo alcance da esfera de direitos de outrem; todavia, ordinariamente, o exercício de uma faculdade pelo litigante acarreta vantagem a si ou desvantagem para seu adversário, ainda que indiretamente, ou, ainda, deveres para o Estado-juiz⁶⁹. Os poderes são condutas que ensejam à modificação da esfera jurídica alheia⁷⁰. Enquanto os direitos e os correspondentes deveres denotam a existência de uma relação entre o beneficiário e o obrigado a praticar o ato, os poderes estabelecem uma relação entre aquele que pratica e aquele que sofre os seus efeitos, desconsiderando a condição de beneficiado, que pode ser um terceiro⁷¹.

⁶⁵ *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 129.

⁶⁶ *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61-62.

⁶⁷ ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62; COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 161.

⁶⁸ ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65; CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 281; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 37.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 166.

⁷⁰ ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65.

⁷¹ TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 107, p. 18-23, julho a setembro de 2002, p. 20.

As situações subjetivas processuais passivas referem-se a deveres, ônus e sujeições. Os deveres processuais são poucos e consistem em imperativos do interesse alheio⁷², exigindo a adoção de um comportamento, com limitação imposta à vontade de quem por ele é alcançado⁷³. A negativa de realização da conduta incorre em ilicitude e desencadeia a aplicação de sanção, como por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça⁷⁴. Os ônus são imperativos do próprio interesse, impondo ao litigante a ação ou a abstenção como condição para alcançar posição de vantagem ou evitar posição de desvantagem⁷⁵. Os ônus se diferem das obrigações e deveres na medida em que estes exigem a prática de uma conduta no interesse de terceiro ou da coletividade⁷⁶. O cumprimento daqueles não pode ser exigido pelo adversário ou pelo órgão estatal, tampouco sua inobservância configura ilicitude ou faz incidir sanção⁷⁷. Entretanto, deles não se desincumbindo o litigante, verifica-se uma piora na sua situação processual, aumentando a possibilidade de uma decisão de mérito que lhe venha a ser desfavorável⁷⁸. Não há dever de afirmar, impugnar especificamente, provar, mas, sim, simples ônus. Os ônus assumem relevância em todo o curso do processo, não só em matéria de provas⁷⁹, e constituem-se como a sua “principal mola propulsora”⁸⁰. Como ônus se qualificam a maior parte das

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 167.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982, p. 178.

⁷⁴ ABDON, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 237; *Idem*; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 168; GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982, p. 178.

⁷⁵ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 87; GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2009, p. 17 e 174; *Idem*. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 65.

⁷⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 65.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 166; GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982, p. 182; PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no Novo Código de Processo Civil. *O novo Código de Processo Civil: questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251, p. 233.

⁷⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 65.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013, p. 421.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 167.

situações subjetivas das partes⁸¹. Os ônus são mecanismos típicos do liberalismo processual, tornando a parte responsável pela sua sorte no processo⁸². Os ônus indutivos, alternativos ou atos de obtenção atuam na formação do convencimento do julgador, ao passo que os ônus causativos ou determinantes operam efeitos por si próprios⁸³. James Goldschmidt denomina estas mesmas categorias de ônus como menos perfeitos, por se produzirem *arbítrio iudicis*, e perfeitos, com efeitos *ipso iure* ou *officio iudicis*⁸⁴. Os ônus dividem-se, ainda, em absolutos, caso sua inobservância gere a consequência desfavorável ou prive o litigante da situação vantajosa, e relativos, se tornam improvável a vantagem ou provável o prejuízo⁸⁵. As sujeições aludem à necessidade de respeito a um comando⁸⁶. Apesar da ausência de hierarquia entre os sujeitos processuais, cada um desempenha a sua função e cabe ao juiz o controle da relação processual, por meio de decisões cogentes, as quais as partes devem se submeter, para que se desenrole de forma válida, regular e proba⁸⁷.

O exame das situações jurídico-processuais faz concluir que, ressalvados alguns deveres e sujeições previstos pelo legislador, as partes têm liberdade no seu exercício. Podem exercer, ou não, suas faculdades, poderes e ônus, suportando as consequências de seu comportamento. Em linha de princípio, portanto, a parte não tem obrigação de adotar uma ação ou omissão. Os deveres que lhe são impostos respeitam ao imperativo de boa-fé nas suas condutas processuais e de não atentar contra a administração da justiça. As sujeições correspondem à submissão aos efeitos das decisões judiciais. Não se identifica, pois, um dever de cooperar, sobretudo por um litigante com o outro.

⁸¹ TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013, p. 421-422.

⁸² CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950, p. 46.

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 237.

⁸⁴ *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 77; *Idem. Direito processual civil*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2009, p. 174.

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 237.

⁸⁶ ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 66; CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 287; GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982, p. 178.

⁸⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-154, p. 137.

1.4 Os poderes-deveres do juiz

O juiz também é detentor de situações jurídico-processuais. No exercício da função jurisdicional, tem a si cominados poderes-deveres. De um lado, a sua atuação gera alteração na esfera de direitos e obrigações dos litigantes. De outro, deve, necessariamente, agir conforme o imposto pela ordem jurídica⁸⁸. Os poderes-deveres judiciais não são “conferidos para a defesa de interesses seus, ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes”⁸⁹. Desde “quando a própria realização da justiça passou a ser vista como um dever e não um favor ou graça, sendo objeto de solene promessa constitucional (acesso à justiça), os poderes desse sujeito processual não são puros poderes, mas poderes-deveres”⁹⁰. Assim também o fenômeno é visto em Portugal, onde expressões “como ‘o juiz profere’, ‘providenciar por’, ‘determinar’, ‘o juiz convida’, ‘incumbe ao juiz convidar’, traduzindo claros poderes de gestão processual, são reputadas como de caráter vinculado e obrigatório”⁹¹.

Os poderes cominados ao julgador decorrentes do exercício da jurisdição diferenciam-se daqueles atribuídos às partes. Ao passo que estes têm previsão para seu exercício no interesse próprio dos litigantes, aqueles são conferidos ao juiz para atuar no interesse alheio⁹². A estipulação pelo legislador do conjunto de situações jurídico-processuais de sua titularidade objetiva à prestação jurisdicional adequada. Os seus poderes-deveres, portanto, são inerentes ao seu ofício e não obrigações estabelecidas em favor das

⁸⁸ “No processo e segundo a lei, o juiz é titular de situações jurídicas integradas na relação processual (complexa, continuativa) e é nos limites delas que o poder é por ele legitimamente exercido”. É “nesses poderes deveres, nessa autoridade sobre as partes (que nesses limites lhe estão sujeitas) que se legitimam os atos por ele praticados com vista ao ato final em preparação – e que é o provimento jurisdicional por excelência (no processo cognitivo, a sentença de mérito)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Institutos fundamentais do direito processual. Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 71-123, p. 104)

⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 294.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228-229.

⁹¹ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas. *Direito processual civil*, v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 206.

⁹² CARNELUTTI, Francesco. Dei rapporti giuridici processuali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XVII, p. 349-361, 1963, p. 357.

partes⁹³. Daí a imposição de seu exercício, tratando-se, pois, de corolário do dever genérico e global de decisão⁹⁴. Todavia, sua inobservância no caso concreto não desencadeia a incidência de sanção ao juiz, que atua a serviço da administração da justiça, sujeitando-se a controle pela via recursal.

O julgador não tem faculdades ou assume ônus processuais⁹⁵. Não ostenta, pois, liberdade no desempenho da função jurisdicional. Os seu poderes-deveres assumem caráter administrativo ou jurisdicional. Os poderes-deveres administrativos buscam assegurar a ordem e o decoro. Os poderes-deveres jurisdicionais são afetos à própria organização do curso do procedimento, instrução, decisão e execução⁹⁶. Validamente, a síntese dos poderes-deveres do Estado-juiz reside no “binômio dirigir e tutelar”⁹⁷.

O Código de Processo Civil de 2015 dotou o juiz de maior variedade de poderes-deveres no exercício da função jurisdicional. O seu “objetivo, contudo, não foi a criação de super juízes, mas sim a evolução da própria função estatal de solucionar de modo eficaz os conflitos sociais”⁹⁸. Acompanhou a tendência adotada em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros⁹⁹. O artigo 357, §3º, estipula que o julgador deve solicitar o esclarecimento dos fatos e debater com as partes as questões fáticas e jurídicas revestidas de complexidade. O artigo 139, inciso VIII, dispõe que, na necessidade da prestação de maiores

⁹³ LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 18. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 32.

⁹⁴ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 38.

⁹⁵ TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013, p. 421, nota 12.

⁹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 294.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 229.

⁹⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 208, p. 275-294, junho de 2012, p. 287.

⁹⁹ “Ao longo dos últimos anos, reformas processuais em vários países têm tratado de reforçar os poderes do juiz na direção do feito e na atividade de instrução. A idéia subjacente a essas reformas, ocioso ressaltar, é a de que o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energia. Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito. Há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 26, p. 197-210, 2004, p. 197).

esclarecimentos, deve determinar o comparecimento das partes para inquiri-las. O artigo 139, inciso IX, fixa como diretriz que se procure suprir a falta de pressupostos processuais e sanear outros vícios. Assim, segundo o artigo 352, verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, determinará sua correção em prazo nunca superior a trinta dias. O artigo 321 estabelece que deve indicar qual a causa que obsta o julgamento do mérito antes de extinguir o processo sem seu exame. O artigo 139, inciso VI, admite dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito¹⁰⁰. O artigo 139, inciso IV, impõe adotar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária¹⁰¹.

O artigo 139 do Código de Processo Civil disciplina outros poderes-deveres ao julgador. Deve assegurar a igualdade entre as partes, o que exige ser interpretado em consonância ao artigo 7º, pelo qual é “assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (inciso I). Deve velar pela rápida duração do processo, o que vem ao encontro do imperativo retratado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e no artigo 6º do diploma processual (inciso II). Deve combater condutas que incorram em litigância de má-fé ou sejam atentatórias à dignidade da justiça (inciso III). Deve buscar a autocomposição, o que se liga ao artigo 3º, §3º (inciso IV). Deve instar à tutela coletiva (inciso X). Tem, ainda, poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais (inciso VII).

Em especial no diploma processual vigente, foi afirmado o poder-dever do juiz de exigir das partes os esclarecimentos que reputar necessários acerca de suas alegações e dar-lhes esclarecimentos devidos para o exercício de suas situações jurídico-

¹⁰⁰ Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já se assinalava que pela flexibilidade procedimental judicial, “inexistente procedimento legal adequado para a tutela do direito ou da parte, compete ao juiz proceder a adaptação, ainda que, para isso, tenha que se afastar do regime normativo. A experiência prática tem moldado todas estas situações, entre elas a inversão da ordem de produção de provas em audiência, inúmeras hipóteses de fungibilidade procedimental, utilização de procedimento diverso do legal e abstratamente previsto, variantes no procedimento recursal, flexibilização de prazos e do rígido regime preclusivo” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 248).

¹⁰¹ O tema é desenvolvido no item 8.5.

processuais. Mantiveram-se os poderes-deveres instrutórios que detinha para a solução das questões controvertidas, atuando conjuntamente com os litigantes. Acentuou-se o dever de direção material do processo, a que deve se desincumbir em contraditório, prevenindo nulidades e alcançando uma decisão justa e equa¹⁰². Muniu-o com maior número de medidas como apoio à efetividade da tutela jurisdicional, com vistas a conferir ao titular do direito não apenas seu reconhecimento, mas sua concreta satisfação.

Cabe, ainda, ao juiz o poder-dever de zelar pelo custeio dos atos do processo¹⁰³, em especial pelo correto recolhimento da taxa judiciária¹⁰⁴. Como o valor atribuído à causa consubstancia-se em base de cálculo para a incidência tributária¹⁰⁵, de modo a transcender aos interesses das partes, impõe-se ao julgador sua correção, de ofício (artigo 292, §3º). O controle do valor da causa pelo juiz pode ocorrer em qualquer fase de procedimento, inclusive em grau recursal, não se sujeitando ao fenômeno da preclusão¹⁰⁶. A propósito, à mingua de previsão legal no Código de Processo Civil de 1973, a jurisprudência

¹⁰² “A direção material do processo é uma forma de ativismo processual. O juiz não assiste o desenrolar do processo como um árbitro assiste um jogo de futebol. O juiz participa do processo e busca, da melhor maneira possível, fazer com que as partes obtenham aquilo que elas próprias se dispuseram a obter mediante o processo. O juiz que dirige materialmente o processo não permite que alegações de fato feitas pelas partes fiquem sem prova; não permite que provas relevantes juntadas ao processo fiquem sem discussão; não permite que as partes deixem de lado importantes aspectos jurídicos da controvérsia; não permite que matérias que podem ser conhecidas de ofício fiquem sem discussão”. É, portanto, “um dever judicial de respeitar, fazer respeitar e fomentar a utilização dos direitos processuais pelas partes” (DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 176 e 238)

¹⁰³ Na linguagem empregada pelo legislador, as despesas são gênero do qual as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha são espécies. Da espécie custas dos atos do processo são, entre outras, subespécies a taxa judiciária, os gastos com as publicações de editais, postagens de cartas, intimações e ofícios, os honorários de peritos, avaliadores, depositários, administradores, intérpretes e tradutores, a comissão de leiloeiros, o preparo e o porte de remessa e retorno nos recursos (MENDES, Anderson Cortez. Comentários REsp 1.566.168. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, p. 195-204, agosto de 2017, p. 200).

¹⁰⁴ O funcionamento do Poder Judiciário não prescinde do aporte de recursos, os quais derivam de duas origens: dotação na lei orçamentária anual e taxa judiciária. Na primeira hipótese, o custeio recai sobre toda a sociedade, uma vez que os recursos provêm dos tributos pagos, especificamente dos impostos. Na segunda hipótese, o custo pela utilização do aparato jurisdicional é suportado pela parte sucumbente, em que pese, no início do processo, o pagamento da taxa recaía, sempre, sobre o autor. Assim, é evidente sua função, para além de garantir a qualidade da prestação jurisdicional, de punir o sucumbente que se recusa a, voluntariamente, cumprir uma obrigação legal ou contratual. Portanto, não é razoável que o custo do processo seja imposto a toda sociedade, exceto quando existente fundamento relevante para tanto, quando outorgada a gratuidade de Justiça (artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal e artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil).

¹⁰⁵ No Estado de São Paulo, a disciplina da taxa judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense é feita pela Lei Estadual n. 11.608/03.

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 377.

já havia pacificado o entendimento segundo o qual era passível de retificação pelo julgador, sem provocação das partes¹⁰⁷.

O fortalecimento dos poderes-deveres judiciais é fenômeno decorrente do esmorecimento da ideia de processo como negócio exclusivo das partes frente ao imperativo de administração da justiça como incumbência estatal¹⁰⁸. Validamente, se “o Estado delega a aplicação do direito ao juiz, como seu representante, este não pode admitir passivamente o abuso do meio pelo mais hábil”¹⁰⁹. O julgador deve atuar não só para alcançar uma decisão legítima e justa, com participação dos litigantes na formação de seu convencimento, mas também com o objetivo de que o processo não se prolongue mais do que o necessário.

O incremento da atuação do juiz no processo não implica redução do exercício de suas situações jurídico-processuais pelos litigantes¹¹⁰. Estes continuam titulares de idênticos poderes e faculdades, os quais, no entanto, não mais se constituem em seu monopólio, mas são exercidos em conjunto com os poderes-deveres do julgador¹¹¹. Este sempre deve conduzir o processo, buscando o equilíbrio entre os demais sujeitos processuais e assegurando para que atuem em paridade de armas¹¹². Sem embargo, quanto mais completa a obra processual construída pelas partes, menor a necessidade de intervenção do juiz¹¹³.

¹⁰⁷ STJ, REsp 753.147/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 03/10/2006.

¹⁰⁸ O atual estágio da ciência processual não se contenta com teorias privatistas como a da autorresponsabilidade das partes, propugnada por Emilio Betti, segundo a qual deveriam suportar os riscos das consequências desvantajosas da sua própria conduta deficiente ou incauta, adotando o julgador uma posição passiva de proferir o seu julgamento com base no material que foi produzido (*Diritto processuale civile italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 58-59).

¹⁰⁹ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 73.

¹¹⁰ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O novo Código de Processo Civil e o fortalecimento dos poderes judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 81-116, novembro de 2015, p. 92.

¹¹¹ FERNANDEZ, Elisabeth. Atenuação do princípio dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho, t. XLIX, p. 279-292, julho a dezembro de 2000, p. 283.

¹¹² “O litigante munido de maiores recursos, apto a contratar melhor advogado, goza desde logo de vantagem que desequilibra os pratos da famosa balança da Justiça”. Entretanto, “claro está que semelhante risco só impressionará quem atribua algum valor às noções de verdade e de justiça como ingredientes necessários da composição judicial dos litígios” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 26, p. 197-210, 2004, p. 207).

¹¹³ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 84.

Não se torna o processo civil autoritário com o reforço dos poderes-deveres do julgador. Basta que seu exercício seja subordinado ao contraditório¹¹⁴. Por meio do binômio conhecimento e possibilidade de manifestação, a participação dos litigantes é apta a controlar e limitar o exercício de suas situações subjetivas processuais pelo juiz¹¹⁵. Como consequência, deve se reconhecer a necessidade de governança judicial a transcender a “simples mudança de espírito do julgador perante a causa” e exigir “tanto a macroparticipação do Poder Judiciário no desenvolvimento de um processo civil democrático, quanto a microparticipação do Juiz e das partes para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva”¹¹⁶.

Enfim, como assinala Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no “quadro de derrocada do formalismo excessivo, que corresponde ao estágio atual, intensificam-se os poderes do juiz e ao mesmo tempo o das partes, o que significa maior diálogo e colaboração entre ambos”¹¹⁷. Na mesma esteira, anota José Rogério Cruz e Tucci que “a dilação dos poderes judiciais de direção e instrução deve ser sempre equacionada com as garantias constitucionais do processo (‘autoridade da lei’), a permitir que as partes possam participar – cooperando com o juiz, em constante contraditório – de todos os rumos que o procedimento venha a trilhar”¹¹⁸.

Os destinatários dos poderes-deveres do juiz são, primordialmente, as partes. Eventualmente, no entanto, terceiros podem ser alvo do seu exercício. Por exemplo, devem exhibir o documento ou coisa em seu poder de interesse do processo, sob pena de responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a

¹¹⁴ O “procedimento em contraditório como garantia fundamental também serve à própria atividade jurisdicional, seja na busca de uma decisão judicial que corresponda à verdade dos fatos, alcançada pelo contraditório, seja por ser extensão de uma sociedade democrática” (ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 45).

¹¹⁵ “Como todo ato de poder que interfere nos direitos e na vida dos componentes da sociedade, a atividade jurisdicional encontra limitação nos direitos individuais e no conjunto de garantias constitucionalmente asseguradas”. Desse modo, “há que se verificar se os interessados efetivamente tiveram a oportunidade para expor suas razões e defender seus interesses na tentativa de influenciar o sentido da decisão a ser tomada pelo agente jurisdicional” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. p. 66).

¹¹⁶ CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 19.

¹¹⁷ *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286.

¹¹⁸ *Contra o processo autoritário. O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282, p. 271.

efetivação da decisão (artigos 401 a 404). Devem, ainda, cumprir as decisões jurisdicionais e não criar embaraços à sua efetivação ou se sujeitarão à multa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis (artigo 77).

A análise da natureza e finalidade das situações jurídico-processuais do juiz dá conta de que devem – e não simplesmente podem – ser exercidas e voltam-se à consecução da prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável, de forma legítima e justa. O julgador não é auxiliar dos litigantes, que atuam no processo por meio dos seus advogados para alcançarem o bem da vida ou nova situação jurídica desejada¹¹⁹. Portanto, não há margem para colaboração com as partes, exceto se reputada como fomento ao exercício do contraditório, com o fim da melhor formação de seu convencimento para proferir a decisão sobre as pretensões que deduziram, exigência de boa-fé, a impedir o abuso do processo.

1.4.1 Discricionariedade judicial

O exame acerca da existência de discricionariedade judicial permite auxiliar a compreensão da existência, forma e do grau de imposição da colaboração do juiz com as partes. Se o julgador atua exercendo poderes-deveres e deve atuar, estritamente, segundo o prescrito na ordem jurídica, não tem aberta a possibilidade de cooperação com os litigantes, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

No senso comum, o vocábulo discricionariedade tem significado ambíguo, com seu emprego “ora para retratar a falta de restrições para a prática de um ato, ora para significar arbítrio e capricho do agente”¹²⁰. Em sentido técnico-jurídico, distingue-se discricionariedade e arbitrariedade. O agir arbitrário baseia-se em critérios subjetivos, o que a prestação do serviço jurisdicional no Estado Democrático de Direito não admite. De

¹¹⁹ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 304.

¹²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 354, p. 187-195, março a abril de 2001, p. 187.

fato, “na arbitrariedade, há agressão à ordem jurídica, enquanto na discricionariedade, há comportamento outorgado pela lei”¹²¹.

No direito processual civil, o debate acerca da existência de discricionariedade na atuação do juiz concerne à conclusão de que se, no exercício de seus poderes-deveres, teria escolha entre duas ou mais soluções ou deveria sempre adotar uma delas, que seria a correta. Nessa esteira, dizer que o juiz ostenta poder discricionário significa que “teria, em determinadas hipóteses, certa margem de liberdade ao decidir, circunstância que seria suficiente para que se assimilasse esta situação à discricionariedade fenômeno jurídico a que, de regra, dedicam atenção especial os administrativistas”¹²². O administrador entre duas opções igualmente válidas frente à lei pode escolher por uma ou outra¹²³. Assim, só há “discricionariedade quando a solução do caso é abandonada a critérios de oportunidade, próprios do aplicador”¹²⁴.

Por sua vez, ao juiz é defeso se pautar por critérios de conveniência e oportunidade, não lhe conferindo o ordenamento jurídico liberdade na condução do processo e decisão das pretensões das partes. Tem o dever de atuar, segundo prescreve a ordem jurídica. No ofício da judicatura, sempre há uma solução correta, conquanto o caminho exegético para alcançá-la seja tormentoso. Tanto assim é que o ordenamento jurídico prevê recursos para corrigir as decisões reputadas equivocadas, de modo que, pelo seu manejo, não se busca uma nova “opinião”, como se fossem ambas as decisões, a do

¹²¹ LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 274, dezembro de 2017, p. 79-97, p. 83.

¹²² ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. Limites à chamada “discricionariedade” judicial. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, outubro a dezembro de 1990, p. 157-166, p. 157; *Idem*. Existe a chamada “discricionariedade judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, abril a junho de 1993, p. 232-234, p. 232.

¹²³ Colhe-se, então, da doutrina do direito administrativo: “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. Atualização AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 114). Atos discricionários “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 380). Quando o poder da Administração é discricionário, “o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197)

¹²⁴ OLIVIERA ASCENSÃO, José de. *Direito civil: teoria geral*, v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150.

Juízo *a quo* e a do Juízo *ad quem*, possíveis”¹²⁵. Portanto, não há discricionariedade com a possibilidade de adoção de uma entre duas ou mais opções pelo magistrado. Já James Goldschmidt assinalava que o juiz há que atuar segundo os deveres de sua função e não segundo o seu simples arbítrio¹²⁶.

A construção do sentido da norma pelo julgador, na sua atividade hermenêutica, não configura discricionariedade¹²⁷. A integração do ordenamento jurídico é função do Poder Judiciário, que, nesta seara, atua legitimamente sem afrontar à separação de Poderes¹²⁸. Seus órgãos não criam leis, entretanto, não se limitam a declarar seu sentido. Atuam na interpretação dos textos legais pouco claros e na regulação de hipóteses não previstas pelo legislador, na ponderação entre princípios, bem como no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais¹²⁹, sempre segundo critérios extraídos do próprio ordenamento jurídico e à vista do caso concreto. Enfim, a operação de aplicação da lei pressupõe sua interpretação, com consideração das condições sociais, éticas e econômicas do momento, contudo, possui como limite o seu próprio conteúdo objetivo¹³⁰. Mesmo “dignidade humana, proporcionalidade e razoabilidade devem ocupar papel de destaque nas considerações do juiz moderno, mas não podem servir de pretexto para corriqueira afronta a lei positiva, posto que tais vetores, de nítida similaridade, são muito genéricos e devem, por isto, continuar a desempenhar papel de critério de solução apenas para casos ‘excepcionais’, sob pena de se espraiair ilegítima arbitrariedade judicial”¹³¹.

¹²⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. Existe a chamada “discricionariedade judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, abril a junho de 1993, p. 232-234, p. 233.

¹²⁶ *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 50.

¹²⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. Limites à chamada “discricionariedade” judicial. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, outubro a dezembro de 1990, p. 157-166, p. 163; *Idem*. Existe a chamada “discricionariedade judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, abril a junho de 1993, p. 232-234, p. 233; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 354, p. 187-195, março a abril de 2001, p. 188.

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 233.

¹²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 354, p. 187-195, março a abril de 2001, p. 191-192; TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, julho a dezembro de 2014, p. 3; ZIEBARTH, Marco Antonio Batista de Moura. *Os poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 218.

¹³⁰ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 108.

¹³¹ PUOLI, José Carlos Baptista. O juiz, a aplicação do Direito e o novo CPC. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 131-136, maio de 2015, p. 134.

A discricionariedade somente é admitida em algumas poucas disposições no Código de Processo Civil, com “escolhas imotivadas permitidas ao juiz”¹³². A título de exemplo, nos procedimentos de jurisdição voluntária, permite-se que a decisão se esteie em critérios de conveniência e oportunidade (artigo 723, *caput*). Na outorga da tutela de urgência, pode ser exigida caução, “conforme o caso” (artigo 300, §1º)¹³³. Os editais podem ter seu prazo fixado entre vinte e sessenta dias (artigo 257, inciso III). Finda a instrução probatória em audiência, os debates orais de vinte minutos podem ser estendidos por mais dez, “a critério do juiz” (artigo 364, *caput*). Na oferta de resposta na ação rescisória, o prazo pode ser fixado entre quinze e trinta dias (artigo 970).

Todavia, na outorga das tutelas provisórias, na designação de audiência para tentativa de composição amigável, no julgamento conforme o estado do processo, na produção e valoração das provas, nos recursos, nas medidas executivas típicas e atípicas não há discricionariedade. O juiz deve se guiar pela solução imposta pela ordem jurídica, não podendo se pautar por razões de conveniência e oportunidade¹³⁴.

Ordinariamente, o juiz atua despido de discricionariedade no processo. Por conseguinte, não se pauta por critérios de conveniência e oportunidade, mas, sim, deve observar o modelo estatuído pelo legislador para prolação da decisão acerca do conflito posto concretamente ao seu crivo. Não se vislumbra, pois, margem para cooperar com as partes, segundo seu alvitre¹³⁵. Deve o juiz exercer, invariavelmente, seus poderes, dirigindo materialmente o processo para o seu desfecho no prazo mais exíguo possível e colhendo no caminho todos os informes necessários para a prolação de sua decisão final, com a outorga da tutela jurisdicional ao litigante que a ela faz jus.

¹³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 354, p. 187-195, março a abril de 2001, p. 188.

¹³³ STJ, REsp 140.386/RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 10/12/1997; REsp 136.350/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 19/11/1998.

¹³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 354, p. 187-195, março a abril de 2001, p. 188-189; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 208, p. 275-294, junho de 2012, p. 288-289; LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 274, dezembro de 2017, p. 79-97, p. 95; PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 155.

¹³⁵ “(...) o juiz não deve apenas ‘cooperar’ ou ‘colaborar’ com as partes; não se trata de liberalidade, de (‘boa’) vontade judicial, mas de correlação forçosa entre direitos-garantias das partes e deveres-poderes do juiz, escapando esses últimos a qualquer uso discricionário. Juiz decide e não escolhe” (STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 90, p. 339-354, abril a junho de 2015, p. 349).

1.4.2 O *case management* inglês

O processo civil inglês dotou o juiz de amplos poderes de gestão nas *rules* 1.4 e 3.1.2, buscando a diminuição de custos e a celeridade do desfecho do processo, com alicerce em três pilares: busca da composição amigável, efetividade processual e utilização racional dos recursos do Poder Judiciário¹³⁶. Para José Carlos Barbosa Moreira, a “visão de conjunto das regras procedimentais não deixa de impressionar pela amplitude da discricção concedida em qualquer caso ao órgão judicial no dirigir o itinerário do feito”¹³⁷. A gestão do processo impõe “às Cortes e às partes que considerem as demandas de outros litigantes, que igualmente pretendem acessar o Judiciário, e a limitação de recursos das Cortes”¹³⁸.

Até o advento das *Civil Procedure Rules*, de 1998, em vigor desde abril de 1999, os rumos do processo eram deixados nas mãos das partes na fase preparatória do julgamento (*pre-trial*)¹³⁹. Vigia o princípio adversarial ou do controle das partes, a quem cabia a instauração e a constituição do processo; a seleção da matéria de fato e da sua qualificação jurídica; o progresso da *pre-trial*; a produção e a admissão de provas na audiência de julgamento (*trial*)¹⁴⁰. Nessa linha de ideias, no caso *Air Canada versus Secretary of State for Trade*, a Casa dos Lordes havia proclamado que se a decisão estiver de acordo com as provas disponíveis e com a lei, a justiça terá sido razoavelmente feita¹⁴¹. Com a introdução do diploma processual no ordenamento jurídico, buscou-se “retirar dos litigantes (*rectius*: dos advogados) e transferir para o órgão judicial o controle do andamento

¹³⁶ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73-74.

¹³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 118, p. 75-88, novembro a dezembro de 2004, p. 4 (RT *on line*).

¹³⁸ ANDREWS, Neil. Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013, p. 5 (RT *on line*).

¹³⁹ CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda J; SORABJI, John; STÜRNER, Rolf; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo. *Civil Litigation in Comparative Context*. New York: New York University, 2017, p. 22.

¹⁴⁰ ANDREWS, Neil. *English civil procedure: a synopsis*. *Ritsumeikan University Law Review*. Kyoto: Faculdade de Direito da Universidade Ritsumeikan, n. 25, p. 25-61, 2008, p. 31.

¹⁴¹ 2 AC 394, CA, j. em 10 março de 1983.

do pleito”¹⁴², assim como sepultar a noção de que os juízes não devem procurar uma ‘verdade independente’¹⁴³.

O gerenciamento processual ativo imposto ao juiz inglês, segundo a *rule* 1.4.1.2, compreende: incentivar a cooperação entre as partes no curso do procedimento; identificar as questões relevantes em um estágio inicial, decidir a ordem de seu enfrentamento, fixar aquelas que precisam de dilação probatória e resolver as demais; ajudar as partes a resolver a totalidade ou parte do conflito, bem como encorajá-las, se apropriado, a empregar métodos adequados para a solucioná-lo e facilitar o seu uso, com a suspensão do processo; fixar cronogramas ou controlar o andamento do processo; ponderar com as partes se os prováveis benefícios de uma determinada etapa justificam os custos de sua realização; tratar do maior número possível de aspectos do caso que puder na mesma ocasião e sem exigir o comparecimento dos litigantes; utilizar de tecnologia; zelar para que o julgamento do caso ocorra com rapidez e eficiência.

Por sua vez, a *rule* 3.1.2 permite ao juiz: prorrogar ou reduzir prazos processuais, mesmo que o pedido de extensão seja feito após o seu término; adiar ou antecipar uma audiência; exigir o comparecimento pessoal da parte ou de seu representante legal; realizar uma audiência e produzir provas por telefone ou qualquer outro método de comunicação oral direta; ordenar à parte que qualquer pretensão, como a reconvenção, seja tratada como processo separado; suspender a totalidade ou parte do processo até uma data ou evento especificado; consolidar procedimentos; julgar duas ou mais pretensões em conjunto; estabelecer a ordem de solução de qualquer questão, inclusive que ocorra em separado, ou excluí-la da sua consideração; negar recurso contra a decisão sobre uma questão preliminar; controlar as custas; adotar qualquer outra etapa com o objetivo de gerenciar o processo e promover o seu escopo principal, inclusive ouvir uma avaliação neutra com o objetivo de ajudar as partes a resolver o caso.

Como se constata da *rule* 3.3.1, o exercício dos poderes pelo julgador realiza-se por sua própria iniciativa, somente exigindo provocação dos litigantes quando expressa em lei. Na linha das *rules* 3.4.2, “c” e 3.8.2, caso ocorra pela parte o

¹⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 118, p. 75-88, novembro a dezembro de 2004, p. 3 (RT *on line*).

¹⁴³ JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 397.

descumprimento de uma regra, orientação prática ou ordem judicial, pode ser sancionada com a eliminação parcial ou total de sua pretensão ou defesa, assim como ter exasperadas as suas despesas processuais.

Como aclararam Oscar G. Chase, Helen Hershkoff, Linda J. Silberman, John Sorabji, Rolf Stürner, Yasuhei Taniguchi, Vincenzo Varano, no sistema processual inglês vigente, o órgão julgador tem um feixe de diferentes poderes que lhe permite gerir os processos. O seu primeiro aspecto é estrutural e busca combinar a pretensão à forma de processo proporcional ao seu valor e complexidade. O seu segundo aspecto objetiva adequar o processo à pretensão individual, com a emissão de instruções ou ordens específicas. A gestão eficaz conta, ainda, com poderes para assegurar o cumprimento das decisões, com a imposição de consequências adversas à parte¹⁴⁴. Portanto, como assinala Neil Andrews, procedimentos “judiciais agora são conduzidos sob o olhar cuidadoso de juízes gerenciadores do processo. Juízes cíveis desempenham tarefas múltiplas. Seu papel não se limita mais a atuar no dia do julgamento (*trial*)”¹⁴⁵.

1.5 Contraditório

O direito ao contraditório tem informado os sistemas processuais ao longo da história. Como ensina Walther Jakob Habscheid, assume vestes de um “princípio do processo de valor eterno”, encarnando “2.000 anos de história judiciária e que não está ligado a um determinado sistema legal”¹⁴⁶. No mesmo diapasão, Othmar Jauernig assinala que o direito a ser ouvido é o “princípio processual mais importante e elemento irrenunciável de todo o ordenamento jurídico de Estado de direito”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ *Civil Litigation in Comparative Context*. New York: New York University, 2017, p 23-24.

¹⁴⁵ Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013, p. 9 (RT *on line*).

¹⁴⁶ As bases do direito processual civil (Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977). Tradução Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11-12, p. 117-145, julho a dezembro de 1978, p. 140.

¹⁴⁷ *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 167.

É um valor fundamental que se confunde com a própria ideia de devido processo legal. Permite a participação no curso do procedimento de todos cuja decisão tem aptidão de alterar a sua esfera jurídica. Em conformidade aos ensinamentos de Girolamo Monteleone, jurisdição, processo e contraditório são nada mais do que sinônimos, as várias faces ou projeções de um único fenômeno. Um processo jurisdicional que se desenvolva sem contraditório não existe. O contraditório não é um dos possíveis modelos organizativos do processo, que não poderia ser de modo diverso, mas é a célula de onde nasce todo o seu edifício. O contraditório pode em determinados casos se manifestar e organizar segundo esquemas formais diversos, mas não pode jamais faltar¹⁴⁸. Consiste, portanto, em “peça fundamental” do devido processo legal como “instrumento de garantia política, transcendendo, portanto, os aspectos processuais técnico-jurídicos”¹⁴⁹.

Emilio Betti anota que o contraditório tem um fundamento lógico e um fundamento prático. Como os direitos e obrigações objeto do processo possuem como substrato relações materiais que, em linha de princípio, envolvem mais de um indivíduo, é consequência lógica que o desenvolvimento do processo exija a participação de todos. Por sua vez, atuando todos os sujeitos da relação conflituosa no processo e tentando fazer valer suas pretensões, na prática, melhor formam o convencimento judicial para a prolação da decisão que visa a solucioná-la¹⁵⁰.

O contraditório se consubstancia, em sua essência, na garantia da parte de expor suas razões em condições de igualdade. Tem, pois, por principais funções garantir a participação dos litigantes no processo e limitar os poderes do Estado-juiz¹⁵¹. É, assim, condição essencial para o exercício pelo julgador de seus poderes-deveres, assegurando tratamento isonômico entre os litigantes¹⁵². A atribuição, portanto, das suas situações jurídico-processuais deve ser equitativa, com “com efetiva correspondência e

¹⁴⁸ *Manuale di diritto processuale civile*, v. I. 7. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 17.

¹⁴⁹ ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 41-56, p. 44.

¹⁵⁰ *Diritto processuale civile italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 87-89.

¹⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158-159; ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 41-56, p. 43-44.

¹⁵² MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 133; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Atualização Remo Caponi. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 192-193.

equivalência entre as posições contrapostas”¹⁵³. Vale-se o legislador da ideia de que o jogo dialético posto em vigor entre as partes, apoiado nos seus interesses contrapostos, é o melhor e mais fácil instrumento para o julgador colher o material necessário para a prolação de uma decisão justa¹⁵⁴.

A garantia do contraditório não se limita a atuar no momento inicial do processo, devendo realizar-se ao longo de todo o seu desenvolvimento¹⁵⁵. Como explica Eduardo Grasso, o diálogo confere à *res iudicium deducta* uma forma expressiva e um significado frequentemente diverso da forma e do significado que exprimiam *in limite litis*: ambos tendem a mudar até o fim do processo. Sobretudo, o jogo alternado dos intervenientes exclui que um argumento ou um ponto de vista possa ser considerado definitivo, enquanto o jogo dure. Embora se possa duvidar que o diálogo irá garantir a conquista da verdade, é certo que serve para aproximar o processo de tal fim no momento da decisão, mediante a justaposição dos fatos e das diversas opiniões¹⁵⁶.

Compreende o direito a ter ciência dos atos processuais, em especial da demanda contra si deduzida, de forma adequada (informação), o direito à manifestação acerca do seu conteúdo, atuando na formação do convencimento jurisdicional (reação), e o direito de serem levadas em consideração as suas alegações quando proferida a decisão (influência)¹⁵⁷. A leitura conjunta dos direitos de ação e de defesa permite concluir que demandante e demandado têm o direito de ser informado dos atos do processo, de se manifestar sobre eles, articulando suas alegações, bem como de produzir a prova correspondente¹⁵⁸. Ora, partindo-se “da constatação de que o conhecimento humano é limitado e, sobretudo, tomando em conta a falibilidade do raciocínio do juiz, é absolutamente

¹⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, p. 178-184, novembro de 1993, p. 178.

¹⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950, p. 26; VERDE, Giuseppe. *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 98-99.

¹⁵⁵ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Atualização Remo Caponi. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 193.

¹⁵⁶ La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 588.

¹⁵⁷ STF, MS 24268, Relatora Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05/02/2004.

¹⁵⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42-44.

saudável que as partes contribuam para a formação do juízo, quanto mais porque elas – e não o juiz – são as verdadeiras interessadas”¹⁵⁹.

O contraditório deve ser exercido pelas partes e provocado pelo juiz. Envolve, pois, o direito de saber e o dever de comunicar¹⁶⁰. Sua observância é imperativa, não comportando afastamento¹⁶¹. Definitivamente, o fomento do contraditório tornou-se “um verdadeiro poder-dever”¹⁶². Vai além de “um simples ‘ouvir falar’”. O tribunal deve, na realidade, escutar e estar disposto a ter em conta as exposições feitas ao ensejo da decisão”¹⁶³. Não deve ser visto “como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência”¹⁶⁴. Tem ínsita a necessidade fundamental de coparticipação ativa dos litigantes no desenvolvimento do processo, devendo ser assegurado, em condição de paridade, uma adequada possibilidade de influir, com cada iniciativa permitida, do tipo postulatorio, argumentativo ou postulatorio, sobre a formação do convencimento do juiz¹⁶⁵.

Diante desse quadro, não só os litigantes, mas também o julgador são seus sujeitos, impondo-se o contraditório, sobretudo, no exercício dos seus poderes-deveres de direção material do processo, de instrução e de diálogo¹⁶⁶. A atuação ativa do juiz na promoção do contraditório deve visar ao equilíbrio entre partes, assegurando paridade no

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 64.

¹⁶⁰ BRUS, Florence. *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l’Adour, 2014, p. 71.

¹⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Contraddittorio. Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile, v. IV*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1989, p. 1-30, p. 24; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 173-191, julho a setembro de 1981, p. 9 (RT *on line*).

¹⁶² ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 56.

¹⁶³ HABSCHIED, Walther Jakob. As bases do direito processual civil (Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977). Tradução Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11-12, p. 117-145, julho a dezembro de 1978, p. 141.

¹⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 168, p. 107-141, fevereiro de 2009, p. 109.

¹⁶⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Contraddittorio. Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile, v. IV*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1989, p. 1-30, p. 3.

¹⁶⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 102, p. 62-74, 2011, p. 72.

exercício de suas situações jurídico-processuais¹⁶⁷. Ao proferir sua decisão, o julgador somente pode tomar em conta alegações e provas sobre as quais as partes tiveram oportunidade de se manifestar, assim como não pode deixar de considerar os fundamentos que levantaram e têm aptidão para formar o seu convencimento¹⁶⁸. Não obstante cognoscível de ofício a questão, deve ser submetida ao prévio debate pelos litigantes. Enfim, deve ser assegurada a participação efetiva no processo das partes, em condições de igualdade, influenciando na produção e formação do juízo sobre todos os elementos fáticos, probatórios e jurídicos¹⁶⁹.

Constata-se que ao longo do desenvolvimento da ciência processual o contraditório deixou de ser mera garantia formal de cientificação e possibilidade de manifestação para se tornar exigência de participação dos litigantes no processo em posição dialética ao julgador. Para Piero Calamandrei, a dialeticidade é um princípio fundamental do processo, correspondendo à concatenação lógica que reconecta cada um dos seus atos, aquele que o procede e aquele que o segue, em um nexos psicológico pelo qual cada ato que uma parte pratica no momento adequado se constitui uma premissa e um estímulo para o ato que o adversário poderá praticar imediatamente depois¹⁷⁰.

Nesse mesmo diapasão, Eduardo Grasso acentua que o contraditório, na lei processual italiana então vigente, tinha por função assegurar, de maneira absolutamente formal, o equilíbrio de forças em confronto. As partes se mantinham com suas condutas irredutíveis e antitéticas que assumiam no plano do direito material. O encontro de forças seria como uma competição, na qual se alteram as variadas táticas dos antagonistas, cujo sucesso é confiado somente à sua habilidade e astúcia. O contraditório seria o meio que permite descobrir os planos do adversário, neutralizar suas ações e lucrar com seus erros. Entretanto, ao contrário, o contraditório deveria ser traduzido como diálogo, pelo qual as partes, por se encontrar em posições contrapostas e mantendo cada uma sua

¹⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual - garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39, p. 29; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O novo Código de Processo Civil e o fortalecimento dos poderes judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 81-116, novembro de 2015, p. 90.

¹⁶⁸ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 168.

¹⁶⁹ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 127.

¹⁷⁰ Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950, p. 27.

liberdade de ação, devam ser subordinadas a regras apropriadas para oferecer ao juiz elementos para a prolação da sua decisão¹⁷¹.

Na sua concepção atual, pois, o contraditório não desencadeia, em favor das partes, exclusivamente, um feixe de situações jurídico-processuais estáticas. Exige do juiz que as concite ao seu exercício, dialeticamente, com a colheita de material para a formação de seu convencimento, melhorando a qualidade da prestação jurisdicional, bem como que decida, fundamentadamente, os requerimentos formulados e evite a prolação de julgamento surpresa de questões¹⁷². É um poder-dever que deve voltar-se a fazer impulsionar a marcha do processo sob o viés dialético e a conter o arbítrio¹⁷³. O contraditório, portanto, deve ser exercido de forma dinâmica, não como mera garantia formal, propiciando a participação de todos os sujeitos processuais na construção da decisão¹⁷⁴.

O desrespeito ao contraditório gera nulidade, cerceando a parte da possibilidade de manifestar-se para a formação do convencimento judicial em seu favor. Deve-lhe ser outorgada a possibilidade de manifestação concreta sobre cada nova alegação do adversário ou questão cognoscível de ofício que lhe cause prejuízo. Evidentemente, caso inexistente prejuízo ou o desfecho do processo tenha sido favorável àquele que teve tolhido o exercício do contraditório, não há mácula na relação processual, afastando a sua invalidade¹⁷⁵. Em que pese não ter podido ter ciência e contrapor-se no momento adequado, a tutela jurisdicional foi outorgada em seu favor, com a obtenção do bem da vida ou nova situação jurídica almejada, tornando irrelevante a rediscussão dos atos processuais que a precederam. Basta para seu atendimento que o litigante tenha oportunidade de manifestação

¹⁷¹ La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 592-593.

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

¹⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159; ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 41-56, p. 56.

¹⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 168, p. 107-141, fevereiro de 2009, p. 140.

¹⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 478.

segundo as regras do procedimento, embora na forma escrita, não se exigindo que seja colhida sua oitiva oral¹⁷⁶.

No nosso ordenamento, o contraditório é elevado ao *status* de garantia constitucional. Dispõe o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Logo, o legislador ordinário deve construir os procedimentos de forma a permitir a participação dialética e equitativa das partes, com paridade entre suas situações jurídico-processuais. Em que pese não admitir sua eliminação, o contraditório, no entanto, pode ser diferido ou eventual. A prática dos atos que lhe são inerentes pode ser relegada a um momento posterior à prolação do provimento jurisdicional. A parte não necessariamente deve exercê-los para validade e legitimação do processo, bastando sejam postos à sua disposição¹⁷⁷.

Nessa ordem de ideias, o contraditório, não é uma regra absoluta, comportando relativização, com sua limitação em procedimentos de cognição sumária e diferimento em tutelas provisórias e execuções¹⁷⁸. Nesses casos, deve haver a ponderação de sua garantia com outros valores constitucionais, em especial a efetividade da tutela jurisdicional¹⁷⁹. Na hipótese em que o seu completo e prévio exercício obstar a outorga do bem da vida ou da nova situação jurídica, é lícito que o legislador ordinário, sem afronta aos ditames constitucionais, venha postergá-lo no tempo ou relegá-lo a instauração de um novo processo.

Por outro giro, sem embargo da exigência de que seja garantido e fomentado pelo julgador, o contraditório contenta-se com possibilidade do seu exercício. O réu deve ser citado para se integrar ao processo e responder à demanda contra si formulada. Cada litigante deve ser devidamente cientificado do ato praticado pelo outro para poder a

¹⁷⁶ SCHWAB, Karl Heinz. Introdução ao direito processual civil alemão. Tradução José Manoel de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 55-61, julho a setembro de 1976, p. 5 (RT on line).

¹⁷⁷ O legislador não se contenta com a ausência de exercício do contraditório, nomeando curador especial em seu favor, pelo incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele; pelo réu revel preso; e pelo réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado (artigo 72).

¹⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165.

¹⁷⁹ BALENA. Giampiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I. 4. ed. Bari: Cacucci, 2015, p. 65.

ele, se o caso, contrapor-se. Não obstante, não há exigência de efetiva defesa ou manifestação pela parte, convivendo o contraditório com a sua contumácia. O que é imposto é a oportunidade de se valer dos meios processuais postos à sua disposição para influir no convencimento do juiz e ter a si outorgada a tutela jurisdicional.

O contraditório garante a participação dos litigantes no provimento final, conferindo-lhe legitimidade. Torna, então, o processo democrático¹⁸⁰ e quanto “mais amplo e completo for o debate, tanto mais se pode esperar que a sentença seja justa”¹⁸¹. A interação entre os sujeitos processuais em contraditório, nessa linha de ideias, confunde-se com o próprio ideal de cooperação, assumido como “fundamental ao acesso à ordem jurídica justa” e impositivo da “efetiva participação de todos os sujeitos no resultado do processo”¹⁸². Com efeito, “para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo, própria do procedimento em contraditório e de estrutura cooperatária, existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”¹⁸³. É, portanto, o “novo eixo do direito processual”¹⁸⁴.

A cooperação, na esfera processual, não vai além da ideia de contraditório, vista sob seus diversos ângulos¹⁸⁵, somada ao imperativo de agir as partes e o juiz de boa-fé nos atos que praticam no processo. O diálogo entre os sujeitos processuais,

¹⁸⁰ ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 41-56, p. 45.

¹⁸¹ RICCI, Edoardo Flavio. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode conhecer de ofício. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 495-499, p. 397.

¹⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual - garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39, p. 6 e 35. No mesmo sentido, ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 41-56, p. 52.

¹⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. P. 55.

¹⁸⁴ ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 41-56, p. 53.

¹⁸⁵ Em sentido análogo, DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 23, p. 217-231, 1968, p. 224-225; OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 68. Contra Edoardo Flavio Ricci, para quem a “busca de decisão mais justa mediante debate das partes e a solicitação do juiz como cooperação não dizem respeito ao contraditório como garantia” (Princípio do contraditório e questões que o juiz pode conhecer de ofício. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 495-499, p. 498).

amparado em narrativas com pretensão de veracidade, claras e completas, possibilita o adequado exercício de suas situações jurídico-processuais¹⁸⁶. Portanto, ao acolher a cooperação em seu artigo 6º, o Código de Processo Civil de 2015 veio a “dilatara a noção da garantia do contraditório” e impor que se “um litigante não tem de agir para coadjuvar a contraparte, tem, sim, de abster-se das resistências e embaraços maliciosos, fraudulentos. capazes de tumultuar e prolongar o desate do processo”¹⁸⁷. Busca-se com seu implemento alcançar maior legitimidade e qualidade ao produto do serviço jurisdicional prestado.

Não se pode exigir de uma parte que coopere com a outra. Litigam com o objetivo de se sagrarem vencedoras. O juiz é quem deve velar pelo método de solução de controvérsias que se constitui o processo e preocupar-se com o seu resultado. Por conseguinte, o que se denomina visão colaborativa do processo é o reconhecimento do juiz como sujeito do contraditório, devendo fomentá-lo entre as partes e dele participar, dialeticamente.

1.6 A boa-fé

Nas relações sociais, princípios éticos, sobretudo ligados aos valores lealdade e honestidade, não podem ser olvidados. Logo, os “sujeitos de uma relação jurídica devem agir segundo a boa-fé; devem pautar suas relações pela lealdade; não devem agir de modo deslealmente contraditório; não devem agir torpemente, etc. se infringirem as normas de dever-ser, sujeitam-se a consequências jurídicas desfavoráveis”¹⁸⁸. Nessa sede, insere-se o princípio da boa-fé objetiva. Segundo Nelson Rosenvald, “o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão”¹⁸⁹. É “uma

¹⁸⁶ KOCHEM, Ronaldo Luiz. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 251, p. 76-111, janeiro de 2016, p. 108-109.

¹⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 102, p. 62-74, 2011, p. 64.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 285.

¹⁸⁹ *Código Civil comentado*. Coordenação Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007, p. 314.

verdadeira regra de conduta, um padrão de comportamento leal, honesto, de colaboração, corolário da eticização das relações entre os indivíduos”¹⁹⁰.

Definitivamente, o “comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa-fé”¹⁹¹. Portanto, a boa-fé é uma cláusula geral, que estabelece regras objetivas de condutas, a que o legislador recorre na impossibilidade de previsão abstrata de todos os comportamentos¹⁹². Vem a exprimir “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”¹⁹³.

A boa-fé objetiva não se contrapõe à ideia de má-fé. Impõe um padrão de conduta no exercício de direitos e situações jurídico-processuais que prescinde da investigação sobre a culpa do agente na consecução do ato. É superada a antiga concepção, colhida, por exemplo, na obra de Georges Ripert, de que o direito “não tende de forma alguma a eliminar a investigação acerca da intenção”¹⁹⁴.

A “regra da conduta de boa-fé tem um conteúdo diversificado e aberto”, impondo aos sujeitos proporcionalidade no exercício de suas posições jurídicas, consideração do interesse alheio e coerência na forma de se comportar, bem como afastando condutas ímprobas em prejuízo alheio¹⁹⁵. Corresponde “à situação cultural, sendo permeável às grandes orientações sociais” e “tem como ponto de partida o próprio agente. Pergunta-se o que é correto esperar de um sujeito nas suas condições”¹⁹⁶. A boa-fé liga-se, igualmente, à necessidade de proteção da confiança¹⁹⁷. Aquele que é levado a confiar que o outro venha a

¹⁹⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. *Principais controvérsias no novo Código de Civil*. Coordenação GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55-72, p. 55.

¹⁹¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, 632.

¹⁹² OLIVIERA ASCENSÃO, José de. *Direito civil: teoria geral*, v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149-150.

¹⁹³ MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 125.

¹⁹⁴ *A regra moral nas obrigações*. Tradução Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 286.

¹⁹⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 445.

¹⁹⁶ OLIVIERA ASCENSÃO, José de. *Direito civil: teoria geral*, v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150.

¹⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.250.

adotar determinada conduta deve ter preservada a sua posição. O princípio da proteção da confiança deve ser extraído não somente do conjunto de normas que os regulam, mas também do comportamento, em concreto, dos seus sujeitos.

O princípio da boa-fé objetiva tem como âmbito de aplicação todo o direito¹⁹⁸, não se limitando ao domínio dos contratos, tampouco do direito privado. Incide “onde exista uma relação especial de vinculação entre duas ou mais pessoas”¹⁹⁹. Portanto, informa o direito processual, de modo que se “cada uma das partes pretende a decisão que mais a favoreça, não pode socorrer-se de todo e qualquer expediente para alcançar esta finalidade”²⁰⁰. O Código de Processo Civil de 2015 vem a abraçá-lo ao impor a todos que de qualquer forma participam do processo o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé (artigo 5º), o que abarca partes, juiz e terceiros que nele venham a intervir. Na lição de Neil Andrews, “a Justiça Civil deve ser hoje uma forma mais civilizada de contenda; os litigantes e seus advogados devem evitar táticas oportunistas e combativas; ao contrário, devem atuar no processo de maneira cooperativa”²⁰¹. Tomada a colaboração no sentido de atuação ética e leal ao longo do curso da marcha processual, a sua ideia confunde-se com a de boa-fé.

Com bem aponta Swarai Cervone de Oliveira, o “embate dialético, exercido de maneira leal, leva a uma decisão justa, baseada em um procedimento legítimo. Isso não significa, de maneira alguma, que qualquer das partes deva abrir mão de seu interesse, por conta de uma equivocada ideia de colaboração”²⁰². Evidentemente, não olvida o legislador o interesse egoístico dos litigantes de buscar o bem da vida ou nova situação jurídica que almejam. Todavia, exige que sua atuação no instrumento que lhes coloca à disposição respeite normas de conduta caras ao extrato social, sobretudo cômico da intermediação de suas postulações por advogado, cuja função é alçada à condição de

¹⁹⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 125; PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 186-190.

¹⁹⁹ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11.

²⁰⁰ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 144.

²⁰¹ Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013, p. 2 (RT on line).

²⁰² OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 95.

essencial à administração da justiça (artigo 133 da Constituição Federal)²⁰³. Em arremate, afirma Piero Calamandrei que o processo não é apenas ciência do direito processual, não é apenas técnica de sua aplicação prática, mas é também a leal observância das regras do jogo, com fidelidade aos cânones não escritos do correto exercício da profissão²⁰⁴.

1.7 Abuso de situações jurídico-processuais e aplicação de sanções às partes

Ao exercer sua função, o Estado-juiz não pode se contentar em simplesmente outorgar a tutela jurisdicional a uma das partes. Deve objetivar conferir o bem da vida ou a situação jurídica em disputa a quem a ele faz jus. O processo que constitui no seu instrumento, portanto, não pode ser empregado de forma abusiva, com a utilização pelas partes de meios ilegítimos para alcançar o acolhimento de suas pretensões. É, então, consequência lógica do interesse público na escorreita administração da justiça a atribuição ao juiz de poderes-deveres com a finalidade de coibir o abuso pelos litigantes das situações jurídico-processuais que detêm²⁰⁵. Obviamente, não se trata “de exigir que a parte ofereça ao adversário armas para que triunfe, mas, sim, obstar que, *maliciosamente*, use de meios que fraudem a função jurisdicional”²⁰⁶.

Proscreeve o legislador os abusos do direito de demandar e do direito de defender-se, assim como todas as práticas desleais adotadas no curso do processo. Ampara-se nos interesses das partes na correção no julgamento do conjunto de suas

²⁰³ No direito inglês, os “representantes legais são auxiliares da Corte; e, portanto, sua responsabilidade primordial é o interesse da Justiça, antes dos interesses de seu cliente” (ANDREWS, Neil. Relações entre a Corte e as partes na era do case management. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013, p. 2 (RT *on line*)).

²⁰⁴ Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950, p. 31.

²⁰⁵ “Estado e partes conjugam esforços no processo para solucionar o litígio. Enquanto as partes defendem interesses privados, ou particulares, o órgão judicial procura um objetivo maior, que é o da pacificação social, mediante a justa composição do litígio e a prevalência do império da ordem jurídica. Há, por isso mesmo, relevante interesse público no processo, que não pode ser considerado como atividade privada, e que, assim, inegavelmente se filia ao direito público. O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio. Daí a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos sob os princípios da boa fé e da lealdade das partes e do juiz” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 173-191, julho a setembro de 1981, p. 11 (RT *on line*)).

²⁰⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 16, n. 61, p. 189-220, janeiro a março de 1979, p. 192.

demandas e do aparato estatal no alcance da justa, efetiva e célere prestação jurisdicional²⁰⁷. O acesso à justiça e a ampla defesa não são garantias constitucionais absolutas, merecendo ponderação à luz de outros valores de igual estatura. Já dizia José Olímpio de Castro Filho que se conciliam “perfeitamente a tese da responsabilidade por lide temerária (pretensão infundada, manifestada em juízo), com o princípio de que a todos é lícito usar dos meios de judiciais (ação), mesmo sem ter razão”²⁰⁸.

O ato abusivo não se identifica com o ato ilegal. O exercício de suas situações jurídico-processuais pelo litigante adequa-se ao modelo legal, contudo, desvia-se dos fins para o quais previstas²⁰⁹. No ato abusivo, “há direito, mas há também defeito no exercício”²¹⁰, ou seja, “há uma aparência de exercício legítimo de um direito; mas, no fundo, a intenção é de lesar terceiro, deturpando-se, assim, aquele exercício”²¹¹. É repelida pelo ordenamento processual a consecução pelo litigante do ato processual de forma disfuncional. Exige-se, sobretudo, boa-fé na atuação do indivíduo no processo em consonância à norma permissiva²¹². Enfim, “o direito de praticar atos processuais (exceções, contraditas, recursos) e produzir prova não é absoluto”²¹³.

A aplicação das sanções processuais não é inibida pelo sucesso da parte na obtenção da tutela jurisdicional²¹⁴. Não obstante vencedora ao final do processo,

²⁰⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coordenação NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 873-904, p. 882; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Abuso dos direitos processuais*. Coordenação BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129, p. 128.

²⁰⁸ *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 40.

²⁰⁹ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 189; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Abuso dos direitos processuais*. Coordenação BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129, p. 111.

²¹⁰ OLIVIERA ASCENSÃO, José de. *Direito civil: teoria geral*, v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

²¹¹ LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 57-66, julho a setembro de 1980, p. 59.

²¹² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 901.

²¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-154, p. 141.

²¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. *Temas de direito processual*, 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16-35, p. 25; LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 57-66, julho a setembro de 1980, p. 62; *Idem*. O princípio da proibidade no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 16, n. 61, p. 189-220, janeiro a março de 1979, p. 204; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer.

pode vir a ser penalizada pelos atos praticados de modo improbo no seu curso. O exercício abusivo das situações jurídicas subjetivas “pode manifestar-se no *conteúdo* das alegações feitas por uma das partes litigantes ou na *forma* por meio da qual esta atua no processo, pessoalmente ou por seu procurador”²¹⁵. Ao tratar do abuso de direito no processo, José de Oliveira Ascensão distingue atos “chicaneiros” e “emulativos”. Nos primeiros, não há interesse na sua prática. Nos segundos, objetiva-se prejudicar outrem. Em ambos, quebra-se a regra da boa-fé objetiva²¹⁶.

As condutas das partes contrárias à boa-fé e à dignidade da Justiça são sancionadas. Prevendo a falibilidade da tentativa de estabelecer as condutas repelidas em tipos estritos, o legislador, sob a égide da boa-fé como norma de conduta, empregou conceitos indeterminados, a exigir o seu preenchimento pelo julgador no caso concreto²¹⁷. Os atos atentatórios à dignidade da justiça têm regulação no artigo 77. De seu turno, as condutas reputadas em litigância de má-fé são arroladas no artigo 80. Os dispositivos descrevem ações e omissões fundando-se no princípio da probidade do qual decorre o dever de lealdade²¹⁸. A violação do dever de operar lealmente é, pois, a matriz natural da responsabilidade por dano processual²¹⁹.

A imputação da responsabilidade é sempre feita à parte, em nome do qual o ato atentatório à dignidade da justiça ou em litigância de má-fé é praticado. O mandante apenado processualmente ou obrigado a indenizar, no entanto, tem direito de regresso contra o seu mandatário, caso este tenha atuado culposamente no abuso do processo ou excedendo os seus poderes (artigo 667, *caput*, do Código Civil e artigo 17 da Lei n.

Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Coordenação NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 873-904, p. 892; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Abuso dos direitos processuais.* Coordenação BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129, p. 101.

²¹⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.* Coordenação NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 873-904, p. 874.

²¹⁶ *Direito civil: teoria geral*, v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219 e 224.

²¹⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 186-187.

²¹⁸ ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67; LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, v. 16, n. 61, p. 189-220, janeiro a março de 1979, p. 204.

²¹⁹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale.* Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 601.

8.906/94)²²⁰. Respondem, igualmente, por eventual abuso todos os outros que intervierem ou de qualquer forma participarem no processo (artigos 77, *caput*, e 79, *caput*).

A punição do comportamento desleal comporta atuação de ofício do juiz, não exigindo requerimento da parte adversa que por ele é prejudicada (artigos 77, §2º, e 81, *caput*)²²¹. O abuso incorrido pela parte no processo não prejudica só seu adversário, mas também o Estado, o que o autoriza à sua repressão²²². Se não resultar dos elementos constantes dos autos, o interessado na aplicação da sanção processual deve comprová-lo, uma vez que não admite presunção²²³. A apuração dos prejuízos não exige ação autônoma, atendendo ao princípio da economia processual, o que torna mais fácil a reparação do dano à parte lesada e permite que a matéria seja apreciada pelo órgão perante o qual se deu o comportamento incorreto, com normalmente melhores condições para tanto²²⁴.

Validamente, de rigor a fiscalização pelo juiz da conduta das partes no bojo do processo, conferindo-lhe o ordenamento jurídico sanções processuais correspondentes aos variados comportamentos repelidos, por desleais ou ímprobos. Na lição de Humberto Theodoro Júnior, “para coibir a má fé e velar pela lealdade processual, o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil”, agindo “por conta própria, independentemente de provocação da parte prejudicada. O que está em jogo, na hipótese, mais do que o interesse do litigante, é a lisura do processo e o prestígio da Justiça”²²⁵.

²²⁰ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 37 e 150.

²²¹ CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 285; LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 57-66, julho a setembro de 1980, p. 62; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coordenação NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 873-904, p. 893; PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 191.

²²² CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 32-33 e 178.

²²³ LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 57-66, julho a setembro de 1980, p. 63-64.

²²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. *Temas de direito processual*, 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16-35, p. 30.

²²⁵ Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 173-191, julho a setembro de 1981, p. 11 (RT *on line*).

A multa incide em desfavor da parte mesmo que não tenha gerado sua conduta desleal prejuízo ao seu adversário. A sanção por ato atentatório à dignidade da justiça destina-se ao Estado (artigo 77, §3º). A pena por litigância de má-fé é devida ao outro litigante (artigo 96). Reputou o legislador que, no primeiro caso, viola-se com maior intensidade o interesse estatal de escorreita administração da justiça e, no segundo caso, o interesse privado das partes. Do abuso do processo, porém, sempre resulta dano à administração da justiça, de modo que mais adequado seria a destinação do montante da sanção processual, sempre, ao aparato estatal. Enfim, “o processo não deve ser meio de enriquecimento dos litigantes”²²⁶. Nas hipóteses em que prejudicada uma das partes pelo ato em litigância de má-fé, as suas perdas e danos devem ser indenizadas em acréscimo à multa aplicada por aquela que o praticou (artigo 81, *caput*).

A despeito da necessidade de se reprimi-lo, o exercício de situações jurídico-processuais deve ser considerado abusivo tão-somente quando a prática do ato se distancia de sua finalidade, tendo por objetivo prejudicar o adversário ou a administração da justiça. Ora, se a parte faz uso do poder ou da faculdade que lhe é conferido, cumpre o seu ônus ou o seu dever, submete-se a sujeição que lhe é imposta, em regra, age de forma lícita e em consonância à boa-fé. A aplicação das sanções por abuso do processo, portanto, é residual, com seu destino a situações particulares e anormais, devendo-se repelir a “moda” de sua invocação como cláusula de estilo, invariavelmente, nos atos de postulação pelos litigantes, tanto quanto o seu emprego pelo juiz como válvula de desafogo do sistema²²⁷. Com efeito, o abuso do processo deve ser coibido, todavia, a atuação do juiz não pode impedir o exercício legítimo pela parte de suas situações jurídico-processuais com vistas à tutela de seu direito. Assim, a “pretexto de reprimir o abuso, o processo não deve se transformar em instrumento de iniquidade”²²⁸.

1.8 Conclusão parcial

²²⁶ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 198.

²²⁷ FORNACIARI, Michele. L'abuso dell'abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. 72, n. 6, p. 1.456-1.474, 2017, p. 1.457.

²²⁸ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 215.

1. Autor e o réu são sujeitos parciais que atuam no processo para a obtenção da tutela jurisdicional, ordinariamente, em seu favor. Ao menos nos processos de jurisdição contenciosa, a contraposição entre seus interesses é inerente à ideia de partes. Agem no processo com parcialidade para fazer valer um direito que afirmam próprio. O escopo dos litigantes não se identifica com o escopo do Estado-juiz de escorreita administração da justiça. Para que o alcancem, não lhes pode ser exigido mais do que se conduzam no processo nos limites estabelecidos pelo legislador. Logo, a cooperação não pode ser imposta entre as partes.

2. O juiz exerce sua função no processo, com a atribuição de zelar pela sua regularidade e cuidar de proferir uma decisão justa e em prazo razoável. É o seu sujeito imparcial. Ordena os atos procedimentais, colhe os elementos para a formação do seu convencimento e julga o conjunto das pretensões exercidas pelos litigantes. Deve assegurar a participação no processo dos sujeitos parciais, em paridade de armas, e que se comportem com lealdade. Assim, torna o instrumento de exercício do poder jurisdicional legítimo. Todavia, não lhe cabe cooperar com o sucesso da pretensão de qualquer das partes. O que se pode lhe exigir limita-se a garantir que o processo alcance seu adequado desfecho e a fomentar do contraditório, com a colheita dos elementos necessários à prolação da sua decisão sobre o mérito.

3. As partes atuam no processo segundo o arcabouço de situações jurídico-processuais construído pelo legislador. Detêm um feixe de faculdades, poderes, deveres, ônus e sujeições. Excetuados alguns deveres e sujeições, dos quais não podem se afastar, sob pena de configurar ilicitude sua conduta, agem com liberdade e suportam os consequentes efeitos cominados pela lei pela prática, ou não, do ato. Em regra, pois, no processo, os litigantes não têm uma obrigação de ação ou omissão. Os deveres que lhe são exigidos decorrem da necessidade de boa-fé e de não atentar contra a administração da justiça. Não se identifica, portanto, um dever de cooperar, em especial de um litigante com o outro.

4. O julgador tem conferidas, igualmente, situações jurídico-processuais, na forma de poderes-deveres. Em consequência, necessariamente, deve proceder em conformidade aos ditames legais. Atua no interesse da administração da justiça com vistas a alcançar uma prestação jurisdicional legítima, justa e em prazo razoável. Entretanto, não tem o dever de

colaborar com os litigantes, exceto se compreendido o fenômeno como ampliação da sua participação, em contraditório, ao longo de todo trâmite processual.

5. O juiz não se guia no ofício jurisdicional por critérios de conveniência e oportunidade. Não lhe outorga o ordenamento jurídico liberdade na condução do processo e na decisão das pretensões das partes. O julgador decide e não escolhe. Em consequência, não se identifica margem para cooperar com as partes, segundo sua vontade.

6. O contraditório consiste na garantia de participação, em posição dialética, das partes ao longo de todo o processo. É condição essencial para o exercício pelo juiz de seus poderes-deveres, assegurando entre elas tratamento isonômico e possibilitando a colheita dos elementos para sua decisão. Deve ser exercido pelos litigantes e provocado pelo julgador. O fomento do contraditório, pois, é um poder-dever do juiz, que deve não só possibilitar a informação e manifestação oportuna das partes, mas também tomar em conta o material que venham a produzir para a formação do seu convencimento. A interação entre os sujeitos processuais em contraditório é correspondente ao que se reputa cooperação, tornando-se imprescindível sua amplificação para o alcance de uma prestação jurisdicional mais legítima e justa. Em verdade, pois, o que se defende como cooperação no processo civil é o reconhecimento do julgador como sujeito do contraditório, com obrigação de impulsioná-lo entre as partes e dele participar, dialeticamente.

7. O princípio da boa-fé objetiva informa o sistema processual civil. É de observância imperativa por todos os sujeitos processuais e terceiros que venham a intervir no processo. Sobretudo, é defeso às partes empregar meios ilegítimos para fazer valer suas pretensões. Para coibir o uso abusivo de suas situações jurídico-processuais, é conferido ao juiz poderes-deveres para impor a atuação leal e proba no curso da marcha processual. A atuação do julgador na prevenção e repressão da litigância de má-fé e da prática de atos atentatórios da sua dignidade interessa à administração da justiça, de sorte a tornar prescindível a iniciativa dos litigantes.

2 OS MODELOS DE DISTRIBUIÇÃO DE TRABALHO ENTRE PARTES E JUIZ

A divisão de trabalho entre partes e juiz varia no tempo e nos variados ordenamentos jurídicos, ora assumindo maior protagonismo aquelas, ora fortalecida a atuação deste²²⁹. Se “o liberalismo clássico, de inspiração burguesa e capitalista, construiu um processo dominado pelas partes e caracterizado pela passividade do juiz”, por outro lado, “as várias ideologias não liberais, sejam elas de carácter autoritário ou de orientação democrática e social, conduziram a um processo submetido ou, pelo menos, participado pela atividade do juiz”²³⁰. Sem embargo, assume “a disciplina uma série de matizes e combinações, sendo raras - se alguma jamais existiu - as soluções ‘quimicamente puras’”²³¹. Os modelos adotados, em consequência, são dotados de relatividade histórica e dependentes de uma escolha de política judiciária.

Os pontos mais relevantes quanto à temática são a iniciativa de instauração, assim como a delimitação do objeto do processo e do julgamento; o impulso processual; a introdução do material de fato e de direito a ser utilizado na prolação dos provimentos jurisdicionais; a extinção do processo por ato dispositivo²³². O problema pode ser visto sob dois enfoques. O primeiro ligado à propositura da demanda e à possibilidade de disposição do processo e do próprio direito material; enquanto o segundo referente à forma de desenvolvimento dos atos processuais²³³.

Os modelos de distribuição de trabalho entre juiz e partes têm sido classificados pela doutrina em três modalidades: dispositivo ou adversarial, inquisitivo ou

²²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44, p. 35.

²³⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abril a junho de 1997, p. 174.

²³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44, p. 35. No mesmo sentido, *Idem*. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003, p. 57; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 225.

²³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44, p. 35.

²³³ PUOLI, José Carlos de Oliveira. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 25.

não-adversarial e cooperativo. O critério que informa a classificação é de “predominância, não de exclusividade”²³⁴. Faz-se imperativo, pois, arrolar quais seriam as principais características de cada um. Entretanto, ressalve-se, secundando o alerta de José Rogério Cruz e Tucci, que a “utilidade em rotular determinado modelo processual de ‘liberal’ ou ‘autoritário’, ‘inquisitivo’ ou ‘dispositivo’” é relativa, com finalidade didática, já que “tais dicotomias não têm o condão de resolver os problemas reais que emergem da práxis forense”²³⁵.

2.1 Modelos dispositivo ou adversarial e inquisitivo ou não adversarial

Em linhas gerais, nos modelos dispositivos ou adversariais, o ordenamento processual confere às partes parcela dominante das tarefas a serem desempenhadas ao longo do processo²³⁶. Nos modelos inquisitivos ou não adversariais, avulta o papel dos órgãos de administração da justiça, sobretudo do juiz²³⁷. Nessa esteira,

²³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 19, n. 23, p. 115-125, janeiro a junho de 2003, p. 117.

²³⁵ Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC - Análise e proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 190, p. 257-269, dezembro de 2010, p. 2 (RT *on line*).

²³⁶ No sistema da *common law*, o modelo dispositivo obteve prestígio, porque “melhor se harmoniza com os valores fundamentais que moldaram a sociedade nas partes do mundo onde floresceu” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 19, n. 23, p. 115-125, janeiro a junho de 2003, p. 118). Na Itália, o Decreto legislativo n. 5, de 17 de janeiro de 2003 promulgado em cumprimento ao artigo 12 da Lei delegada n. 366, de 8 de outubro de 2001, que regulava o processo em matéria societária, deixava ao alvedrio das partes a fase de postulação, sem controle do juiz, que conhecia dos seus atos a partir da fase decisória, quando uma delas, presumida aquela que tinha maior interesse em uma decisão rápida, considerasse-o maduro. Com forte oposição da maioria dos estudiosos, da magistratura e de parte dos advogados, o diploma teve vida breve, com sua revogação pela Lei n. 69, de 18 de junho de 2009, com manutenção apenas das regras acerca da arbitragem nas controvérsias societárias (ARIETA, Giovanni; SANTIS, Francesco de; Montesano, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 6. ed. Padova: Cedam, 2016, p. 19-20).

²³⁷ Os antigos países socialistas adotaram modelo processual inquisitivo. Walther Jakob Habscheid aclara os seus alicerces. É “o princípio inquisitório que impera; o Ministério Público tem grandes possibilidades de intervenção num processo; pode mesmo agir como autor, se os interesses do Estado ou da Sociedade o exigirem. Encontramos, igualmente, uma participação no processo de representantes de organizações sociais e da coletividade de trabalhadores, os quais expõem ao tribunal seus pontos de vista, tendo em mira o assunto a decidir” (As bases do direito processual civil (Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977). Tradução Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11-12, p. 117-145, julho a dezembro de 1978, p. 119). Apesar de reconhecer essas características no processo soviético, Mark Arkadévich Gurvich nega sua natureza inquisitiva, sob o fundamento de que partes e terceiros não perderam o caráter de participantes no procedimento com plenos direitos e não se tornaram objetos de investigação (*Derecho procesal civil soviético*. Tradução Miguel Lubán. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1971, p. 51).

afirma-se “quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será”²³⁸.

Nessa ordem de ideias, alude Mirjan R. Damaska que, no século XX, os sistemas foram divididos em adversariais e não adversariais, nos quais os primeiros dependiam das partes para prosseguirem, ao passo que os segundos não. Nos sistemas adversariais, o processo segue como uma disputa entre dois adversários diante de um julgador passivo cuja principal tarefa é proferir seu veredito. Nos sistemas não adversariais, o processo estrutura-se como um inquérito oficial. Nos primeiros, os litigantes desincumbem-se da prática da maior parte dos atos processuais e as decisões são tomadas por jurados, amparados em provas colhidas oralmente. Nos segundos, predominam as atividades oficiais e as decisões são proferidas por ocupantes de carreiras judiciárias, segundo regras positivadas e embasadas em documentação oficial²³⁹.

No mesmo passo, Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo anotam que, nos modelos dispositivos, os poderes de *accertamento* dos fatos e de determinação das questões controvertidas são atribuídos, em via tendencialmente exclusiva, às partes. Nos modelos inquisitivos, os mesmos poderes são conferidos principalmente ao Ministério Público ou ao juiz. Este detém, igualmente, o poder-dever de dispor, de ofício, da postulação e admissão da produção de qualquer prova, deduzida ou não pelas partes, assim como não está vinculado à demanda e às suas alegações, podendo, de ofício, investigar fatos não alegados na busca da “verdade”²⁴⁰.

Em matéria de produção de provas, segundo José Carlos Barbosa Moreira, os “ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do

²³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 207-217, p. 208-209.

²³⁹ *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 2-4.

²⁴⁰ *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 225.

órgão judicial”²⁴¹. Por conseguinte, nesta sede, os primeiros têm caráter dispositivo e os segundos natureza inquisitiva. Abordando o tema no processo penal, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró aduz que, no “processo inquisitivo, a verdade é ambiciosamente concebida como uma ‘verdade objetiva’ ou ‘absoluta’”. Por sua vez, a “‘verdade’ no processo penal acusatório deve ser entendida como verdade de caráter aproximativo, inevitavelmente condicionada à falibilidade dos meios de reconstrução histórica, e que deve ser buscada respeitando as regras e garantias processuais”²⁴².

As denominações dispositivo e inquisitivo, porém, têm se sujeitado a críticas. A expressão “princípio dispositivo” é equívoca²⁴³. Alguns, identificam-no com o princípio da inércia jurisdicional ou da demanda²⁴⁴. Outros levantam a sua correspondência com o princípio da disponibilidade das provas²⁴⁵. Há, ainda, quem o diferencie do princípio da disponibilidade, atuando o princípio dispositivo, exclusivamente, no que toca à iniciativa probatória²⁴⁶. Como bem esclarece José Carlos Barbosa Moreira, a rigor, no entanto, a denominação princípio dispositivo melhor se adequa aos atos de disposição que as partes praticam no curso do processo²⁴⁷.

²⁴¹ O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003, p. 57.

²⁴² *Um modelo de epistemologia judiciária: o controle lógico e racional do juízo de fato no processo penal*. Tese de Titularidade. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 61.

²⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 88.

²⁴⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7; BARLETTA, Antonino. Extra e ultra petizione. *Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 54; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 184-185; FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 371; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 308; MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 631; OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 155.

²⁴⁵ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 121-122.

²⁴⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 64.

²⁴⁷ “Com efeito, afigura-se lógico referir à disponibilidade da relação litigiosa, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem dúvida aprecia a matéria pelo prisma da validade - verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível -, mas não pode pronunciar-se sobre o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes. Aí está, na verdade, fenômeno que faz sentido ligar a um princípio chamado ‘dispositivo’. Quanto aos outros que se costumam mencionar neste contexto, parece-nos altamente duvidosa, para dizer o menos, a propriedade da correlação” (O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44, p. 42-43).

Em conformidade ao escólio de Michele Taruffo, o termo inquisitivo é carregado de retórica e pode gerar confusão ou, no melhor dos casos, ser inútil. Nunca existiu e tampouco existe na atualidade modelo processual que se possa considerar verdadeiramente inquisitivo, sem que as partes tenham direitos e garantias e todo o processo seja conduzido de ofício pelo juiz²⁴⁸. Mesmo no que toca à instrução probatória no universo de *civil law*, como indica José Carlos Barbosa Moreira, nunca “é demais ressaltar a impropriedade da qualificação de ‘inquisitório’ para tipificar, com pretensão de generalidade, o modelo dominante nessa área em matéria de divisão do trabalho entre juiz e partes”²⁴⁹.

Prevaleceu no século XIX, resultado da desconfiança do liberalismo quanto à atividade estatal, o ideal de que, diante da natureza privada dos interesses em jogo, as partes eram donas do processo²⁵⁰. A este argumento lógico, acrescia-se “um de natureza ideal, ou seja, a doutrina escolástica da imperfeição do homem e da sua natureza corrupta; outro de natureza totalmente real: a periclitância da honradez e da independência jurisdicional nas lutas políticas e econômicas”²⁵¹. Cabia às partes zelar pela prática dos atos processuais, em conformidade ao seu interesse. O juiz, a bem de preservar sua imparcialidade, devia posicionar-se passivamente.

Ao longo do século XX, a atuação do juiz passou a ser mais valorizada, cedendo a visão do processo como coisa das partes frente ao imperativo de sua publicização²⁵². Tornou-se “fora de dúvida que o ‘princípio dispositivo’ precisa submeter-se a compressões para conviver com um modelo processual ‘socialmente orientado’”, sem prejuízo “daquilo que constitui o necessário reflexo, no processo, da normal disponibilidade

²⁴⁸ Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006, p. 250.

²⁴⁹ O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003, p. 62.

²⁵⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282, p. 273; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional*, v. I. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 262; MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 632.

²⁵¹ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 42-43.

²⁵² MONTERO AROCA, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 633; PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012, p. 274.

dos direitos subjetivos privados e da correlata autonomia dos respectivos titulares no resolver se eles devem ser ou não, em dado instante, exercitados, ou defendidos”²⁵³. Na mesma direção, concluiu-se que o “processo civil da atualidade caracteriza-se por uma posição mais forte do juiz no processo, por sua ‘ativização’. Ela não se relaciona apenas com a condução do processo, mas também com a colheita dos fundamentos de fato e com a assistência às partes na formulação de requerimentos e de afirmações de fatos”²⁵⁴. O grande marco na valorização da participação mais ativa do juiz no processo foi o Código de Processo Civil da Áustria, o qual se voltava a ordenar e acelerar o procedimento, bem como cuidar da efetiva igualdade dos litigantes”²⁵⁵.

Se as ordens jurídicas fundadas no liberalismo individualista preconizavam o processo como negócio das partes, o “Estado social de direito” intensificou a “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”²⁵⁶. A constitucionalização do processo, no entanto, polarizou os seus estudiosos. Surgiu, então, corrente denominada “revisonista”, que reputa autoritária a publicização do processo com a outorga ao juiz de poderes instrutórios e de controle da boa-fé na atuação dos litigantes²⁵⁷. A sua consagração, no entanto, incorreria em evidente retrocesso às conquistas da ciência processual, cujas estudos têm buscado conferir efetividade ao processo, por meio do exercício de um papel ativo pelo juiz, sem se descuidar dos direitos e garantias titularizados pelas partes.

²⁵³ 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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986, p. 62.

²⁵⁴ BAUR, Fritz. Transformações do processo civil. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, Vitória: Artes Gráficas, v. 7, p. 57-68, julho a setembro de 1976, p. 60.

²⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. *Processo, ideologia e sociedade*, v. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 311-377, p. 322.

²⁵⁶ 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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986, p. 59.

²⁵⁷ Para um panorama acerca do debate, os argumentos em favor do revisionismo podem ser colhidos em CIPRIANI, Franco. Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti. *Il Foro Italiano*. Roma: Società Editrice Il Foro Italiano, v. 125, p. 24-29, fevereiro de 2002, *passim*; MONTELEONE, Girolamo. Princípi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisonista”. *Scritti sul processo civile*, v. I. Roma: Aracne, 2012, p. 247-256, *passim*; ao passo que as críticas à posição são arroladas em PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012, *passim*.

O modelo dispositivo atribui às partes as principais tarefas processuais. O julgador preocupa-se com o controle da observância das regras legais, limitando-se a apreciar os seus requerimentos, com raras possibilidades de intervenção de ofício. Preocupa-se com a imparcialidade do juiz, cuja atuação é restrita pela lei²⁵⁸. Eventuais falhas na prestação jurisdicional são atribuídas aos próprios litigantes. Tem aptidão de provocar injustiça, prevalecendo o mais forte na defesa dos seus direitos. O modelo inquisitivo acentua os poderes do juiz. Na medida em que se tem assentada a função pública de resolver os conflitos, considera-se que se devem atribuir as iniciativas necessárias ao julgador para alcançar a máxima efetividade e justiça em seu exercício²⁵⁹. Há pouco espaço para a autonomia de vontades das partes na condução do processo. Tem como risco a arbitrariedade²⁶⁰. Contudo, a proeminência da atuação das partes ou do juiz não se liga à disponibilidade, ou não, do direito em jogo²⁶¹.

Os diplomas processuais não se ligam aos regimes políticos e, tampouco, há relação necessária entre regimes autoritários e a outorga de poderes aos juízes²⁶². A validade ou qualidade de uma norma depende do seu próprio conteúdo e alcance,

²⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Fundamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 15, p. 551-565, 1960, p. 564-565

²⁵⁹ PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012, p. 274.

²⁶⁰ Na visão de Juan Montero Aroca, o processo deve servir, basicamente, como um sistema de garantia do direito dos cidadãos, como meio jurídico para que as partes debatam em contraditório pleno e em condição de igualdade. A outorga de poderes ao juiz é a negação do princípio dispositivo. Assim, o processo civil deve seguir sendo um enredo que se desenvolve entre partes parciais, em contraditório e iguais com um terceiro imparcial” (La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 634-635, 652 e 668).

²⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44, p. 36-38; HABSCHEID, Walther Jakob. As bases do direito processual civil (Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977). Tradução Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11-12, p. 117-145, julho a dezembro de 1978, p. 126. Em sentido contrário, defende-se que “tem peso muito grande a natureza jurídico-substancial do próprio conflito, pois daí decorre o grau maior ou menor de disponibilidade e, pois, intensidade mais ou menos profunda dos ônus e das consequências de seu descumprimento” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238).

²⁶² “Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a tornar incompatível com o respeito às garantias democráticas”. Todavia, “convém pôr em evidência o equívoco fundamental da suposição de que governos autoritários costumam inclinar-se ao fortalecimento de juízes. Os poderes que eles se empenham em fortalecer são, geralmente, os do Executivo, não do Judiciário” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 26, p. 197-210, 2004, p. 198-199). Em sentido oposto,

mais do que da época em que foi redigida, da ideologia do seu autor ou da forma como aplicada na prática forense, de modo que podem existir códigos processuais de grande valor científico ou tecnicamente incorretos independentemente do caráter mais ou menos liberal ou social do regime político em que foram criados²⁶³. Embora a doutrina levante que, em certos momentos históricos, o fortalecimento da atuação judicial se produziu em um contexto político autoritário²⁶⁴, em outros tantos, diplomas processuais aclamados como liberais vieram à luz.

O Código de Processo Civil de 1939, obra do Estado Novo, foi tachado de autoritário “pela predominância do princípio inquisitivo sobre o dispositivo, da autoridade sobre a liberdade”²⁶⁵. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973, elaborado durante a ditadura militar, era visto como “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica”²⁶⁶. O Código de Processo Civil de 2015, gestado no mais longo período democrático brasileiro, ao mesmo tempo que conferiu ao juiz um número maior de poderes-deveres para que exercite no desempenho de seu mister, permitiu às partes celebrar negócios jurídico-processuais, dispondo sobre suas situações jurídico-processuais.

O processo apresenta uma constante tensão entre o público e o privado, a exigir sua conciliação²⁶⁷. Ao discipliná-lo, é inevitável que o legislador “parta do diverso ponto de equilíbrio que, em relação aos inúmeros nós do processo, se pretende

proclama-se que nos “regimes autoritários, a tendência é valorizar, na conduta processual, o princípio inquisitivo, pela maior soma de poderes que se atribui ao órgão estatal encarregado da solução do processo. Nos regimes liberais, a tendência é oposta, ou seja, valoriza-se o princípio dispositivo, justamente por ser o que assegura mais liberdade e autonomia aos cidadãos no manejo de seus direitos e interesses disponíveis” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 173-191, julho a setembro de 1981, p. 7 (RT *on line*)).

²⁶³ PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012, p. 277.

²⁶⁴ BARONA VILAR, Silvia. Líneas generales y principios configuradores de la LEC. *Revista de Derecho da Universitat de València*. Valência: Universitat de València. n. 1, novembro de 2002, p. 3.

²⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 54(2), p. 212-229, 1959, p. 220.

²⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 183, p. 165-194, maio de 2010, p. 182.

²⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 110; GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria geral do processo. *Processo em jornadas*. Coordenação LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29-32, p. 32.

alcançar para a composição deste eterno contraste”²⁶⁸. Os sistemas processuais organizam as atividades dos sujeitos processuais, ora com prevalência das partes, ora com predominância do juiz, porém sempre buscando sua harmonização. A regra de ouro, para tanto, é o fomento do contraditório e do dever de boa-fé ou, como se tem defendido, a adoção de um modelo cooperativo de processo. Como se buscará demonstrar, o modelo de distribuição de trabalho entre partes e juiz no ordenamento processual brasileiro vigente não se afastou desse imperativo.

2.2 Modelo cooperativo

A suposta inaptidão dos modelos dispositivo e inquisitivo para explicação da interrelação dos atos das partes e do juiz em alguns pontos do processo levou a doutrina a dar à luz a um terceiro modelo, o cooperativo. Assim, Eduardo Grasso afirma que se fazia menção, invariavelmente, ao binômio antitético do princípio dispositivo e do princípio inquisitivo, ao passo que a ideia de cooperação, em que pese antiga, não foi elevada à dignidade de um princípio autônomo, equidistante e de todo modo diverso tanto do critério entre a estrita neutralidade do juiz como do critério do juiz instrutor²⁶⁹. O modelo processual cooperativo resultaria “da superação histórica – e, pois, cultural – dos modelos de processo isonômico e de processo assimétrico”²⁷⁰.

Os sujeitos processuais, parciais e imparcial, atuariam em colaboração com vistas à obtenção de uma tutela jurisdicional legítima e justa. Os atos processuais avançariam de forma dialética, exercendo o julgador intenso debate com os litigantes. No processo cooperativo, propugna-se que “o papel ‘ativo’ do juiz deve ser, antes de tudo, aquele de um partícipe do diálogo processual”, voltando-se “não para limitar os poderes das partes, mas para assinalar os temas do debate conhecíveis de ofício (...) e para

²⁶⁸ PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália. Tradução de Myriam Filippis. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 23-42, 2001, p. 42.

²⁶⁹ La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 597.

²⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Processo justo, colaboração e ônus da prova*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 1, p. 67-77, janeiro a março de 2012, p. 69.

evitar decisões surpresas”²⁷¹. Para tanto, “procura-se estabelecer as bases para a construção de um processo em que a colaboração seja uma pauta de conduta constante – e não esporádica – no processo civil”²⁷². A cooperação concitaria as partes a auxiliar o célere desfecho do processo, bem como a evitar sobrecarga do aparato-estatal para além do imprescindível²⁷³.

Reconheceu-se que a assimetria na relação partes e juiz não concorre para a prestação jurisdicional justa e efetiva. Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o “ativismo judicial mostra-se hoje fundamental, mas é preciso temperá-lo com a atribuição de poderes também às partes, na perspectiva de mais estreita colaboração e diálogo entre os sujeitos processuais”. Logo, nem “o juiz ditador, nem o juiz escravo das partes” deve prevalecer, mas “sim o exercício da cidadania dentro do processo: colaboração das partes com o juiz, este igualmente ativo na investigação da verdade e da justiça. Em suma, o juiz, hoje, deve ser cooperativo”²⁷⁴. Segundo Eduardo Grasso, a cooperação pode ser alcançada mediante instrumentos idôneos a estimular e, dentro de certos limites, obrigar ao diálogo. Em um regime de organização colaborativa do processo, o juiz deve desenvolver o debate se colocando no nível das partes, cedendo a concepção tradicional triangular a uma perspectiva paralela. As atividades dos três sujeitos, na sua íntima substância, tendem a se identificar, resolvendo-se em uma única força operosa que penetra na matéria de busca da verdade²⁷⁵.

Já se disse que “o lema do processo ‘social’ não é o da contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da opressão destas por aquele; apenas pode ser o da colaboração entre um e outras”²⁷⁶. A “cooperação dos interessados (participação, cooperação comprometida com o interesse de cada um) é fator relevantíssimo para o aprimoramento da

²⁷¹ TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. Tradução Clayton Maranhão. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 65, p. 73-91, novembro de 1995, p. 89.

²⁷² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 19.

²⁷³ SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Tradução Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana, 2003, p. 22-23.

²⁷⁴ *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

²⁷⁵ La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 589 e 609.

²⁷⁶ 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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986, p. 64.

própria jurisdição como função pública, e, conseqüentemente, para a obtenção do acesso à ordem jurídica justa²⁷⁷. A cooperação ocorreria como imperativo de limitação dos poderes do juiz, tendo efetividade por meio do exercício do contraditório. O julgador não deixaria de ter a si outorgados uma série de poderes-deveres. Ao contrário, a ordem jurídica processual viria a lhe conferi-los em profusão, contudo, impõe que seu exercício se efetive com a participação das partes, por meio do contraditório.

Nessa linha de ideias, o artigo 6º preceitua que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. A colaboração seria um princípio que deve informar todo o processo civil. Sua qualificação como “princípio jurídico” estabelece “um estado de coisa que tem que ser promovido²⁷⁸. Faz-se necessário que seja abraçada pelo juiz, com a assunção da sua responsabilidade pelas decisões que profere²⁷⁹. Teria por fundamento “não só a participação, cuja expressão mais clara no âmbito do processo civil é o direito ao contraditório, mas também a necessidade de promoção da igualdade ao longo do processo civil²⁸⁰.”

Cediço, que, aliado à sua independência, a legitimidade do Poder Judiciário depende do diálogo e não com a anuência da população com decisões individuais²⁸¹. Como corolário do princípio da colaboração, é reconhecido o “diálogo como ferramenta essencial para a condução do processo²⁸². Definitivamente, a “instrumentalidade do processo não defende um juiz autoritário ou solipsista, mas sim um juiz que respeita o contraditório, o qual é pedra de toque da instrumentalidade. Juiz ativo não é sinônimo de juiz autoritário²⁸³.”

²⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 71-123, p. 110.

²⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

²⁷⁹ FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. *Um novo processo civil: estudos americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 105-120, p. 114.

²⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 103.

²⁸¹ FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. *Um novo processo civil: estudos americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 105-120, p. 115

²⁸² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

²⁸³ ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 55.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma série de novidades. Amplificou o contraditório, que deve ser visto sob três pontos: poder se manifestar, ter ciência de todos os atos do processo e dever de ser ouvido. Dotou o juiz de maior variedade de poderes, em especial de direção material do processo. Conclamou os sujeitos processuais à cooperação. Não obstante, os modelos processuais não são modificados instantaneamente pela simples alteração legislativa. O ideal de colaboração, aliás, já tinha guarida na doutrina pátria antes do advento do novo diploma processual. Contudo, é imprescindível a sua adequada compreensão.

O diploma processual não consagrou, no entanto, o modelo cooperativo com a criação uma verdadeira “comunidade de trabalho”. Surge na obra de Leo Rosenberg a noção de comunidade de trabalho entre partes e juiz na formação do material necessário ao julgamento das pretensões²⁸⁴. Como ensina Eduardo Grasso, os atos dos sujeitos processuais se combinam entre si, assumindo a característica de uma comunidade de trabalho pré-ordenada. Na série processual, em regra, não há atividade desenvolvida pelo juiz que não tenha como antecedente necessário, imediato ou remoto, na iniciativa de uma parte; nem pode o réu agir, de outra forma, que não vinculando suas iniciativas ao comportamento do autor ou a um provimento jurisdicional²⁸⁵. Assim, no “processo guiado pelo que se pode chamar de ideologia da colaboração, as partes e o juiz ficam em plano de igualdade, com intenso diálogo sobre os rumos do processo”²⁸⁶ e divisão “de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes”²⁸⁷.

Na comunidade de trabalho do processo, o juiz passaria a assumir posição simétrica às partes. O gerenciamento do processo seria compartilhado, devendo o julgador se despir dos seus poderes em prol do diálogo com os litigantes. Para Paulo Pimenta, “o princípio da cooperação assume particular importância na concepção moderna do processo civil, que passa a ser visto como uma comunidade de trabalho, assim se apelando ao contributo de todos os intervenientes processuais na realização dos fins do processo e

²⁸⁴ *Tratado de derecho procesal civil*, t. I. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 386.

²⁸⁵ La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 581-582.

²⁸⁶ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 81.

²⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Processo justo, colaboração e ônus da prova*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 1, p. 67-77, janeiro a março de 2012, p. 68.

responsabilizando-os pelos resultados obtidos”. A sua efetiva concretização “implica determinados deveres processuais (de cooperação), tanto para as partes e seus mandatários, como para o juiz, havendo todos de colaborar entre si”, para a obtenção “com brevidade e eficácia” da “justa composição do litígio”²⁸⁸. Segundo Marcelo Leite da Silva Mazzola, “em algumas situações de violação do dever de cooperação pelo julgador, o referido princípio pode ser invocado como ‘fundamento autônomo de impugnação’, já que a colaboração materializa argumento sólido, autossuficiente e independente”²⁸⁹.

Evidentemente, no Código de Processo Civil de 2015, houve a iniciativa de positivizar o dever de fomento ao contraditório e de se exigir o exercício das situações jurídico processuais pelas partes em consonância à boa-fé, o que, aliás, já era propugnado pela doutrina e acolhido, em certa medida, na jurisprudência. Não obstante, as partes – e seus advogados – continuam a atuar no processo para fazer valer suas pretensões e não para reduzir o tempo de tramitação do processo ou para alcançarem uma decisão mais legítima e justa em favor daquele que faz jus à tutela jurisdicional em seu favor. Esta tarefa é e sempre será do juiz. Os papéis dos sujeitos processuais não estão no mesmo plano e, sobretudo, não são exercidos com idêntica finalidade. Evidentemente, a constatação não outorga alvará para que o juiz atue arbitrariamente. O julgador deve sempre agir na busca de uma decisão justa, para a qual devem concorrer os litigantes, colaborando efetivamente com a formação de seu convencimento, mas sem deixar de procurar o bem da vida ou da nova situação jurídica pretendida.

Um processo verdadeiramente cooperativo exigiria que sua instauração ocorresse somente quando os supostos titulares dos direitos em disputa não conseguissem, por si, galgarem o consenso. No seu curso, atuassem, por seus advogados, com vistas a obterem sucesso, mas cômicos de que devem colaborar com a solução final, legítima e justa, embora em seu desfavor²⁹⁰.

²⁸⁸ *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 26.

²⁸⁹ *Cooperação e operosidade: a inobservância do dever de cooperação pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 227.

²⁹⁰ Analisando a questão sob o prisma do Código de Processo Civil Inglês, Neil Andrews pontua que era “ideia audaciosa - até mesmo absurda, há quem possa argumentar - a de que os advogados das partes devessem cooperar. Contudo, após a introdução das reformas Woolf em 1999, o antigo Senior Master Robert Turner verificou evidências dessa cooperação. Mas nem todos estavam preparados para cooperar. Foi difícil mudar a mentalidade de alguns advogados sêniores (...). Embora os advogados tenham se adaptado à expectativa judicial de que não mais deveriam perseguir os interesses de seus clientes de maneira inflexível e agressiva, os profissionais relatam que a natureza adversarial da lide subjacente mantém-se uma realidade diária. É verdade

O processo cooperativo e o princípio da colaboração não devem ser manejados em detrimento das situações jurídico-processuais das partes²⁹¹. Se um dos litigantes pode exercer uma faculdade ou um poder, bem como deve se desincumbir de um ônus, no prazo e na forma prevista na lei, não se pode admitir qualquer limitação que lhe seja imposta por suposta violação do dever de cooperação²⁹².

A concepção de comunidade de trabalho pode, no limite, ser compreendida como o exercício escorreito dos seus papéis na relação processual pelos entes privados e pela autoridade estatal. Não se pode exigir que um litigante colabore com o outro para a sua vitória. Nem compete ao juiz ajudar uma parte em desfavor da outra fora das atribuições que lhe são cominadas no modelo previsto pelo legislador para a sua atuação para a prestação da tutela jurisdicional.

Em verdade, o processo dito cooperativo e o seu consectário dever de colaboração implicam imposição mais robusta do contraditório, que não somente deve ser plenamente exercido pelas partes, mas também fomentado pelo juiz. Cabe-lhe, pois, ampliar o diálogo com as partes no transcurso da marcha do processo, possibilitando que influam na sua decisão final. Exigem, ainda, de todos os sujeitos processuais o exercício de suas situações jurídico-processuais em consonância à boa-fé.

que a correspondência entre partes rivais, que pode ser oportunamente vista pelo juiz, não mais é formulada nos agressivos termos que caracterizavam as relações entre adversários, previamente à edição das CPR. Porém, o tom mais suave e conciliatório das trocas de documentos sob o regime das CPR mascara uma intensa e acirrada batalha” (Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013, p. 3 (RT *on line*)).

²⁹¹ Na mesma direção trilha Rodrigo Ramina de Lucca, segundo o qual o “princípio cooperativo, por não ter nenhuma ligação semântica com diálogo ou simetria, permite as mais diversas deturpações doutrinárias e judiciais. Toda e qualquer arbitrariedade passa a ter guarida em um princípio de raízes autoritárias e com significado potencialmente ilimitado. Prova disso é que se fala em dever probatório das partes decorrente do dever de colaboração, subvertendo completamente o sistema de ônus do nosso sistema processual o qual inevitavelmente evoluirá para novos deveres casuísticos que as partes descobrirão apenas depois de sancionadas por seu descumprimento” (*Disponibilidade processual a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 142).

²⁹² Em sentido, aparentemente, diverso, Rafael Stefanini Auilo assenta que “com relação ao modelo cooperativo de processo civil, as partes são verdadeiras titulares do dever de cooperação” e assim “estão sujeitas a agirem de acordo com o que espera a Justiça, limitando-se a sua esfera de liberdade de atuação dentro da relação jurídico-processual”. Caso “descumpram esse amplo dever de colaboração intersubjetiva serão devidamente sancionados (...). A exceção, contudo, fica quanto ao direito probatório”, uma vez que “o imperativo de conduta não é destinado ao interesse alheio, mas ao interesse próprio” (*O modelo cooperativo de processo civil*. Salvador: JusPodvum, 2017, p. 152-153).

2.2.1 A cooperação no direito civil

A cooperação é cara ao direito civil. Ganha destaque na esfera contratual²⁹³. Denota “um agir conjunto, participação, apoio”²⁹⁴. O estudo da construção do seu significado nessa seara e a tentativa de sua assimilação por parte da doutrina processual pode contribuir para a conclusão acerca da validade de seu emprego no processo. Para a sua compreensão, necessária a definição de fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico e contrato.

Não são todos os fatos que assumem relevância jurídica. Fato jurídico é aquele apto a alterar a esfera de direitos e obrigações, contrapondo-se ao fato natural, que não modifica a órbita jurídica²⁹⁵. Nos fatos jurídicos, a ordem jurídica não leva em consideração a declaração de vontade para a produção de efeitos²⁹⁶. Diferenciam-se dos atos jurídicos em sentido amplo, em que a declaração de vontade é essencial²⁹⁷. Os atos jurídicos dividem-se em atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos, variando o grau da autonomia da vontade. Nos primeiros, há liberdade de celebração, com seus efeitos predeterminados pelo legislador; nos segundos, presente a liberdade de celebração e de estipulação²⁹⁸. Portanto, os negócios jurídicos são declarações de vontade, ou seja, manifestações volitivas proferidas dentro de certas circunstâncias negociais que lhe atribuem socialmente aptidão de produzir efeitos na órbita de direitos e obrigações, criando-os,

²⁹³ Segundo Emilio Betti, nas “relações de direito real, se resolve um problema de ‘atribuição’ de bens, e, nas obrigacionais, um problema de ‘cooperação’ ou, na hipótese de responsabilidade aquiliana, de ‘reparação’” (*Teoria geral das obrigações*. Tradução Francisco Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006, p. 30).

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 90, p. 339-354, abril a junho de 2015, p. 343.

²⁹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos. Planos da existência, validade e eficácia, e a questão da *querela nullitatis*. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 199, p. 107-143, 2008, p. 111.

²⁹⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

²⁹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos. Planos da existência, validade e eficácia, e a questão da *querela nullitatis*. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 199, p. 107-143, 2008, p. 112.

²⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 49; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar. Negócios jurídicos processuais unilaterais? *Negócios processuais*, t. II. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 111-136, p. 116; LEONEL, Ricardo de Barros. Fatos e atos jurídicos. Planos da existência, validade e eficácia, e a questão da *querela nullitatis*. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 199, p. 107-143, 2008, p. 112.

modificando-os ou extinguindo-os²⁹⁹. A vontade força motriz da criação de direitos e obrigações não é aquela simplesmente querida pelo indivíduo como fenômeno interno à sua psiquê, mas, sim, a sua manifestação ou declaração³⁰⁰.

Os contratos são modalidades de negócio jurídico. Caracterizam-se pela conjugação de declarações de vontade de dois ou mais sujeitos destinadas a dar origem a efeitos jurídicos, nos moldes das regras que estipulam³⁰¹. São, assim, negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais³⁰². Exigem convergência de declarações de vontades exercidas no mesmo plano, não bastando a mera integração de uma declaração por outra que se completam, como nas autorizações³⁰³. O contrato, então, tem em si ínsita a ideia de consenso³⁰⁴. A vontade constitui-se na mais importante fonte do direito obrigacional³⁰⁵. Tem por substrato a autonomia privada garantida aos contratantes, com o reconhecimento de que “o poder de autodeterminação e a liberdade contratual dos sujeitos constituem em si também

²⁹⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16-17.

³⁰⁰ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 93; OLIVIERA ASCENSÃO, José de. *Direito civil: teoria geral*, v. II. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

³⁰¹ Na lição de João de Matos Antunes Varela, diz-se “contrato o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses” (*Das obrigações em geral*, v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 212). Para Carlos Ferreira de Almeida, “define-se assim como o acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido” (*Contratos*, v. I. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 35). Segundo, Enzo Roppo, é “por regra, um acto, ou um negócio, bilateral. Isto é, para que exista um contrato é necessário, por regra, que existam pelo menos duas partes, e que cada uma delas exprima a sua vontade de sujeitar-se àquele determinado regulamento das recíprocas relações patrimoniais, que resulta do conjunto das cláusulas contratuais” (*O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73).

³⁰² GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização Humberto Theodoro Junior. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 4; OLIVIERA ASCENSÃO, José de. *Direito civil: teoria geral*, v. II. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

³⁰³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização Humberto Theodoro Junior. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16

³⁰⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 213; MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 648; POTHIER, Robert Joseph, *Tratado das Obrigações*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 30-31; RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, v. III. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 299.

³⁰⁵ A relação contratual, no entanto, não se amolda sempre à conjugação das declarações de vontade dos contratantes. A intervenção estatal, por vezes, restringe a ampla liberdade de contratar para correção de desequilíbrio, como ocorre na proteção legal conferida à categoria de indivíduos vulneráveis (por exemplo, consumidores) e no apoio conferido a grupos organizados (por exemplo sindicatos). Em outras situações, a atuação do Estado visa a direcionar seu conteúdo (dirigismo contratual). Nesses casos, a norma prevalece à vontade. Surgem figuras destoantes do conceito clássico do contrato como acordo de declarações de vontade, em que a lei altera as cláusulas contratuais ou impõe a contratação (GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização Humberto Theodoro Junior. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8). O fenômeno se acentua na sociedade moderna de relações massificadas. Atenua-se a rigidez do contrato, com a admissão da intervenção judicial para sua revisão, a fim de adequá-los a normas de caráter genente.

inquestionáveis valores materiais a respeitar”, justificando, pois, a sua vinculação³⁰⁶. Em todo o sistema de liberdades, com previsão constitucional da exploração privada da economia, está implícita a garantia da autonomia privada, que é condição indispensável para a sua existência³⁰⁷.

Nos contratos, portanto, os contratantes declaram suas vontades com finalidade comum, provocando a criação, modificação, transmissão ou extinção de direitos e obrigações. Se um indivíduo possui um bem e pretende aliená-lo, pode declarar a sua vontade amalgamada com aquela de outro que deseja adquirir-lo, mediante o pagamento do seu preço. Forma-se um contrato de compra e venda. Tendo por gênese o acordo das vontades declaradas, de se exigir que as partes contratantes colaborem para esmerada execução do contrato, no caso, assumindo o comprador a propriedade e posse do bem e o vencedor recebendo o montante pactuado.

Enfim, nos contratos, ordinariamente, os direitos e as correspondentes obrigações envolvidas entre os contratantes implicam prestações recíprocas, trazendo em si o imperativo de que um colabore com o outro. Estabelecem o seu programa contratual, a que devem se sujeitar e atuar para seu integral cumprimento. A colaboração, em sede de contratos, é positiva. Presente “uma expectativa do credor a respeito de uma conduta de cooperação do obrigado”, com o cumprimento da prestação que lhe cabe³⁰⁸. Não basta a simples abstenção da prática de atos pelo contratante voltados a frustrar a perfeita execução do contrato. A exigência de cooperação entre os sujeitos é geradora de confiança entre si, de modo que a sua quebra “tende a ser valorada como violação ou ruptura do direito próprio destas relações humanas”³⁰⁹.

Com efeito, as partes quando contratam devem atuar com vistas a que a execução das prestações a que se obrigaram se amolde às regras que para si estipularam. E não basta ao devedor da prestação realizá-la, por exemplo, com a entrega de uma coisa ou a prestação de um serviço. É necessário que cuide de que resulte no maior

³⁰⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 437.

³⁰⁷ OLIVIERA ASCENSÃO, José de. *Direito civil: teoria geral*, v. II. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

³⁰⁸ BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução Francisco Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006, p. 40.

³⁰⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

proveito possível ao seu credor. Aí está a ideia de colaboração, que exige do devedor levar a cabo “a competente prestação, conforme as circunstâncias, com todo um cotejo das prestações secundárias e de deveres acessórios”³¹⁰. Devem credor e devedor ajudar um ao “outro na execução do contrato”³¹¹. Mesmo nos direitos reais a cooperação está presente, impondo ao seu titular apenas “aproveitar a ‘sua’ coisa através de uma teia de colaborações com outras pessoas”, com a observância de “um conjunto de prestações secundárias, legais ou convencionais e, ainda, os inevitáveis deveres acessórios, requeridos pelo ordenamento”³¹².

Os deveres acessórios originados da colaboração são compostos de informação, esclarecimento, lealdade e confiança³¹³. Têm por substrato a boa-fé³¹⁴, que exige “que um contratante esteja compromissado com os objetivos do outro contratante; no entanto, ao perseguir os seus interesses pessoais, o contratante deverá fazê-lo de forma leal, abstendo-se da prática de atos que impeçam o co-contratante de alcançar as vantagens que o programa contratual, mutualmente estabelecido, lhe confere”³¹⁵. Os deveres acessórios não se confundem com a prestação principal. Ao passo que esta tem por objetivo “a satisfação do interesse do credor na prestação, aqueles promovem o interesse do credor na integralidade da própria prestação e, ainda, na intocabilidade dos seus interesses colaterais patrimoniais e esferas física e moral”³¹⁶. Nas relações complexas e diferenciadas da sociedade atual, o processo de cooperação entre os sujeitos fundado na confiança vem a ser institucionalizado por meio da positivação de deveres acessórios em normas jurídicas³¹⁷. Obrigam todas as

³¹⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil*, v. VI. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 365.

³¹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização Humberto Theodoro Junior. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42.

³¹² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil*, v. VI. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 366.

³¹³ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 270; GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização Humberto Theodoro Junior. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42; MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil*, v. VI. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 515.

³¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 433.

³¹⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-135, p. 130.

³¹⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil*, v. VI. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 511.

³¹⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

partes, são eficazes antes e após o cumprimento da prestação e tutelam terceiros³¹⁸. Comportam, assim, tutela específica e somente, subsidiariamente, indenização³¹⁹.

2.2.2 A cooperação no direito processual civil

A evolução do estudo impõe a compreensão do que a doutrina processual concebe como cooperação. A ideia de cooperação no processo civil não é nova. Já no processo civil soviético extraía-se do artigo 18 dos seus Princípios que os “esforços conjugados das partes e do tribunal permitem ao processo atingir o seu fim: pronunciar uma decisão legal e justa”³²⁰. Mais recentemente, ao lado da experiência portuguesa a ser examinada no item subsequente, o Código de Processo Civil Inglês teve “a finalidade de modificar a cultura litigiosa dos tribunais ingleses. Um dos objetivos das reformas era o de que o processo civil inglês passasse de um sistema antagonista para um modelo de cooperação entre litigantes e seus advogados”³²¹.

Reinhard Greger ensina que a cooperação teria por origem o princípio dispositivo, o que, no entanto, não seria pacífico na doutrina alemã. Sua importância foi destacada por vários juristas, no entanto, sua posição como princípio é, majoritariamente, negada. Defende, no entanto, que a cooperação “expressa que o processo liga os envolvidos (juiz e partes) em um relacionamento, cujo sentido e fim são o de alcançar o propósito processual, isto é, a afirmação e a execução do direito privado e a restauração da paz jurídica perturbada. Essa tarefa necessita de uma interação entre os envolvidos” e “requer particularmente uma condução processual do juiz orientada ao seu objetivo, que não pode ser autoritária, mas sim cooperativa”. Para o julgador, a cooperação significaria “que esse não tem de conduzir o processo passiva nem autoritariamente. Ele deve se comportar, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que possa alcançar o

³¹⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil*, v. VI. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 513.

³¹⁹ *Idem*. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 625-626. *Idem*. *Tratado de direito civil*, v. VI. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 513-514.

³²⁰ TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIAN V. *Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas*. Tradução Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978, p. 49.

³²¹ ANDREWS, Neil. Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013, p. 3 (RT *on line*).

propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível”. Para as partes, “não significa que elas devam oferecer o seu processo”, como íntimas companheiras – “essa seria uma utopia alienígena”, mas determinar que cada uma discuta e participe da “gestão adequada do processo pelo juiz”³²².

Eduardo Grasso anota que a doutrina usa a palavra “colaboração” e, com menor frequência, “cooperação” com natural referência a um determinado critério de organização das forças operantes ao longo do processo. O termo é adequado para indicar certa organização interna do processo; mas isto não gera outra ideia senão a da limitação, condicionamento, eventualmente recíproco, das atividades processuais e dos seus efeitos correspondentes. Entretanto, a ideia de colaboração deve ser, ao contrário, essencialmente positiva, sugerindo uma pluralidade de sujeitos operando contemporaneamente e em conjunto para alcançar um resultado comum, o qual não pode ser alcançado por um indivíduo sozinho. A combinação da atividade do autor, do réu e do juiz assume a estrutura ínsita ao conceito comum de colaboração. Objetivamente, cada um dos litigantes opera sobre os mesmos elementos de fato e de direito, contribuindo ao seu tratamento no laboratório processual, antes de ser submetido o seu resultado ao julgador na posição solitária de quem decide. Toda matéria processual antes da decisão submete-se aos efeitos das forças exercidas por todos os sujeitos processuais em concurso, nos limites das respectivas atribuições. O instrumento que torna possível esse encontro é o diálogo, a comunicação das ideias acerca dos elementos que qualquer um, com os próprios meios, ofereceu e pôde desenvolver no círculo processual³²³.

Giuseppe Verde prega a concepção do processo como *actus trium personarum*, com recurso à cooperação entre as partes e o juiz, postos sob o mesmo plano e todos colaborando com a busca da verdade e da justiça substancial. O processo passaria por uma profunda transformação, de instrumento de solução de conflitos e garantia da paz social para instrumento de justiça substancial por meio do emprego de mecanismos que permitam se não atingir, ao menos de se avizinhar da verdade. Seriam incrementados os poderes oficiosos do juiz e o contraditório se transformaria do poder das partes de condicionar com

³²² Cooperação como princípio processual. Ronaldo Luiz Kochem. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-134, abril de 2012, p. 124-126.

³²³ La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 584 e 586-587.

seus requerimentos a iniciativa judicial em poder de ser informadas e previamente se manifestar sobre o que o juiz possa decidir. Tudo pressuporia a mudança de mentalidade dos litigantes com a qual administram seus interesses em obséquio ao princípio segundo o qual devem ter um comportamento probo e leal³²⁴.

Carlos Alberto Alvaro Oliveira aponta que é necessária “a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”. Assim, o colóquio estimulado “deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”. A decisão final “só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio”. Deve se, então, estabelecer “o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa”³²⁵.

Daniel Mitidiero reconhece que a cooperação é um modelo de processo civil, que busca a organização dos papéis das partes e do juiz no processo, com divisão de forma equilibrada de suas tarefas. Afasta a jurisdição como polo metodológico, que passa a repousar no próprio processo, “concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional”. Consuma a superação histórica dos modelos dispositivo e inquisitivo. O “processo pautado pela cooperação é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade”, que empresta “relevo à boa-fé subjetiva”, mas também “exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz”. Este é “isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões”. A colaboração “também é um princípio jurídico”, impondo “um estado de coisas que tem que ser promovido”, fundado no “Estado Constitucional” e na “democracia contemporânea”³²⁶.

³²⁴ *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 99.

³²⁵ O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, p. 7-31, julho de 2006, p. 6 (RT *on line*).

³²⁶ Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 194, p. 55-68, abril de 2011, p. 57-58 e 60-61.

Em consonância ao entendimento de Fredie Souza Didier Junior, “o chamado princípio da cooperação” vem a orientar “o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo”, tornando-se um “participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”. Consequentemente, “deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso”. Exige encarar “o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio”. Portanto, é “princípio que informa e qualifica o contraditório”³²⁷.

Na visão de Lúcio Grassi de Gouveia, a cooperação é recíproca entre litigantes e julgador. As partes devem agir segundo a boa-fé. O juiz assume os deveres de esclarecer as dúvidas que tenha quanto às alegações e pedidos deduzidos, prevenir obstáculos ao julgamento do mérito, consultar as partes sobre questões sobre as quais não se manifestaram e auxiliá-las para remoção dos obstáculos ao exercício de suas situações jurídico-processuais. Envolve o “trabalho, em comum, em conjunto, de magistrados, mandatários judiciais e partes, visando à obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio”. Assim, o princípio da cooperação faz deixar o processo “de buscar a mera igualdade formal das partes, inspirada no *laissez faire, laissez passer*, com caráter essencialmente privatístico, com objetivo de alcance de uma verdade meramente formal e com caráter duelístico, para atingir um sistema de processo social, dirigido por um juiz ativo, responsável e assistencial, preocupado com a igualdade real e efetiva das partes que devem dispor de igualdade de armas, processo nitidamente com caráter publicístico e dialógico”. Acentua-se o “caráter dialógico do processo, relativizando-se a contraposição entre processo inquisitório e o processo dispositivo. As partes têm assim a oportunidade de participar de modo crítico e construtivo, de interferir diretamente no andamento do processo, participando da elaboração da decisão do tribunal”³²⁸.

³²⁷ Princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 127, p. 75-79, setembro de 2005, p. 76-77.

³²⁸ A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 172, p. 32-53, junho de 2009, p. 33-35 e 37-39.

Para Rafael Stefanini Auilo, o Código de Processo Civil de 2015 “foi pensado forte na concepção de que o modelo cooperativo de processo civil é aquele mais hábil a garantir o alcance dos escopos da jurisdição”, com a “adoção de medidas tendentes a impor um comportamento de colaboração entre os sujeitos do processo, para que seja obtida uma decisão em tempo razoável e ao mesmo tempo justa e efetiva”. Busca-se “uma condução do processo sem destaque a algum sujeito específico, cabendo ao juiz distanciar-se das partes somente no momento de proferir sua decisão”. O julgador deve ser colocado “no mesmo nível das partes no desenvolvimento do diálogo processual – afinal é impossível dialogar estando em patamar diverso”. Haveria “verdadeira participação democrática dos sujeitos em todo o arco do processo, sendo o juiz visto como uma figura de autoridade reguladora – dando o tom – e ao mesmo tempo como um parceiro indiferenciado ao lado das partes, formando uma verdadeira comunidade de trabalho (*arbeitsgemeinschaft*)”. Assim, o julgador “passa a fazer parte do contraditório”, devendo “dialogar e atuar de modo equilibrado” e afastando-se dos “sujeitos parciais do processo apenas quando chegado o momento de proferir alguma decisão”³²⁹.

Segundo Gustavo Henrichs Favero, a cooperação é um dever e não um ônus, um modelo e um princípio, “impondo um estado de coisas e comportamentos a serem promovidos”, que se revela “consentânea com as propostas democráticas de um processo de matriz constitucional”. Indicaria a presença de “uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e Estado-juiz em relação à formação do objeto litigioso/mérito (*Sammlung des Prozesstoff*) e resolução de incidentes, vez que a cooperação (*Kooperationsmaxima*) equilibra os princípios dispositivo (*Verhandlungmaxime*) e inquisitivo (*Untersuchungsmaxime*)”. A noção de colaboração entre as partes não levaria a uma “colaboração harmônica”, mas visaria a alcançar as finalidades do processo “de forma efetiva e democrática, sem autoritarismos e relações angulares”³³⁰.

Em sentido contrário, Othmar Jauernig assinala que a responsabilidade das partes deve ser vista com primazia no processo, não se admitindo sua substituição pelo chamado princípio da cooperação. Por sua vez, a expressão grupo de trabalho não tem significação, ao ser entendida como a existência de interligação entre os

³²⁹ *O modelo cooperativo de processo civil*. Salvador: JusPodvum, 2017, p. 50-51.

³³⁰ *Contraditório participativo*. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2019, p. 125-128.

sujeitos processuais; ou é enganosa, ao reputar a presença de harmonia entre os interesses das partes, vez que o processo reconhece o antagonismo e busca, justamente, resolvê-lo³³¹.

Andrea Proto Pisani assenta que o processo se funda em uma crise de cooperação originada da violação de uma obrigação de abstenção que se impõe a todos com a finalidade de consentir a um sujeito ou a uma coletividade a fruição de um bem da vida ou nova situação jurídica com base em um direito real ou pessoal. Efetiva-se pela privação de uma situação de vantagem pela posse ou detenção, pela imposição de óbices que limitam a satisfação ou pela prática de atos materiais com efeitos imediatos, mas suscetíveis de ser repetidos no tempo, que causam turbação, diminuição ou supressão do poder de gozo pertencente ao titular do direito. A crise de cooperação, ainda, decorre da violação de obrigações de dar uma *res*, de fazer correlatas a um direito real ou pessoal de fruição, de emanar uma declaração de vontade, de fazer ou não fazer dirigida a garantir o gozo de uma situação de liberdade e de pagar soma em dinheiro. Por fim, a crise de cooperação pode resultar, simplesmente, na mera contestação de um direito³³².

Paula Costa e Silva afirma que o princípio da cooperação não comporta “a virtualidade de transformar a parte real num tipo ideal de parte”. Este “pressupõe claramente um homem que, com maior isenção, possa apresentar a sua versão dos acontecimentos ao tribunal, pedindo apenas aquilo que a lei lhe permite e ajudando, tanto o tribunal como a parte contrária, na recolha de tudo quanto permita chegar ao resultado final justo”. Ou seja, a “parte que não visa persuadir, mas informar o tribunal, a parte que não age estrategicamente em função do resultado que melhor serve os seus interesses, mas que coopera sistematicamente com o tribunal e a parte contrária”. Se a parte ideal “existe, seguramente que não corresponde ao tipo de frequência”. A “parte processual, como tipicamente é, é alguém que vive o conflito de modo emocional e não de modo racional³³³.”

Lenio Luiz Streck, Lúcio Delfino, Rafael Giorgio Dalla Barba e Ziel Ferreira Lopes alertam que o artigo 6º sugere “numa primeira leitura, que a obtenção de decisões justas, efetivas e em tempo razoável (...) não seria propriamente direito dos cidadãos

³³¹ *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 148-149.

³³² *Lezioni di diritto processuale civile*. Atualização Remo Caponi. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 34-48.

³³³ *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 105.

brasileiros e estrangeiros residentes no país, mas também deveres a eles impostos”. Depositária o legislador, de forma sùtil, “sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional”. Se você “quer uma decisão justa, efetiva e tempestiva”, então, deverá cooperar com o juiz e, sobretudo, com a contraparte, e esperar igual cooperação de ambos”. A cooperação no Código de Processo Civil tentaria impor parte “e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social”, ou seja, “com um ‘canetaço’, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio”. O dispositivo, no entanto, “está desacoplado da realidade, pois espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões”. Não “é um princípio; não está dotada de densidade normativa” e sem “o caráter deontológico, o standard de não passa de elemento que ‘ornamenta’ e fornece ‘adereços’ à argumentação”³³⁴.

Com efeito, a necessidade do exercício da jurisdição e, portanto, do processo surge da existência de uma crise de cooperação. Ora, se os sujeitos não colaboraram entre si no plano material, consertando-se sobre seus direitos e obrigações, não se pode esperar que iniciado o processo, com os custos econômicos e, por vezes, emocionais envolvidos, venham a adotar conduta diversa. Mesmo quem o reconhece a validade de um princípio de cooperação alerta que a sua aplicação “requer intenso suporte pelas Cortes, sob pena de se transformar em simples ‘piedade processual’, desprovida de qualquer significado”³³⁵.

Definitivamente, em regra, as partes e o juiz atuam no processo para o alcance de uma decisão final que venha a resolver a controvérsia. Autor e réu, no entanto, buscam soluções diversas para o conflito havido. Se houvesse consenso, operariam a transação de seus direitos e obrigações, evitando as despesas inerentes ao processo. Em alguns casos, autor e, em especial, o réu podem não ter interesse na busca de uma decisão definitiva de mérito. Podem atuar com o objetivo de distender o desfecho do processo para

³³⁴ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 90, p. 339-354, abril a junho de 2015, p. 340-341 e 345.

³³⁵ ANDREWS, Neil. Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013, p. 4 (RT *on line*).

compelir a parte contrária a um acordo em situação mais desvantajosa ou, simplesmente, obstar a satisfação do seu direito. Então, dentre desse quadro, cooperação entre os litigantes não existe.

2.2.2.1 A cooperação no direito processual civil português

O Código de Processo Civil Português de 1961, com a reforma introduzida pelo Decreto-lei n. 329-A, de 12 de dezembro de 1995³³⁶, já havia reforçado os poderes do juiz, atenuado a rigidez do princípio dispositivo e dos ônus que repousavam sobre as partes, assim como abolido ou simplificado os rigores formais³³⁷. Segundo Joaquim José de Sousa Dinis, a alteração do seu artigo 266, vindo ao encontro da “publicização do processo civil” e da conseqüente busca da justiça, com o alcance da “verdade” dos fatos aduzidos pelas partes, acolheu o princípio da cooperação, como corolário do dever de boa-fé processual, a ser realizada, sobretudo na audiência preliminar, por juiz e advogados³³⁸.

Em conformidade ao escólio de José Lebre de Freitas, a cooperação deve ser compreendida em sentido material e formal. No primeiro sentido, os sujeitos processuais devem cooperar no processo para apurar a verdade dos fatos e alcançar decisão adequada. No segundo sentido, partes e juiz devem colaborar para que o processo tenha seu desfecho em prazo razoável, com prolação da sua decisão final no menor prazo possível frente à complexidade do litígio. A consagração progressiva do princípio da cooperação tornou-o uma “trave mestra do processo civil” e levou à formação de uma “comunidade de trabalho” entre partes e juiz, não obstante, na prática, a adaptação a ela venha sendo difícil³³⁹.

³³⁶ Assentava o seu preâmbulo que se tem “plena consciência de que nesta sede se impõe a renovação de algumas mentalidades, o afastamento de alguns preconceitos, de algumas inusitadas e esotéricas manifestações de um já desajustado individualismo, para dar lugar a um espírito humilde e construtivo, sem desvirtuar, no entanto, o papel que cada agente judiciário tem no processo, idóneo a produzir o resultado que a todos interessa – cooperar com boa-fé numa sã administração da justiça”.

³³⁷ MONTALVÃO MACHADO, Antônio. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 366-367.

³³⁸ Inovações e perspectivas no direito processual civil português. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 81, p. 326-336, março de 2001

³³⁹ *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 188 e 192-193.

O artigo 7º do Código de Processo Civil Português de 2013, reproduzindo o artigo 266 do diploma processual pretérito, enuncia o princípio da cooperação e seus corolários. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio (1). O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando -se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência (2). As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º (3). Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo (4).

O seu artigo 417 traz regramento sobre o dever de cooperação voltado à descoberta da verdade. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados (1). Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil (2). A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) violação da integridade física ou moral das pessoas; b) intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4 (3). Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado (4). O artigo 542, 1 e 2, “c” reputa litigante de má-fé a “omissão grave do dever de cooperação”, com sujeição do infrator, por “dolo ou negligência grave”, à imposição de multa e indenização à parte contrária, caso esta a requerer.

Paulo Pimenta entende que esse “novo quadro conceptual não advém apenas da (re)ponderação entre dispositivo (atenuação) e oficiosidade (ampliação), outrossim da consagração de um novo princípio processual, o princípio da cooperação”³⁴⁰. Para Miguel Teixeira de Sousa, cooperação intersubjetiva atua frente a todos os sujeitos processuais e veio “a transformar o processo civil numa ‘comunidade de trabalho’ e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”³⁴¹. Paula Costa e Silva assinala que a quebra do dever de cooperação previsto no artigo 7º, 1, qualifica-se como comportamento de má-fé, desencadeando, entre outras consequências, multa punitiva, com característica de pena civil³⁴².

A cooperação, no entanto, tem sido objeto de delimitação de seu conteúdo e alvo de críticas. Paulo Ramos Faria afirma que “não pode ser sinónimo de ajuda à parte (paternalista e que menoriza o cidadão e o seu advogado), de uma ‘actividade assistencial à parte carenciada’”³⁴³. José Vieira e Cunha indica que os litigantes “não têm verdadeiramente qualquer obrigação de facilitar o trabalho ao juiz, melhor dizendo, de ordenar a sua própria alegação em vista de uma necessária cooperação com os demais sujeitos do processo”³⁴⁴. Luís Correia de Mendonça assinala que só “por utopia ou ingenuidade se pode querer tornar o processo um alegre passeio de jardim que as partes percorrem de mãos dadas na companhia do juiz”, tanto quanto um juiz que, além de árbitro, exerça o papel “também de treinador, em ordem a corrigir os erros técnicos das partes e a obter a ‘actuação da vontade concreta da lei’, mas sem dar mostras de parcialidade e sem anular ou diminuir, em relação a cada um dos litigantes, a equidistância que, como terceiro judicante, deve intransigentemente manter”. Arremata, então, que só quem “se congratulou com a reforma foram os laboristas que viram, com razão, no diploma de 2013 a ‘laboralização’ do processo civil, tradicionalmente mais complexo e evoluído e de aplicação

³⁴⁰ Os temas da prova. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 225-252, p. 237.

³⁴¹ Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abril a junho de 1997, p. 175.

³⁴² *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 154-155.

³⁴³ O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6.º do Código de Processo Civil português (excertos). *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 113-124, p. 118.

³⁴⁴ A audiência prévia no Código Revisto – 2013. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 201-212, p. 210.

subsidiária ao processo do trabalho”³⁴⁵. A doutrina, ainda, vem advertindo que, apesar de imposta, a cooperação entre os sujeitos processuais tem pouca efetividade prática. Nesse diapasão, Joaquim José de Sousa Dinis menciona que as disposições “não têm surtido efeito, porque os advogados não mostram disponibilidade de tempo, para”, por exemplo, “juntamente com o juiz, acordarem na solução de exceções levantadas ou elaborarem a especificação e o questionário. Ficou pior do que antes, porque o juiz é obrigado por lei a marcar uma audiência preparatória, a que os advogados faltam, porque não há sanção, ou que é inseqüente por inexistência de acordo”³⁴⁶.

2.3 É correto falar na adoção pelos variados ordenamentos jurídicos processuais de um único modelo distribuição de trabalho entre partes e juiz?

O debate acerca da opção pelo privatismo ou pela publicização no processo civil traz posições divergentes. Por exemplo, Juan Montero Aroca defende que a publicização deve ser qualificada como antiliberal e autoritária em oposição à sua alternativa que é a concepção liberal e garantista do processo³⁴⁷. Em sentido oposto, Mauro Cappelletti entende que as reformas sociais experimentadas pelo direito material se mostram insuficientes sem a adoção de um sistema processual em que a situação de vantagem da parte economicamente mais forte seja atenuada³⁴⁸.

Entretanto, não houve nenhum país em que qualquer modelo prevaleceu em sua inteireza. Sempre existiram modelos mistos, ora predominando o dispositivo, ora o inquisitivo. Mais recentemente, os movimentos de reforma da legislação processual nos países de *civil law* e de *commom law* vieram a aproximá-los, “buscando um equilíbrio entre o sistema adversarial e o sistema inquisitorial”, que se refletiria, na visão de Fábio Peixinho Gomes Côrrea, “na colaboração eficiente entre as partes e o juiz”³⁴⁹.

³⁴⁵ O dispositivo: um princípio evanescente. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, v. I-II, p. 441-483, janeiro a junho de 2021, p. 472-473 e 485.

³⁴⁶ Inovações e perspectivas no direito processual civil português. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 81, Porto Alegre, março de 2001, p. 326-336, p. 327.

³⁴⁷ La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 633-634.

³⁴⁸ Aspectos sociais e políticos do processo civil. *Processo, ideologia e sociedade*, v. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 311-377, p. 363.

³⁴⁹ *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 18.

Destarte, a tarefa de classificar os variados sistemas jurídicos em dois modelos, segundo um mínimo denominador comum, é difícil, porque assumem características de ambos, assim como são instáveis e mudam constantemente³⁵⁰.

Com bem aponta Joan Pico i Junoy, é possível articular-se um processo dispositivo em que o juiz tenha certa iniciativa probatória e possa velar pelo respeito à boa-fé processual das partes, sem lesionar o direito a um processo com todas as garantias processuais, em especial o dever de imparcialidade judicial e o direito de defesa dos litigantes. A efetividade do processo sem garantismo é inadmissível do ponto de vista constitucional e o garantismo sem efetividade tampouco é aceitável, se o que se pretende é outorgar a tutela jurisdicional mais justa possível³⁵¹.

Em linhas gerais, pode-se falar melhor em modelos mistos para referir-se àqueles ordenamentos processuais —que atualmente são bastante numerosos— nos quais se prevê poderes de instrução, mais ou menos extensos ao juiz, junto com a plena possibilidade das partes de aportar todas as provas admissíveis e relevantes para a determinação dos fatos³⁵². Enfim, os modelos dispositivos e inquisitivos “não se incompatibilizam, nem excluem, mas contrariamente se complementam”³⁵³.

Varia a distribuição dos poderes entre partes e juiz, a elas ou a ele com prevalência, mas não com exclusividade ou dominância³⁵⁴. Em sua construção “artística” do processo, o legislador vai combinando peças na medida em que considera conveniente para a melhor persecução das finalidades dos processos, em cada momento histórico³⁵⁵. Generalizadamente, de um lado, tem prevalecido a iniciativa das partes na instauração do processo, fixação de seu objeto litigioso e introdução da matéria de fato³⁵⁶,

³⁵⁰ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 4-6.

³⁵¹ El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012, p. 275.

³⁵² TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006, p. 250.

³⁵³ FERNANDEZ, Elisabeth. Atenuação do princípio dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho, t. XLIX, p. 279-292, julho a dezembro de 2000, p. 283.

³⁵⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 225.

³⁵⁵ OLIVA SANTOS, Andrés de la. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil*, v. I. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 230.

³⁵⁶ MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade, *Revista de la Facultad Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú*, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 632.

bem como na prática de atos materiais que influem na relação de direito material (desistência da ação, transação, reconhecimento do pedido, renúncia ao direito)³⁵⁷. De outro, no impulso do processo e em matéria probatória, outorgam-se poderes ao juiz³⁵⁸. A disposição dos litigantes limita-se ao início e ao fim do processo, sem influir, decisivamente, no seu modo de ser³⁵⁹.

A incumbência da parte de propor a demanda, alegar os fatos relevantes e transigir sobre os direitos e obrigações objeto do processo deriva da natureza predominantemente privada dos direitos em jogo e do conhecimento que detém dos fatos que lhes dão substrato. A atribuição ao aparato estatal em conjunto com os litigantes de conduzir a marcha processual e produzir as provas necessárias para o julgamento vem ao encontro do imperativo de escorreita administração da justiça, zelando pela razoável duração do processo e pela justiça da decisão.

A título de exemplo, na Itália, Crisanto Mandrioli e Antonio Carrata indicam a adoção de um modelo dispositivo atenuado³⁶⁰. Em Portugal, Paulo Pimenta aduz que o sistema processual tem uma “marcada dimensão de dispositivo, expressa no ónus de alegação de factos e na conformação do objecto fático do processo”, porém restrita ao seu “justo limite, na medida do necessário para evitar cominações e preclusões indevidas” e “para assegurar a adequação da sentença à realidade extraprocessual”³⁶¹. Na mesma linha, Elisabeth Fernandez, escrevendo à luz das reformas processuais dos anos de 1995 e 1996, afirma que o modelo processual português preserva “uma estrutura de base dispositiva, com manifesta acentuação dos poderes interventivos do julgador”³⁶².

2.4 Conclusão parcial

³⁵⁷ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 75.

³⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 78-85; TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006, p. 254-259.

³⁵⁹ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 75.

³⁶⁰ *Diritto processuale civile*, v. I. 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 124 e 130.

³⁶¹ *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 23.

³⁶² Atenuação do princípio dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho, t. XLIX, p. 279-292, julho a dezembro de 2000, p. 283.

1. Os modelos de distribuição de trabalho entre partes e juiz variam no tempo e nas diversas ordens jurídicas. A sua disciplina combina, invariavelmente, momentos em que predominam as atividades dos litigantes e momentos em que mais proeminente a atuação do julgador. A atribuição de rótulos diversos a cada um tem finalidade didática, sem aptidão de solução de questões práticas. Não existe e tampouco existiu modelos puramente dispositivos ou inquisitivos. É tarefa do legislador ao regular o processo harmonizar o exercício de suas situações jurídico-processuais pelos seus sujeitos. Assim, como fez no Código de Processo Civil de 2015, deve promover o contraditório de forma ampla e exigir boa-fé na prática dos atos processuais.

2. O que se denomina na doutrina como modelo cooperativo de processo é a exigência do debate fomentado pelo juiz com os litigantes na busca de uma decisão justa, legítima e em prazo razoável. O julgador exerce seus poderes-deveres, porém com a ampla participação das partes em contraditório e em paridade de armas. Não obstante, o Código de Processo Civil de 2015 não instituiu uma verdadeira “comunidade de trabalho”, com os sujeitos processuais em plano de igualdade e com o dever de colaborar para a justiça da decisão que os atingirá. No cenário atual, as partes continuam a atuar na busca do bem da vida ou da nova situação jurídica que almejam. O juiz, sim, tem compromisso com o alcance dos escopos do processo. Processo cooperativo seria processo, pois, com amplo contraditório implementado pelo julgador e informado pela boa-fé no agir dos seus sujeitos. A condição, porém, não cria, por si só, um novo modelo processual, sobretudo, superior à conjugação dos modelos dispositivo e inquisitivo.

3. O ideal de cooperação é tomado do direito civil, em especial das relações de natureza contratual. Contudo, suas premissas são diversas do direito processual civil. Os contratos são constituídos pela conjugação de duas ou mais declarações de vontades voltadas a produzir efeitos na esfera jurídica de seus sujeitos. É seu pressuposto o consenso e a identidade de propósitos entre os contratantes. Daí, na esfera contratual, é possível a imposição de que um contratante colabore com o outro para que o contrato que celebraram tenha sua execução em conformidade ao pactuado. No processo, as partes estão em conflito. Caso houvesse convergência entre suas vontades, acordariam sobre seus direitos e obrigações e não precisariam recorrer ao Poder Judiciário.

4. As partes devem participar da gestão do processo, contribuir com a produção e debater os elementos de convicção a serem tomados em conta no momento da prolação da decisão. Devem atuar com probidade e lealdade nos atos que desempenham. Não se lhes exige, no entanto, harmonia entre seus interesses. Ao contrário, o processo é organizado pelo legislador tendo em consideração o dissenso sobre seus direitos e obrigações. Há, em verdade, uma crise de colaboração quando se procura por tutela jurisdicional.

5. Os modelos de distribuição de trabalho entre partes e juiz têm adotado opção mista, combinando disposições em que prevalente a atividade dos litigantes e outras em que domina a atuação do julgador. Em linhas gerais, nos variados ordenamentos jurídicos, os primeiros têm atribuídos a iniciativa do processo, a fixação do seu objeto litigioso, a introdução da matéria fática e os atos de disposição de seu direito material. O último, de seu turno, é incumbido do impulso do processo, da sua instrução em conjunto com as partes e da decisão das pretensões formuladas.

3 FASE POSTULATÓRIA

Na fase postulatória, as pretensões das partes são deduzidas, a matéria fática e jurídica a ser objeto de seu julgamento é introduzida e o Estado-juiz é instado sobre elas se pronunciar. Forma-se, então, o objeto litigioso ou mérito do processo sobre o qual o juiz proferirá a sua decisão final³⁶³. Tem como atos processuais principais a petição inicial e a contestação. Entretanto, outros atos podem ser praticados. Constantes da resposta à demanda questões prejudiciais ao julgamento do mérito ou alegações de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito vindicado segue-se manifestação subsequente do demandante, no que se denomina usualmente de réplica. Na contestação, com a cumulação de reconvenção, o demandado propõe demanda contra o outro litigante, inclusive em litisconsórcio com terceiro, exigindo a oportunidade para o exercício de sua defesa e, se o caso, para réplica.

Evidentemente, as fases processuais não são estanques. Em que pese predominar atos de postulação na fase postulatória, atos de natureza diversa também são praticados. Por exemplo, a prova documental a fim de comprovar as alegações feitas nessa fase devem acompanhar a petição inicial e a contestação (artigo 434). Igualmente, atos ordinariamente praticados na fase de postulação podem vir a ser levados a cabo em outras fases, como nas hipóteses de superveniência (artigos 342, *caput* combinado com inciso I, 493, *caput*, 933 e 1.014)³⁶⁴.

Os pontos sensíveis de distribuição de trabalho entre partes e juiz que tocam os atos de postulação são a propositura da demanda e delimitação do objeto

³⁶³ Tratando do tema, com ampla bibliografia, MENDES, Anderson Cortez. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 55-63.

³⁶⁴ Como propugna Ricardo de Barros Leonel, “a visão dicotômica que contrapõe o fato ao direito verificados posteriormente à propositura da demanda, acaba por negligenciar ou pelo menos obscurecer a noção de que, em qualquer ramo do direito, e conseqüentemente no processo, o fato ou a norma, isoladamente, têm sua relevância reduzida”. A noção de superveniência deve ser “identificada como um conceito unitário: tanto quando decorre de um fato, como quando advém de uma norma, a superveniência se verifica com a produção de um efeito jurídico, isto é, valor jurídico condicionado, tomado pelo direito positivo sob a condição de que seja verificada precedente situação de fato” (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 114 e 116). Acerca da superveniência, veja-se MENDES, Anderson Cortez. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 214-232.

litigioso do processo; a introdução da matéria fática e jurídica; o exercício do poder-dever de esclarecimento e o óbice a prolação de decisões surpresas; a desistência, renúncia, reconhecimento do pedido e transação; e a participação do juiz na composição amigável.

3.1 Propositura da demanda e delimitação do mérito ou objeto litigioso do processo

A concentração e organização do poder pelo Estado moderno traz como consequência a elaboração de um conjunto de normas para regulação de condutas dos integrantes do tecido social e o monopólio da sua aplicação. Inexistindo conserto entre os envolvidos em um conflito sobre os seus direitos e obrigações, é necessária a sua submissão para decisão ao aparato estatal, na sua faceta juiz³⁶⁵. É vedada, pois, a autotutela³⁶⁶. A possibilidade de fazer valer suas próprias razões pelos indivíduos é admitida em raras hipóteses previstas em lei, como no desfazimento de obra em caso de urgência, na defesa da posse em caso de esbulho e no direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem os limites do imóvel vizinho (artigos 251, parágrafo único, 1.210, §1º, e 1.283 do Código Civil). A solução dos conflitos realiza-se por meio do processo.

O processo é instrumento do direito material. Assume natureza pública e serve para o exercício das partes de suas situações jurídico-processuais. Deve ser visto por duas óticas. Sob o prisma do interesse público, é meio empregado pelo aparato estatal para a consagração do ordenamento jurídico e pacificação social. Sob o viés privado, é instrumento de manejo da parte para a defesa de seus interesses, influenciando na formação do convencimento do julgador. Evidentemente, o conhecimento e correta solução de todas as questões postas no processo interessa ao Estado-juiz na sua missão de distribuição da justiça. Entretanto, sua atuação deve ser levada a efeito em consonância aos princípios da inércia jurisdicional ou da demanda e dispositivo.

³⁶⁵ Há outras modalidades de solução de conflitos. Porém, todas dependem da conjugação das declarações de vontades dos envolvidos, ainda que o acordo não alcance propriamente o bem da vida ou a nova situação jurídica que lhe é objeto, mas, sim, o mecanismo para tutelá-lo. Vide sobre o tema o item 3.5.

³⁶⁶ “A idéia de inércia da jurisdição é um dos corolários da vedação que o Estado impôs ao uso do autotutela. Com efeito, o Estado, ao mesmo tempo que impede que os interessados possam ter atuação direta na imposição coercitiva de seus interesses, faz solene promessa de que as situações de interesses conflitantes serão resolvidas por um representante seu, o qual atuará de forma imparcial na busca da composição dos interesses dos envolvidos” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 29).

O princípio da inércia jurisdicional ou da demanda exige provocação para a regulação da órbita material de direitos e obrigações das partes. O Poder Judiciário não atua de ofício (*ne procedat iudex ex officio*). A instauração dos processos judiciais exige iniciativa dos litigantes. Assim, por meio do exercício do direito de ação, concretizado pela propositura da demanda, a parte demandante formula o pedido de tutela jurisdicional. Então, legitimada a atuação do Estado-juiz no caso concreto posto a seu julgamento, a qual se deve limitar aos bens da vida e às novas situações jurídicas objeto do processo. O princípio da inércia jurisdicional ou da demanda “representa a projeção processual da tutela dos direitos subjetivos, entendidos como o reconhecimento da autonomia privada dos particulares”³⁶⁷. É “o maior limite formal à atividade do órgão judicial”³⁶⁸, de modo que “onde não houver autor, não há juiz”³⁶⁹.

O Poder Judiciário é, pois, inerte. Nos sistemas processuais dos Estados Democráticos de Direito, sua atuação sem provocação é vedada³⁷⁰. Garante-se a liberdade do indivíduo em pleitear, ou não, a tutela dos seus direitos frente à administração

³⁶⁷ MICHELE, Gian Antonio. Teoria geral da prova. Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 161-168, julho a setembro de 1976, p. 6 (RT on line).

³⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

³⁶⁹ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 132 e 219.

³⁷⁰ O princípio da inércia jurisdicional ou da demanda, entretanto, não informou a totalidade dos ordenamentos jurídicos. “As disciplinas dos processos nos países liberais, que completam a autonomia do direito material deixam ao indivíduo liberdade de fazer valer, ou não, os seus direitos pela via judiciária. Ocorre diversamente nos direitos socialistas. Partindo da concepção de que o processo civil é destinado, em primeiro lugar, para servir a realização do sistema legal socialista, o Ministério Público é titular, como consequência, de um direito próprio de ação, desde que os interesses do Estado ou da Sociedade exijam tal atividade” (HABSCHEID, Walther Jakob. As bases do direito processual civil (Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977). Tradução Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11-12, p. 117-145, julho a dezembro de 1978, p. 142). Na União Soviética, foram confiadas à “potente ‘Prokuratura’ vastíssimas atribuições, não somente de intervir nos processos civis, mas, também, de iniciá-los”, como se extraia dos artigos 14, 29 e 44, 2º, dos Princípios Fundamentais do Processo Civil de 1922 da União Soviética e dos artigos 12 e 41 do Código de Processo Civil de 1964 da República Socialista Federativa Soviética da Rússia (CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. *Processo, ideologia e sociedade*, v. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 311-377, p. 356). O artigo 6º dos Princípios Fundamentais do Processo Civil de 1922 da União Soviética admitia, em certos casos, a tutela do interesse alheio por iniciativa de órgão estatais, dos sindicatos, dos *kolkhozes* e de outras organizações públicas e privadas. O Ministério Público poderia, também, iniciar e intervir nos processos em curso para salvaguarda dos interesses do Estado e dos trabalhadores (TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIAN V. *Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas*. Tradução Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978, p. 50 e 68-69). A ampla ajuda que o Estado e a sociedade prestavam à defesa judicial dos direitos civis decorreria da consonância indissolúvel dos interesses pessoais e sociais ao regime socialista (GURVICH, Mark Arkadévich. *Derecho procesal civil soviético*. Tradução Miguel Lubán. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1971, p. 43-44).

da justiça. A iniciativa da parte é imprescindível nos processos de natureza jurisdicional. A consagração da máxima *nemo iudex sine actore* é um dos mais importantes fundamentos do processo civil de caráter liberal³⁷¹. As exceções à inércia do exercício da jurisdição não prescindem de previsão legal³⁷². A impossibilidade de o Poder Judiciário atuar sem provocação alcança relações materiais disponíveis e indisponíveis³⁷³. Em consequência, mesmo quando cuide, exclusivamente, de direitos indisponíveis o provimento jurisdicional não pode se distanciar da demanda da parte.

Em consequência, a propositura da demanda é essencial à instauração do processo. Se a parte “pode dispor do direito material, pode demandar nos limites dessa disposição”³⁷⁴. A demanda inicial é o ato da parte por força do qual a jurisdição é colocada em movimento, constituindo-se, pois, como o marco formal de instauração da relação processual quando levada a efeito perante um órgão detentor do poder jurisdicional. É integrada pelas partes, causa de pedir e pedido³⁷⁵. O pedido é a concretização da pretensão processual deduzida pela parte em juízo³⁷⁶. A pretensão processual, por sua vez, consiste em

³⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Contra o processo autoritário. O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282, p. 267.

³⁷² Os artigos 989 e 1.129 do Código de Processo Civil de 1973, respectivamente, admitiam a abertura do inventário dos bens de pessoa falecida e a instauração de procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento, de ofício, pelo juiz. As disposições, no entanto, foram extirpadas do Código de Processo Civil de 2015. Subsistem em nosso sistema processual a execução de ofício das contribuições sociais que decorram da prolação de sentenças e da homologação de acordos na Justiça do Trabalho (artigo 114, inciso VIII, combinado com o artigo 195, incisos I, alínea “a”, e II, da Constituição Federal e artigo 876, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho); a execução de ofício das sentenças proferidas e dos acordos entabulados na Justiça do Trabalho, se a parte não estiver representada por advogado (artigo 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.467/17); a condenação ao pagamento de alimentos, em caso de necessidade do filho, quando do reconhecimento da paternidade (artigo 7 da Lei n. 8.560/92); a arrecadação de bens da herança jacente e do ausente (artigos 738 e 744).

³⁷³ BARLETTA, Antonino. *Extra e ultra petizione. Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*. Milano: Giuffré, 2012, p. 78; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92-93. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, firmou o entendimento no sentido de que, “na ação de alimentos, a sentença não se subordina ao princípio da adstrição, podendo o magistrado arbitrá-los com base nos elementos fáticos que integram o binômio necessidade/capacidade, sem que a decisão incorra em violação dos arts. 128 e 460 do CPC” (AgRg no AREsp 603.597/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 16/06/2015; REsp 1.290.313/AL, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 12/11/2013). Partilhando da mesma posição, BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 135.

³⁷⁴ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 155.

³⁷⁵ O conceito de parte foi abordado quando do tratamento do tema dos sujeitos processuais (item 1.1). A causa de pedir são os fundamentos que amparam o exercício da pretensão e serão mais bem explicitados adiante (item 3.2).

³⁷⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, n. 786, p. 57-67, 2001, p. 57; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. II. 22. ed. Atualização Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 153; TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31.

uma declaração de vontade formulada perante um órgão jurisdicional, fundada em um acontecimento determinado da vida, e voltada a pleitear contra outrem um bem da vida ou uma nova situação jurídica³⁷⁷.

O ato de deduzir a demanda, pois, é exclusivo da parte. O juiz, de ofício, não pode dar início a um processo. Não é permitido ao aparato estatal imiscuir na esfera de direitos e obrigações dos seus cidadãos sem prévio acionamento por um daqueles que se repute seu titular. A propositura da demanda como ato alheio às atribuições do Estado-juiz é um dos principais corolários da autonomia da vontade e, em última instância, da liberdade³⁷⁸. O juiz não pode alterar os elementos da demanda, tampouco deixar de promover o seu julgamento, se estiverem preenchidos todos os pressupostos de sua admissibilidade. Evidentemente, deve zelar pela sua regularidade, contudo, não pode influir no seu conteúdo.

A iniciativa da parte na instauração do processo é complementada pela legitimação individual. Fora das excepcionais hipóteses de legitimação extraordinária, acolhe-se a regra de que o “melhor juiz da conveniência de buscar a satisfação a interesses é o próprio titular destes”³⁷⁹.

A inércia do Estado-juiz garante a imparcialidade do julgador³⁸⁰ e, em especial, reveste de legitimidade o instrumento de afirmação do ordenamento jurídico e pacificação social no qual se constitui o processo. É, pois, necessária sempre a iniciativa de um terceiro com relação ao juiz, qualquer que seja o conteúdo do seu ato de demandar³⁸¹. O julgador que investigasse livremente as situações da vida estaria propenso a formar sua convicção acerca dos fatos segundo sua concepção inicial, tornando-se parcial. A imposição de decisões judiciais sem que os indivíduos sequer estivessem em conflito seria geradora de

³⁷⁷ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho jurisdiccional*, v. II. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 152.

³⁷⁸ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 131; MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 631; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Introducción al derecho procesal*. 6. ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 156.

³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 196.

³⁸⁰ ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603, p. 599.

³⁸¹ BARLETTA, Antonino. Extra e ultra petizione. *Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 53.

insatisfação social, acoimando de ilegitimidade a conduta do aparato estatal. A inércia, pois, é “resultado da secular intuição de que a indiscriminada intromissão estatal nas situações correntes entre os indivíduos traria em si o seríssimo risco de mais inquietar do que pacificar: este seria uma atitude absorvente do Estado paternalista também incompatível com os postulados da democracia”³⁸².

Portanto, o juiz não pode alterar os elementos da demanda, que fica dependente da iniciativa das partes e da observância das regras de sua estabilização. O artigo 329, inciso I, permite ao autor aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir até a citação do réu, sem o seu consentimento. Após a triangularização da relação processual, o artigo 329, inciso II, permite ao autor aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir até o saneamento do processo, desde que com anuência do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Então, depois do saneamento, a modificação dos elementos objetivos da demanda é vedada, afora as exceções consagradas pelo legislador.

O juiz não é *dominus* da instauração do processo e, tampouco, uma vez iniciado, age sem amarras na disposição acerca das posições jurídicas ativas e passivas dos litigantes. O seu julgamento está adstrito ao conjunto de pretensões formuladas pelas partes e, portanto, de seus pedidos. Este conjunto de pretensões exercidas é o mérito ou objeto litigioso do processo³⁸³. A ele o magistrado está vinculado ao proferir o provimento jurisdicional que decide acerca do bem jurídico ou da nova situação jurídica reclamada³⁸⁴. Nesse diapasão, a sentença ou decisão parcial que o julga deve decidir a integralidade das pretensões processuais, ou seja, do mérito, e não deve resolver aquilo que não o integra³⁸⁵.

³⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 195.

³⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244 e 250; CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 193; DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299-348, p. 306; SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Livraria dos Advogados, 1968, p. 5.

³⁸⁴ Como exceção, os artigos 497 a 499 permitem a conversão da tutela específica das obrigações de dar, fazer e não fazer, caso impossíveis, em perdas e danos, o que independe requerimento expresso da parte (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 201; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 217).

³⁸⁵ OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005, p. 25.

Logo, o mérito ou o objeto litigioso do processo corresponde às pretensões processuais deduzidas pelo autor, assim como, quando autorizados pela lei, pelo réu e por terceiros, concretizadas em seus pedidos e aclaradas pela causa de pedir³⁸⁶.

Por conseguinte, não só a instauração do processo por meio da demanda é ato de iniciativa da parte. A formação do seu mérito ou objeto litigioso é, do mesmo modo, tarefa que lhe é atribuída³⁸⁷. A consequência é o estabelecimento da regra pela generalidade dos sistemas processuais dos países democráticos da correlação, vinculação ou adstrição entre a demanda e a decisão de mérito³⁸⁸. Os elementos da demanda consubstanciam-se no esquema mínimo a ser trazido na peça de postulação inicial para o exercício de uma pretensão. A demanda institui um projeto de decisão de mérito do qual o juiz não pode se desviar no exercício do seu mister³⁸⁹. Assim, tem a função insubstituível de fixar o *thema decidendum*, segundo o ponto de vista de quem a propõe³⁹⁰.

3.1.1 Tutela provisória

³⁸⁶ Incluindo como elementos do objeto litigioso do processo tanto a causa de pedir quanto o pedido, CRUZ E TUCCI, José Rogério. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 60, p. 63-77, março 1994, p. 74; FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*, v. II. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 45-46; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 180; SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, n. 55, p. 13-28, novembro a dezembro de 1978, p. 24; SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100. Com posição no sentido de que a causa de pedir não integra o conceito de objeto litigioso do processo, porque o juiz dela conhece, mas decide apenas sobre o pedido, DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299-348, p. 348; WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115. Embora, igualmente, exclua a causa de pedir da definição do objeto litigioso do processo, Paulo Pimenta reputa que o integram somente os pedidos controvertidos (*Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 280-281). Para Elio Fazzalari, sequer se poderia teorizar em torno de um objeto litigioso do processo, porque cada ato processual tem um conteúdo e um objeto, “no sentido de que a norma lhe determina para a avaliação, em abstrato, uma certa conduta como lícita ou devida”, de sorte que o processo seria composto de uma série de conteúdos e de objetos diversos (*Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 422-423).

³⁸⁷ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982, p. 188; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 105; MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 636.

³⁸⁸ Veja sobre o tema o item 7.2.

³⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299-348, p. 302.

³⁹⁰ GRASSO, Eduardo. La regola della corrispondenza, tra il chiesto e il pronunciato e nullità da ultra e da extrapetitione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XX, segunda série, p. 387-429, 1965, p. 396.

O regular transcurso do processo exige tempo. É necessária a prática de variados atos procedimentais, em contraditório, até ao julgamento do conjunto das pretensões dos litigantes. O procedimento pode ser distendido pela interposição dos recursos cabíveis a fim de impugnar a decisão de mérito. A satisfação do vencedor muitas vezes não ocorre espontaneamente pelo vencido, exigindo atos materiais com a instauração de fase de cumprimento de sentença³⁹¹. O direito ameaçado ou violado nem sempre pode esperar por esse lapso temporal sem perecer.

De outro lado, estabeleceu o Código de Processo Civil de 2015 o regime de valorização dos precedentes judiciais, com vistas a conferir segurança às relações sociais³⁹². Assim, o seu artigo 927, ao utilizar a palavra “observarão”, impõe a todos os órgãos jurisdicionais o respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados de súmulas vinculantes; aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Na mesma linha, José Carlos Baptista Puoli leciona que mesmo “não tendo utilizado diretamente o termo ‘vinculante’ é evidente que o propósito do legislador foi o de ampliar a vinculação dos membros do Judiciário às decisões e ou enunciados sumulados contemplados nos incisos do artigo 927”³⁹³. Conferem-se uniformidade e previsibilidade às decisões judiciais.

³⁹¹ Segundo o relatório Justiça em Números do ano 2020, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, na Justiça Comum Estadual, em média, o processo, em sua fase de conhecimento, tem duração de dois anos e cinco meses em primeiro grau. Interposto recurso, o trâmite estende-se por mais oito meses. A execução termina no prazo de quatro anos e nove meses (Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2021).

³⁹² MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 16, p. 2-28, julho a dezembro de 2015, p. 10-14; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

³⁹³ Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei nº 13.256/16. *Processo em jornadas*. Coordenação LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 496-507, p. 499-500.

Voltado a impedir os efeitos danosos do tempo sobre os direitos e dar efetividade aos precedentes judiciais obrigatórios, o legislador estipula técnicas para sua tutela provisória³⁹⁴. Assim, vale-se do manejo da cognição sumária³⁹⁵, propiciando a tutela jurisdicional antes de que seja trilhada toda a marcha procedimental, com possibilidade de sua execução provisória (artigo 297, parágrafo único)³⁹⁶. A tutela provisória esteia-se nos critérios da urgência e da evidência (artigo 294, *caput*). A sua diferenciação das demais formas de tutela não se encontra na natureza dos seus efeitos, mas, sim, na sua limitação temporal. Diante do caráter provisório, como regra, tanto a tutela de urgência como a tutela de evidência podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo e subsistem até a prolação do provimento jurisdicional final (artigo 296)³⁹⁷.

As tutelas provisórias podem ser postuladas de forma antecedente ou incidental ao procedimento para a outorga do provimento jurisdicional final (artigo 294, parágrafo único). Devem sempre respeitar os limites da tutela definitiva, não podendo conferir à parte mais do que o bem da vida ou nova situação jurídica pleiteada ao final do trâmite processual³⁹⁸. Admitem outorga antes da integração do adversário ao processo, na sentença e até no recurso (artigo 299, parágrafo único)³⁹⁹. A decisão de mérito que confirma, concede ou revoga a tutela provisória produz efeitos imediatamente após a sua publicação

³⁹⁴ Por seu intermédio, o processo judicial conserva assim a sua vocação incontornável, consubstancial com a própria ideia de justiça, com a aquisição da verdade e, portanto, com a produção de uma cognição plena e estável; mas, ao mesmo tempo, assegura e prepara, internamente - e aguardando o resultado final - remédios provisórios e (ainda) tempestivos, capazes de regular de imediato *la res litigiosa* deduzida em juízo (ANDOLINA, Italo. *Il tempo e il processo. Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 176, p. 259-274, outubro de 2009, p. 274).

³⁹⁵ Na lição de Kazuo Watanabe, a cognição ostenta dois planos distintos: horizontal e vertical. No plano horizontal, a cognição respeita aos “elementos objetivos do processo”: “questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questão de mérito”. Pode ser plena ou parcial. No plano vertical, a cognição concerne à sua profundidade. Pode ser exauriente ou sumária. A cognição sumária é “superficial, menos aprofundada no sentido vertical” (*Da cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118 e 132).

³⁹⁶ As normas do cumprimento provisório de sentença devem ser observadas, salvo excepcional risco de ineficácia da tutela concedida, quando o juiz pode adotar outra medida mais adequada, se o caso, nos próprios autos principais (GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 14, p. 296-330, junho a dezembro de 2014, p. 322).

³⁹⁷ Piero Calamandrei diferencia o temporário do provisório. O primeiro tem duração limitada, independentemente da superveniência de outro evento. O segundo persiste no tempo até que sobrevenha um evento sucessivo (*Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 26).

³⁹⁸ SANCHES, Sydney. Poder geral de cautela do juiz. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 887-897, outubro de 2011, p. 8 (RT *on line*).

³⁹⁹ Na tutela de evidência pela caracterização do “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” ou da instrução da petição inicial “com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (artigo 311, incisos I e IV), a decisão liminar, ou seja, antes do estabelecimento do contraditório, não é possível (artigo 311, parágrafo único), por exigir a triangularização da relação processual.

(artigo 1.012, §1º, inciso V). A pronta produção de efeitos pelo capítulo da sentença dá-se em todas as modalidades de tutelas provisórias: tutela de urgência antecipada, tutela de urgência cautelar e tutela de evidência⁴⁰⁰. Se com ele convergente, proferido o provimento jurisdicional final, em juízo de cognição exauriente, a tutela provisória é confirmada. Caso o resultado do julgamento ao final da marcha processual dela destoe, a tutela provisória é revogada.

A tutela de urgência visa a repelir os efeitos do tempo sobre os direitos, dificultando-a ou inibindo-a⁴⁰¹. Assim, a “realidade sobre as quais todos esses dispositivos” que disciplinam sua concessão “opera é o tempo como fato de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo”⁴⁰². Exige a conjugação dos requisitos de probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (artigo 300, *caput*). Comporta as modalidades cautelar e antecipada.

A tutela cautelar é “tutela jurisdicional sumária e provisória, destinada a atender ao princípio da efetividade do processo”, bem como é “concedida mediante cognição sumária e guarda relação de instrumentalidade com a tutela final e definitiva”⁴⁰³. As cautelares têm por finalidade, pois, a garantia da utilidade do resultado do processo, assegurando o proveito prático do provimento jurisdicional final, não se cuidando de um fim em si próprias⁴⁰⁴. De seu turno, “as antecipações de tutela não são instrumentais ao processo, não se destinam a outorgar-lhe a capacidade de ser justo e útil (o que constitui missão das cautelares), mas a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou a situação da vida pleiteada”⁴⁰⁵. A tutela antecipada, por conseguinte,

⁴⁰⁰ MENDES, Anderson Cortez. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 131.

⁴⁰¹ “Na tentativa de abrandar os efeitos danosos” da excessiva demora dos processos, “o legislador processual vem adotando várias formas de tutela de urgência, por natureza provisórias, destinadas simplesmente a assegurar a efetividade da providência final. Conservativas ou antecipatórias, as medidas urgentes visam tão-somente a afastar o risco de dano decorrente da morosidade do processo. Não tem a finalidade de solucionar definitivamente a crise de direito material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46-47).

⁴⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

⁴⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiro, 2009, p. 466.

⁴⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41.

⁴⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 62.

proporcionará à parte o mesmo bem da vida ou nova situação jurídica almejada quando do provimento jurisdicional final.

Em se tratando de tutela antecipada, a decisão que a outorga assume vestes de estabilidade, caso pleiteada de forma antecedente e não tenha sido objeto de recurso, depois de emendada a petição inicial pelo autor e citado o réu (artigo 304, *caput*)⁴⁰⁶. No caso, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que incidem honorários advocatícios sucumbenciais na razão de 5% sobre o valor da causa, por força da aplicação do artigo 701, *caput*, fundado no entendimento de que “trata de tutela de natureza monitória em sentido amplo”⁴⁰⁷. Basta a interposição de recurso pelo réu tempestivamente para afastar a estabilização, ainda que não seja conhecido pela falta de outro de seus pressupostos de admissibilidade⁴⁰⁸. A modificação da decisão exige a propositura de nova demanda por aquele que prejudica (artigo 304, § 2º). Portanto, depois de estabilizada, o juiz não pode alterar a tutela de urgência conferida em caráter antecedente. A estabilidade torna-se qualificada passados dois anos da extinção do processo em que requerida a tutela antecipada antecedente sem o ajuizamento de ação com vistas a revê-la, reformá-la ou invalidá-la (artigo 304, §§ 5º e 6º)⁴⁰⁹. A tutela cautelar antecedente, por sua vez, não se estabiliza e tampouco

⁴⁰⁶ O Superior Tribunal de Justiça diverge sobre a necessidade de interposição de recurso, a fim de afastar a estabilização. De um lado, já se entendeu que “tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada” (REsp 1760966/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 04/12/2018). De outro, porém, reputou-se que a “apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento” (REsp 1797365/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 03/10/2019). Para Flávia Pereira Hill, basta a oposição de embargos de declaração para impedir sua consumação (O regime da estabilização da tutela antecipada. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Valença: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, p. 131-146, janeiro a junho de 2018, p. 134-135).

⁴⁰⁷ REsp 1.895.663 – PR, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 14/12/2021.

⁴⁰⁸ HILL, Flávia Pereira. O regime da estabilização da tutela antecipada. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Valença: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, p. 131-146, janeiro a junho de 2018, p. 136; SICA, Heitor Vítor Mendonça. Primeiras impressões sobre a “estabilização da tutela antecipada”. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 115-123, maio de 2015, p. 119-120.

⁴⁰⁹ O fenômeno não se identifica, no entanto, com a imunização decorrente da coisa julgada material, porquanto não obsta a discussão da mesma relação jurídica em outro processo. Apenas impede o julgamento do mesmo litígio (função negativa da coisa julgada), porém não exige que a decisão seja observada em processos futuros entre os mesmos litigantes (função positiva da coisa julgada) (HILL, Flávia Pereira. O regime da estabilização da tutela antecipada. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Valença: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, p. 131-146, janeiro a junho de 2018, p. 137; SICA, Heitor Vítor Mendonça. Primeiras impressões sobre a “estabilização da tutela antecipada”. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 115-123, maio de 2015, p. 120-121). Há, no entanto, quem considere, sob pena de inconstitucionalidade, por violar “o direito ao processo justo” e a “inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada”, possível o ajuizamento de ação com vistas a contrastar a decisão estabilizada até “que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera

influi no julgamento principal, exceto nas hipóteses em que reconhecida a prescrição ou decadência, com a extinção, respectivamente, da pretensão ou do direito potestativo que objetivava assegurar (artigo 310).

A tutela de evidência busca “tutelar provisoriamente, independentemente da urgência, provável direito cuja existência se apresente *prima facie* indiscutível”⁴¹⁰. Em consequência, dispensa a presença perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (artigo 311, *caput*). Vem ao encontro do intento de uniformização e segurança da interpretação do direito, valorizando os precedentes judiciais (artigo 311, inciso II). Mas não só. Permite sua outorga em processos nos quais é verificado abuso do seu direito de defesa pelo réu ou a formação de um juízo robusto sobre a probabilidade do direito do autor (artigo 311, incisos I, III e IV).

As tutelas provisórias exigem sempre pedido da parte⁴¹¹. O juiz não pode, de ofício, outorgar tutela provisória, seja de urgência ou de evidência. A limitação da atuação do julgador calcada no princípio da demanda ou da inércia jurisdicional é reforçada pela responsabilização da parte que dela usufruiu pela indenização do prejuízo causado ao adversário, em caso de sua revogação (artigo 302), o que se aplica tanto as tutelas de urgência quanto de evidência. A responsabilidade da parte beneficiada é objetiva, fundada no risco da postulação da tutela provisória, tendo o dever de indenizar a despeito da ausência de culpa e licitude da sua conduta⁴¹². Quando da sua reversão, deve restabelecer o adversário que suportou os seus efeitos ao *status quo ante* e indenizar eventuais perdas e danos. Há imputação normativa do ressarcimento integral da parte prejudicada pela revogação do provimento jurisdicional provisório.

jurídica das partes” (MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, n. 63, p. 24-29, novembro a dezembro de 2014, p. 28-29).

⁴¹⁰ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 14, p. 296-330, junho a dezembro de 2014, p. 320.

⁴¹¹ Contra ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603, p. 595.

⁴¹² BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985, p. 137-138; FERREIRA, William Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 188, p. 9-51, outubro de 2010, p. 34-35. Contra GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. *Medidas executivas atípicas*. 2. ed. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 395-420, p. 414.

Sem prévia iniciativa dos litigantes, cabe ao julgador, exclusivamente, adotar as medidas adequadas para a efetivação da tutela provisória (artigo 297, *caput*) ou exigir a prestação de caução (artigo 300, §1º). Nesse passo, o juiz não ostenta um poder cautelar geral de que se pode valer, generalizadamente, de ofício. Mesmo diante da redação do artigo 923, que dispõe que, embora suspensa a execução, o juiz pode “ordenar providências urgentes”, é necessária provocação do litigante⁴¹³. Presente previsão do exercício do poder geral de cautela, *ex officio*, em algumas disposições legais. Por exemplo, está presente no inventário na reserva do quinhão do afirmado herdeiro do falecido ou credor do seu espólio, quando remetido às vias ordinárias para reconhecimento da sua condição (artigos 628, §2º, e 643, parágrafo único)⁴¹⁴. Na vigência dos artigos 797 e 798 do Código de Processo Civil de 1973, já se dizia que “o juiz não pode de ofício determinar medidas cautelares genéricas ou específicas, senão quando expressamente autorizado por lei”⁴¹⁵.

3.2 Introdução da matéria fática e jurídica

A responsabilidade pela veiculação dos fatos no curso do processo é um problema de política judiciária, variando na história as soluções adotadas⁴¹⁶. Nos ordenamentos jurídicos ocidentais modernos de índole liberal, generalizadamente, as partes ostentam não só exclusividade na escolha de seus direitos e obrigações postos sob o crivo do Poder Judiciário, mas também do material fático apto a amparar o seu julgamento. Para Dino Buoncristiani, a opção tem substrato no campo do direito material como expressão da regra segundo a qual se reserva à vontade dos indivíduos a disposição de suas posições jurídicas, salvo exceções particulares⁴¹⁷.

⁴¹³ Contra SANCHES, Sydney. Poder geral de cautela do juiz. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 887-897, outubro de 2011, p. 2-3 (RT *on line*).

⁴¹⁴ Hipótese de atuação de ofício, sem sequer expressa ordem judicial, extrai-se do artigo 830, que impõe ao oficial de justiça, caso não localizado o executado para sua citação, arrestar os seus bens para garantir a execução.

⁴¹⁵ SANCHES, Sydney. Poder geral de cautela do juiz. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 887-897, outubro de 2011, p. 2 (RT *on line*).

⁴¹⁶ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 135-136.

⁴¹⁷ *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 12.

Invariavelmente, o juiz não pode alterar a causa de pedir. Logo, não pode introduzir fato principal não aduzido pelas partes, como garantia de sua imparcialidade e porque não participou da relação material havida entre estas⁴¹⁸. O litigante tem o ônus de introduzir o fato, pressuposto essencial da abertura do diálogo processual⁴¹⁹. Do mesmo modo, o julgador não pode modificar os efeitos que as partes afirmam que o ordenamento jurídico comina ao substrato fático trazido aos autos.

O sistema processual brasileiro não se distanciou do paradigma adotado por tantos outros ordenamentos no que toca ao ingresso dos fatos no objeto do processo⁴²⁰. Abraçou a teoria da substanciação, como se constata do seu artigo 319, inciso III⁴²¹⁻⁴²². Nessa ordem de ideias, a causa de pedir é definida como o fato ou conjunto de fatos que amparam juridicamente a pretensão exercida pela parte ao deduzir sua demanda⁴²³. Compreende os acontecimentos da vida que se sucedem em determinado lapso temporal e que ostentam transcendência jurídica, isto é, são supostos de uma norma que lhes atribui efeitos ou consequências jurídicas⁴²⁴. Integram-na a descrição fática e a conotação jurídica dela extraída para a formulação do pedido. Então, pode ser decomposta em causa de pedir

⁴¹⁸ Para Juan Montero Aroca, em sentido oposto, o que impede a aportação de fatos não é o princípio da imparcialidade do juiz, mas sim a existência de funções ou papéis incompatíveis no processo (La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 638).

⁴¹⁹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 608.

⁴²⁰ A propósito, vide o item 3.2.1.

⁴²¹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 192; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100.

⁴²² Para a teoria da substanciação, a fundamentação do exercício da pretensão exige a narrativa do conjunto de fatos constitutivos do direito do demandante, ao passo que, para a teoria da individualização, é suficiente para amparar a pretensão apenas a especificação da relação jurídica que lhe dá substrato (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2009, p. 62; *Idem*. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 60, p. 63-77, março 1994, p. 64-65).

⁴²³ Sobre o conteúdo da causa de pedir e suas diferentes teorias, confira-se MENDES, Anderson Cortez. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 30-40.

⁴²⁴ CANOVA, Augusto Cerino. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. *Commentario del Codice di Procedura Civile*, I. II, t. I. Coordenação ALLORIO, Enrico. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980; p. 16, nota 43; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 182, nota 35; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho jurisdiccional*, v. II. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 159; MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 637.

remota e causa de pedir próxima. Por sua vez, a causa de pedir remota subdivide-se em causa de pedir remota ativa e causa de pedir remota passiva.

A exposição fática consiste na causa de pedir remota. Deve ser compreendida como o estado de fato, não o encadeamento histórico que os precede ou sucede⁴²⁵. Em sua concepção, deve-se diferenciar o fato essencial ou principal e o fato simples ou secundário. O fato essencial ou principal integra “o núcleo central da *causa petendi*, concebido como fato ocorrido e enquadrável *sub specie iuris*”⁴²⁶. Sem sua presença, o conjunto de fatos alegados não seria capaz de deflagrar as consequências jurídicas postuladas⁴²⁷. Os fatos essenciais ou principais são, pois, aqueles que integram a descrição abstrata inserta pelo legislador na norma jurídica⁴²⁸. O fato simples ou secundário não compõe a causa de pedir, mas é indiciário, possibilitando, por presunção, quando provado, a conclusão sobre fato essencial ou principal desconhecido⁴²⁹. Robustecem, tornam precisos e esclarecem os fatos essenciais ou principais⁴³⁰.

A causa de pedir remota ativa refere-se ao fato constitutivo do direito. A causa de pedir remota passiva, de seu turno, ao fato que enseja a violação ou caracteriza a ameaça de violação ao ordenamento jurídico, desencadeando o exercício da pretensão. Nos direitos potestativos a uma modificação jurídica em que a intervenção do Poder Judiciário é imprescindível, o interesse de agir constata-se *in re ipsa*, bastando seus fatos constitutivos para a individuação da *causa petendi*⁴³¹.

⁴²⁵ CONSOLO, Claudio. Domanda giudiziale. *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, v. VII, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998, p. 44-110, p. 70; HABSCHEID, Walther Jakob. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. Tradução Angela Loaldi. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 3, p. 454-464, 1980, p. 460.

⁴¹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 163.

⁴²⁷ BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 121; VERDE, Giuseppe. *Profili del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 92.

⁴²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. São Paulo: Revista Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 33.

⁴²⁹ PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 138; PISSARA, Nuno Andrade. O conhecimento de factos supervenientes relativos ao mérito da causa pelo tribunal de recurso em processo civil. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, ano 72, v. I, p. 287-334, janeiro a março de 2012, p. 292; TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abril a junho de 1997, p. 179.

⁴³⁰ VERDE, Giuseppe. *Profili del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 92.

⁴³¹ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 183.

Os fundamentos jurídicos correspondem à causa de pedir próxima, não se confundindo com os fundamentos legais ou com a qualificação jurídica, os quais são dotados de abstração e podem referir-se a variados fatos da vida social⁴³². Consubstanciam-se no direito afirmado, como entidade concreta; não como categoria abstrata, como vontade da lei⁴³³. Ausente “interesse em pedir que o juiz reconheça a existência de determinados fatos, mas, sim, em narrá-los como substrato do reconhecimento de um direito subjetivo, que advém da adequação dos fatos expostos a uma situação de vantagem prevista pelo ordenamento”⁴³⁴. Os fundamentos jurídicos são, destarte, os efeitos jurídicos que uma dada previsão da ordem jurídica atribuiria ao suporte fático narrado, consoante à mera afirmação abstrata da parte, independentemente do seu acerto na especificação do instrumento legal ou da categoria jurídica em que enquadrado⁴³⁵. Assim, a situação fática exposta não é causa ou concausa da produção de efeitos jurídicos, mas sim objeto de valoração pelo ordenamento jurídico, precipitando sua produção⁴³⁶.

A introdução da *causa petendi* é atribuição do autor e, em linha de princípio, a veiculação da *causa excipiendo* compete ao réu⁴³⁷. Para todos os outros fatos, o

⁴³² CHIOVENDA, Giuseppe *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 435; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLÓMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *Derecho jurisdiccional*, v. II. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 158.

⁴³³ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 180-181.

⁴³⁴ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 134.

⁴³⁵ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98-99. Partilhando de posição semelhante, com equivalência entre fundamentos jurídicos e efeitos jurídicos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense 2010, p. 17; BARLETTA, Antonino. Extra e ultra petizione. *Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 34; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. São Paulo: Revista Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 33; CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p. 93; FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*, v. II, São Paulo: Saraiva, 1974, p. 53; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda e tutela jurisdiccional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 86-87; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. II. São Paulo: Revista Tribunais, 2015, p. 151-152.

⁴³⁶ CATAUDELLA, Antonino. *Fattispecie. Enciclopedia del diritto*, v. XVI, Milano: Giuffrè, 1967, p. 933-934.

⁴³⁷ “Entre os ônus processuais, o primeiro e de maior peso é o de afirmar, especificamente considerado nos termos do ônus de demandar’. E ‘como quem pede há de justificar o *petitum* alinhando uma *causa petendi*, só demanda adequadamente quem fundamenta de modo adequado’ (...). Do mesmo modo, pelas mesmas razões e inversamente, ao réu corresponde o *ônus de contestar*, que se resolve no encargo de afirmar em contrário” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Causa de pedir e ônus de afirmar. Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572-581, p. 572).

problema de sua introdução deve ser verificado com referência à forma de organização do processo pelo legislador⁴³⁸. As partes têm o ônus de afirmar (artigo 319, III). O autor deve alegar os fatos constitutivos e violadores do seu direito. De seu turno, ao réu cabe veicular os fatos impeditivos, modificativos e impeditivos do direito do seu adversário. Fatos não alegados correspondem a fatos inexistentes no processo. O réu, ainda, tem o ônus de impugnar especificamente todos os fatos afirmados pelo autor (artigo 341, *caput*) e deduzir toda a sua matéria defensiva na sua resposta à demanda (artigo 336). O descumprimento do primeiro acarreta a “presunção de veracidade” ou, mais tecnicamente, torna incontroversa a alegação fática do autor, tornando desnecessária a produção de prova. O não atendimento do segundo tem como consequência o óbice à veiculação da matéria defensiva em outro momento processual, ressalvadas algumas hipóteses em que o legislador admite a sua alegação “a qualquer tempo” nas instâncias ordinárias. Os fatos alegados pelas partes compõem o objeto do processo e devem ser tomados em conta pelo julgador ao proferir sua decisão⁴³⁹.

Mesmo os efeitos jurídicos alinhavados pela parte na sua peça de postulação não admitem alteração pelo juiz⁴⁴⁰. Imprescindível, por ocasião da formulação da demanda, a dedução da causa de pedir próxima tanto quanto da causa de pedir remota, como, aliás, deixa extreme de dúvidas o artigo 319, inciso III. Assim, aplicam-se as regras *mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia* no que toca, exclusivamente, aos fundamentos legais e à qualificação jurídica dos fatos pelo julgador⁴⁴¹. O que não se admite é a

⁴³⁸ BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 125.

⁴³⁹ O objeto do processo abarca e é mais amplo do que o objeto litigioso do processo ou o mérito. Este corresponde ao objeto de decisão do juiz (*iudicium*), ou seja, todas as pretensões exercidas no processo, mesmo que no seu curso e não só pelo autor, mas também pelo réu e por terceiros. Aquele engloba todas as questões conhecidas incidentalmente pelo juiz (*cognitio*), não apenas na fundamentação da decisão de mérito, mas também no curso da marcha processual, provindas de qualquer dos sujeitos processuais e, assim, além de questões de mérito, também aquelas afetas a pressupostos processuais, condições da ação, nulidades, incidentes processuais, etc. (CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p. 61; DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299-348, p. 325; SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, n. 55, p. 13-28, novembro a dezembro de 1978, p. 23)

⁴⁴⁰ VERDE, Giuseppe. *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 95-96. Assumindo posição diversa, Heitor Vitor Mendonça Sica define a causa de pedir próxima como “enquadramento jurídico da espécie”, o qual não vincularia o juiz (*Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 99).

⁴⁴¹ Por identificar qualificação jurídica e fundamentos jurídicos, Otavio Augusto Dal Molin Domit admite a modificação da causa de pedir próxima na medida em que não viola “a esfera privada de disposição do pedido

modificação da causa de pedir próxima, isto é, dos efeitos afirmados pela parte que o direito cominaria aos fatos narrados na sua peça processual a estear sua pretensão concretizada no pedido⁴⁴².

Os fatos notórios, confessados, incontrovertidos e presumidos verdadeiros são cognoscíveis de ofício, independentemente sequer de provas (artigo 374)⁴⁴³, contanto não assumindo vestes de principais. Do mesmo modo, os fatos secundários comprovados prescindem da iniciativa das partes para sua cognição⁴⁴⁴. Preserva-se a inalterabilidade da causa de pedir⁴⁴⁵. A cognição de fatos de ofício, mesmo notórios, quando admitida, não prescinde do estabelecimento do contraditório, com possibilidade de introdução de alegações e produção de provas contrapostas. Não se permite a cognição de fatos principais embora provados⁴⁴⁶, de fatos secundários não comprovados, de fundamentos de defesa não cognoscíveis de ofício e de efeito jurídico diverso daquele afirmado inicialmente pela parte demandante.

de tutela da parte” (Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 309).

⁴⁴² Swarai Cervone de Oliveira admite a alteração do fundamento jurídico pelo juiz, por atender ao princípio da economia processual e permitir que o conflito seja julgado de modo definitivo no processo já em curso. Exige concordância do autor e, quando exigida pelas regras de estabilização a demanda, do réu (Iura novit curia e contraditório no processo civil atual. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 153-154 e 158).

⁴⁴³ Nessas “situações, mesmo sem prova, admite-se o fato como se provado estivesse. São vetores de conclusões acerca de questões fáticas, pelo reconhecimento legal de sua razoabilidade para a definição da questão de fato” (FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*, v. II. Coordenação MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020, p. 711-738, p. 722).

⁴⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211; BRUS, Florence. *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l’Adour, 2014, p. 175; BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 122; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 114-115; PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 138; SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 294; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 189; VERDE, Giuseppe. *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 92. Contra, repelindo a introdução de qualquer fato pelo juiz, MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional*, v. I. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 267.

⁴⁴⁵ Segundo a doutrina espanhola, o juiz nunca pode ter a faculdade de aportar fatos ao processo para determinar a causa de pedir e tampouco poderá apartar-se dessa causa de pedir no momento de julgar a pretensão (MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 637). No mesmo passo, a doutrina portuguesa acentua que “continuam a ser as partes a decidir quais os factos que devem constar e quais os que não devem constar do processo” e, assim, quais “o juiz se pode basear para decidir” (MONTALVÃO MACHADO, Antônio. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 371).

⁴⁴⁶ BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 109.

O juiz deve conhecer, sem provocação das partes, de variada gama de questões jurídicas. Em matéria processual, as questões de ordem pública ligam-se à preponderância do interesse público do exercício da jurisdição com a afirmação da ordem jurídica justa sobre o interesse egoístico de cada litigante de fazer prevalecer sua pretensão⁴⁴⁷. O direito processual é ramo do direito público⁴⁴⁸, imperando o interesse público da administração da justiça a sobrepujar o interesse das partes na maioria das suas normas. Não obstante, algumas contemplam predominantemente interesses individuais e mesmo dentre aquelas que assumem as vestes de ordem pública nem todas são cogentes, pois parte se sujeita à disposição dos litigantes, por opção do legislador⁴⁴⁹. Há, ainda, questões que não afetam o interesse público, todavia, devem ser conhecidas de ofício, por expressa disposição legal, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Logo, não apenas questões de ordem pública podem ser objeto de cognição sem sua veiculação pelas partes no processo. Veja-se, a propósito, a prescrição da pretensão quanto a direitos disponíveis. Tanto é verdade que o artigo 882 do Código Civil obsta a repetição do que foi pago por dívida prescrita.

Admitem conhecimento, independentemente da alegação das partes não só questões processuais, mas, igualmente, questões materiais que provenham do conjunto probatório presente nos autos. Nessa esteira, as nulidades que inquinam negócios jurídicos são cognoscíveis de ofício, sequer se permitindo sejam supridas pelo julgador, ainda que a requerimento das partes, como se depreende do artigo 168 do Código Civil. A cognição *ex officio* da questão, contudo, limita-se à sua condição de fato secundário ou fundamento de defesa. Validamente, embora cognoscíveis de ofício os fatos, é vedada a alteração da causa de pedir e do pedido⁴⁵⁰. Logo, propondo demanda com fundamento na incapacidade do autor, não se pode declarar nulo o contrato por inobservância da forma que lhe é essencial. Contudo, é possível ao juiz, diante de uma pretensão de cobrança veiculada,

⁴⁴⁷ Ricardo de Carvalho Aprigliano conceitua a ordem pública processual como “o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente, voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade” (*Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011, 106).

⁴⁴⁸ BÜLOW, Oskar Von. *A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 6-7.

⁴⁴⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10; LACERDA, Galeno Vellinho de. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 107.

⁴⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. São Paulo: Revista Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 46-48.

rejeitá-la com fundamento em nulidade não suscitada do contrato, desde que observado o contraditório.

O artigo 342, inciso I, admite a veiculação do direito e do fato superveniente pelo réu. O artigo 493, *caput*, por sua vez, exige a cognição do fato superveniente pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes. Os dispositivos merecem interpretação no sentido de se admitir arguição tanto pelo autor quanto pelo réu⁴⁵¹, bem como o conhecimento, *ex officio*, pelo julgador do direito e do fato superveniente⁴⁵². Uma vez arguida pelo litigante, deve ser reconhecida a superveniência, inclusive com força apta a modificar a causa de pedir⁴⁵³. Entretanto, o juiz, de ofício, tem consideração restrita em sua decisão de fatos secundários supervenientes.

3.2.1 Introdução da matéria fática e jurídica no processo civil alemão, espanhol, italiano e português

Na Alemanha, Leo Rosenberg assinala que incumbe às partes a apresentação das alegações de fato que desejam ver consideradas na decisão judicial. Como contrapartida, o juiz está sujeito à exposição fática feita pelos litigantes e não pode introduzir fatos que sejam de seu conhecimento privado. Logo, fatos não trazidos aos autos pelas partes

⁴⁵¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2014, p. 476; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 91.

⁴⁵² MENDES, Anderson Cortez. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 218.

⁴⁵³ Compartilhando da posição ora assumida, já se assentou que “desde que observado o contraditório, prejuízo nenhum há se admitirmos a introdução de verdadeiras causas de pedir novas, representadas por fatos supervenientes diversos daqueles afirmados na inicial, mas constitutivos do mesmo direito pretendido pelo autor (...). A ocorrência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo novo deve ser levada em conta pelo juiz, ainda que implique modificação da causa de pedir” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136). Do mesmo modo, que “é razoável admitir que a alteração dos contornos objetivos da demanda, fora daqueles limites inicialmente traçados pelo nosso sistema processual, na hipótese de eficácia jurídica superveniente ou sua dedução superveniente, eventual e excepcionalmente poderá ser aceita” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 233). Na mesma direção, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 101; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 235-236.

não podem ser fundamento da sentença⁴⁵⁴. Igualmente, Fritz Baur sustenta que, conforme “a *máxima dos debates*” (princípio do contraditório – ‘*Verhandlungsmaxime*’), os litigantes devem introduzir-se no processo a matéria fática⁴⁵⁵. Othmar Jauernig bem justifica que eles conhecem os fatos antes do processo e têm interesse na sua alegação, ao passo que exigir sua introdução pelo julgador tornaria o andamento dos feitos lento e moroso⁴⁵⁶.

Na Espanha, o artigo 216 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* dispõe que os tribunais civis decidirão as questões em virtude das deduções de fatos, provas e pretensões das partes, exceto quando a lei disponha outra coisa em casos especiais. Juan Montero Aroca afirma que o dispositivo consagra o princípio da aportação (o *Verhandlungsmaxime*), pelo qual as partes têm também o monopólio de aportar ao processo os elementos de fato e os meios de prova. À sua luz, os fatos não afirmados ao menos por uma das partes não existem e os fatos afirmados por ambas as partes ou afirmados por uma e admitidos pela outra existem⁴⁵⁷. O juiz não tem poderes para aportar fatos e deve se limitar a decidir sobre os fatos aportados pelas partes⁴⁵⁸. Assim, no sistema processual civil espanhol, a doutrina tem reconhecido o monopólio dos litigantes acerca da alegação das questões de fato. Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez e Jaime Vegas Torres apontam que a regra tem três fundamentos. Em primeiro lugar, as partes conhecem os fatos, ao passo que o juiz os desconhece. Em segundo lugar, aquelas têm dentro de seu poder de disposição a possibilidade de veiculá-los, ou não, para sustentar suas pretensões. Por fim, é de seu interesse aportar os fatos ao processo a fim de obter uma decisão favorável⁴⁵⁹.

Na Itália, Crisanto Mandrioli e Antonio Carrata aduzem que a lei não contém uma enunciação explícita da exclusividade da parte alegar os fatos constitutivos do seu direito, assim como extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do adversário. Todavia, esta exclusividade resulta implicitamente do artigo 112 do *Codice di Procedura*

⁴⁵⁴ *Tratado de derecho procesal civil*, t. I. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 387.

⁴⁵⁵ O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982, p. 191-192.

⁴⁵⁶ *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 145.

⁴⁵⁷ MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 631 e 639.

⁴⁵⁸ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional*, v. I. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 226.

⁴⁵⁹ *Curso de derecho procesal civil*, v. I. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 221.

Civile, ao se referir aos limites da demanda⁴⁶⁰. Para Dino Buoncristiani, a natureza, a função e a disciplina da alegação dos fatos não podem ser explicadas, relacionando-as com o princípio dispositivo e o princípio da demanda, com conclusões geralmente válidas, indiferentes a qualquer arquitetura do processo civil elaborada pelo legislador. Todavia, o juiz não pode valer-se de seu saber particular (*quod non est in actis non est de hoc mundo*) para a consideração do fato. A vedação decorreria do *secondo comma* do artigo 115, que indica, a título de exceção, a possibilidade de conhecer dos chamados fatos notórios, embora sem alegação e prova. *A contrario sensu*, indicaria, portanto, em regra, a proibição de o juiz basear a decisão em fatos que não tenham sido introduzidos pelas partes⁴⁶¹.

Em Portugal, diferenciam-se fatos essenciais, complementares e instrumentais, como se depreende do artigo 5º do seu Código. Cabe às partes alegar os fatos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas (1). O juiz pode conhecer, de ofício, dos fatos instrumentais que resultem da instrução da causa (2, “a”), dos fatos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar (2, “b”), dos fatos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções (2, “c”). Mariana França Gouveia sintetiza que “factos principais devem ser alegados na fase inicial; factos instrumentais podem ser alegados ou oficiosamente adquiridos até ao fim do julgamento; factos principais que não alterem o objeto do processo (factos complementares ou concretizadores) podem também ser alegados até ao fim do julgamento, mas não podem ser oficiosamente adquiridos”⁴⁶². Para Paulo Pimenta, a disposição, que reproduz, em sua essência, o artigo 264 do Código de Processo Civil de 1961, com as alterações inseridas pela Reforma de 1995 e 1996, atenua o princípio dispositivo, permitindo “uma aproximação do processo e da respectiva factualidade à realidade das coisas”. Entretanto, é função das partes a definição dos “contornos fácticos do litígio, ou seja, devem ser elas a carrear para os autos os factos que sustentem as suas respectivas pretensões”⁴⁶³. Assim, segundo Rui Moreira, às “partes cabe alegar os factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as

⁴⁶⁰ *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 111.

⁴⁶¹ *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 69-70 e 89.

⁴⁶² O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, v. II-III, p. 595-617, abril a setembro de 2013, p. 615-616.

⁴⁶³ *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 17-18.

excepções”⁴⁶⁴. Miguel Teixeira de Sousa entende que, ainda, o “processo civil é regido, quanto à relevância da vontade das partes, pelo princípio dispositivo e da disponibilidade privada”. Enquanto o “primeiro assegura a autonomia das partes na definição dos fins que elas procuram obter através da acção pendente; este último determina o domínio das partes sobre os factos a alegar e os meios de prova a utilizar para conseguir aqueles objectivos”⁴⁶⁵.

3.2.2 *Narra mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*

Cabe ao juiz, de ofício, individualizar, interpretar e aplicar as normas jurídicas ao caso concreto. Não se pode admitir que dê por existente uma norma afirmada pelas partes, se essa norma não existe, e não pode deixar de tomar em conta uma norma existente, ainda que não tenha sido veiculada pelas partes, pois as normas existem ou não, independentemente do que as partes aduzam e o consenso entre elas não tem o poder de as criar⁴⁶⁶. Portanto, as partes não podem delimitar a regra de direito a ser aplicada no julgamento. Garante-se a igualdade ao se atribuir que a individuação e aplicação das normas seja tarefa do juiz (sujeito imparcial), e não dos litigantes (sujeitos parciais)⁴⁶⁷.

O julgador é livre para empregar em seu julgamento a norma que melhor se aplica ao caso concreto, assim como de mudar a qualificação jurídica conferida pelas partes (*nomen iuris*)⁴⁶⁸. Portanto, não encontra amarras nas alegações veiculadas pelos litigantes. A regra vem insculpida no brocado *narra mihi factum dabo tibi ius*. Como assinala Florence Brus, a renovação do estudo da função do princípio dispositivo conduziu a um novo olhar sobre a máxima *da mihi factum, dabo tibi jus*. Essa máxima ainda tem sentido no direito

⁴⁶⁴ Os princípios estruturantes do processo civil português e o projeto de uma nova Reforma do Processo Civil. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 59-83, p. 63.

⁴⁶⁵ Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abril a junho de 1997, p. 177.

⁴⁶⁶ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional*, v. I. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 269; MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 639.

⁴⁶⁷ VERDE, Giuseppe. *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 95.

⁴⁶⁸ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 134; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I. 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 105-107; OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 162.

positivo admitido que, por detrás desse adágio, deve-se entender: “dê-me o fato jurídico que te darei a norma jurídica”. Porque por detrás da distinção entre fato e direito, está a distinção entre fato jurídico e norma jurídica concreta, que se distinguem e permitem a compreensão das funções das partes e do juiz. O fato não se opõe ao direito, é uma fonte do direito. Quando as partes veiculam um fato jurídico ao juiz, devem delimitar os seus contornos, emitindo pretensões fundadas, por fatos e direito, pretensões legitimadas por provas, a fim de que o juiz crie a norma jurídica concreta e a justifique no quadro de sua motivação após um controle de legalidade da qualificação jurídica. A função das partes é delimitar o litígio e a função do juiz é julgar suas pretensões, criando a norma jurídica concreta⁴⁶⁹.

De outro lado, o juiz deve conhecer a ordem jurídica que lhe compete afirmar no julgamento das pretensões postas ao seu crivo. A regra é manifestada no brocardo *iura novit curia*. No processo civil brasileiro, os litigantes devem alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário e provar o seu teor e a sua vigência, se assim o juiz determinar (artigo 376). Para Gian Antonio Michele, não obstante, o juiz “pode integrar, officiosamente, com suas próprias indagações, eventualmente conduzidas pelos canais diplomáticos, à procura da norma estrangeira à qual, a norma do seu país, emprestou relevância jurídica”⁴⁷⁰. As normas municipais e estaduais que o juiz pode se escusar de conhecer são aquelas que não as do Município ou do Estado onde exerce sua jurisdição. Nessa sede, no entanto, como ensina Eduardo Grasso, a rígida concepção de duas distintas esferas de atribuição explica como, em alguns casos, nos quais é evidente a utilidade do aporte pela parte na individuação da norma (consuetudinária, direito estrangeiro e antigo), faz seguir caminho a ideia, de outro lado surpreendente, de um “poder” do privado de colaborar com o juiz e, portanto, de uma situação ativa específica que lhe permitiria penetrar no domínio do último⁴⁷¹.

A despeito da possibilidade de entabulamento de negócios jurídicos processuais entre as partes, não é admitido que tenham conteúdo a disposição sobre as regras *narra mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*. Em consequência, não é lícito que

⁴⁶⁹ *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 345.

⁴⁷⁰ Teoria geral da prova. Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 161-168, julho a setembro de 1976, p. 1 (RT *on line*).

⁴⁷¹ La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 608-609.

atribuam a qualificação jurídica que repute se amolde aos fatos, tampouco escolham os dispositivos legais aplicáveis no julgamento⁴⁷². Não podem, por exemplo, convencionar que a relação que mantêm é de prestação de serviços, ao invés de trabalhistas, impondo ao julgador sua apreciação sob o Código Civil, ao invés da Consolidação das Leis do Trabalho. As partes, portanto, não podem determinar o direito aplicável, que se trata de poder-dever do juiz, não comportando negociação.

Contudo, o juiz não pode impor aos fatos efeitos jurídicos diversos daqueles alinhavados pelas partes. Sua modificação acarreta modificação do pedido. Limita-se a decidir se os efeitos jurídicos pleiteados se produzem à luz do arcabouço fático extraído dos autos. Se o autor pede o abatimento do preço por vício na coisa objeto de compra e venda, o julgador não pode declarar resolvido o contrato por inadimplemento do réu, com restauração das partes ao *status quo ante*. Do mesmo modo, como aponta Giuseppe Verde, se a parte embasou o efeito jurídico em um determinado fato e o juiz concluiu que aquele efeito jurídico é justificado por outro fato, embora resultante do processo, este não pode substituir um fato por outro, salvo se o efeito jurídico for cognoscível de ofício⁴⁷³. Por exemplo, caso o autor pleiteie a anulação do negócio jurídico com base na coação a que submetido pelo réu (artigo 151 a 155 do Código Civil), o juiz não pode julgar procedente sua demanda com fulcro no agir em estado de perigo (artigo 156 do Código Civil). O reconhecimento de um ou outro defeito no negócio jurídico ampara-se em conjunto fático diverso.

As regras *narra mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia* aplicam-se, igualmente, nos sistemas de *common* e *civil law*. John Anthony Jolowicz, ao estudar o tema nos direitos inglês e francês, conclui que, sem embargo de se afirmar que na Inglaterra a atribuição da indicação da lei aplicável é da parte ao invés do juiz e a regra *iura novit legem* nunca tenha feito parte do seu ordenamento, nesta, tanto quanto na França, a alegação dos fatos cabe ao litigante, enquanto a determinação das normas jurídicas aplicáveis compete ao julgador. Impõe-se somente a cautela de garantir que qualquer fundamento legal ou

⁴⁷² CÂMARA JUNIOR, José Maria. Qual a interpretação do §2º do art. 357 do CPC? O que significa a delimitação das questões de direito pelas partes no saneamento do processo? *Revista Jurídica Eletrônica. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, n. 1, p. 99-117, dezembro de 2018 a janeiro de 2019, p. 112; OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 190-191.

⁴⁷³ *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 96.

qualificação jurídica que venha a adotar na sua decisão por sua própria iniciativa seja colocado anteriormente às partes para suas manifestações⁴⁷⁴.

Evidentemente, os litigantes influenciam na formação do convencimento do julgador sobre as questões de direito. Assim, aportam ao processo textos legais e qualificação jurídica dos fatos que serão objeto do julgamento. Não há, no entanto, um ônus de alegar as normas jurídicas incidentes sobre o substrato fático. Não obstante, por mais que ausente o ônus imposto à parte de alegar os fundamentos legais e a qualificação jurídica dos fatos, presente o interesse de fazê-los conhecer ao juiz, a fim de formar em seu favor o seu convencimento⁴⁷⁵. Validamente, a revelação ao juiz daquela norma jurídica que não havia sido considerada pode resultar em uma decisão favorável. Logo, há “um interesse primordial da parte em dar conhecimento ao tribunal da norma jurídica que, segundo ela, deve ser aplicada, embora inexista obrigação formal para tanto”⁴⁷⁶.

Em que pese o juiz não ficar vinculado ao material jurídico trazido aos autos pelas partes, exige-se o prévio contraditório à sua cognição (artigo 10)⁴⁷⁷. Tem “o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões de fato postas em juízo, com vistas a evitar decisões-surpresas”⁴⁷⁸. Embora não afete, propriamente, o “fundamento jurídico”, a aplicação da norma não invocada pelas partes ao conjunto de fatos pode gerar a alteração de aspectos do regime jurídico aplicável, como ônus de prova, prazos de prescrição ou decadência. Logo, é necessário que tenham oportunidade de prévio exercício do contraditório.

Assim sendo, mesmo em se tratando de questão de direito, caso não submetida ao contraditório, deve-se conferir as partes oportunidade de manifestação.

⁴⁷⁴ *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 185-204.

⁴⁷⁵ BAUR, Fritz. Da importância da dicção "iura novit curia". Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 169-177, julho a setembro de 1976, p. 170-171.

⁴⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, p. 178-184, novembro de 1993, p. 180.

⁴⁷⁷ Como indica Eduardo Grasso, o juiz deve submeter ao exercício do contraditório também questões relativas à individualização da norma jurídica. Na verdade, o poder do juiz de identificá-la e aplicá-la no caso concreto não implica não deva, anteriormente, colocá-la à apreciação as partes (La regola della corrispondenza, tra il chiesto e il pronunciato e nullità da ultra e da extrapetitione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XX, segunda série, p. 387-429, 1965, p. 401).

⁴⁷⁸ DOMIT. Otavio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 223.

Validamente, o juiz conhece “o direito e aplica-o. Mas não o faz sozinho, de forma isolada”⁴⁷⁹. Em consequência, o julgador sobrepõe-se aos litigantes quanto à norma jurídica que lhe aparente adequada à regulação do caso concreto, no entanto, deve suscitar a discussão sobre a possibilidade de aplicá-la todas as vezes que tenham indicado uma norma diversa ou não apontado nenhuma em suas alegações⁴⁸⁰.

De se anotar que o Superior Tribunal de Justiça entende que o “‘fundamento’ ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação - não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*”⁴⁸¹. Assim, não “há falar em decisão surpresa quando o magistrado, diante dos limites da causa de pedir, do pedido e do substrato fático delineado nos autos, realiza a tipificação jurídica da pretensão no ordenamento jurídico posto, aplicando a lei adequada à solução do conflito, ainda que as partes não a tenham invocado (*iura novit curia*) e independentemente de oitiva delas, até porque a lei deve ser do conhecimento de todos, não podendo ninguém se dizer surpreendido com a sua aplicação”⁴⁸².

No regime de vinculação do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes obrigatórios e as súmulas devem ser tomados em conta na argumentação jurídica da decisão, independentemente de alegação pela parte (artigo 927). Caso suscitados por um dos litigantes, devem ser objeto de necessário enfrentamento pelo julgador, sob pena de não se reputar fundamentado e, portanto, nulo o julgado, na esteira do disposto em seu artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI. Entretanto, pode não se dar a sua aplicação, contanto motivadamente, por meio da operação de distinção⁴⁸³. Desse modo, o dispositivo deve ser

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 96.

⁴⁸⁰ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 609.

⁴⁸¹ EDcl no Resp 1280825/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 27/6/2017; AgInt no REsp 1695519/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 26/03/2019.

⁴⁸² REsp 1755266/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18/10/2018.

⁴⁸³ A operação de distinção (*distinguishing*) consiste em identificar quais fatos precederam à edição do precedente e quais fatos se verificam no processo posto agora a julgamento. Somente por ocasião da identidade

interpretado em consonância ao regime de vinculação imposto. Se o enunciado de súmula ou precedente invocado não exigir seu obrigatório respeito, porque distinto o substrato fático, basta ao juiz motivar a ausência de vinculação para seu afastamento do caso concreto, pautando-se na sua decisão por outros critérios argumentativos extraídos do ordenamento jurídico⁴⁸⁴.

3.3 Poder-dever de esclarecimento e óbice à prolação de decisões surpresas

No ordenamento processual vigente, o juiz não mais recebe, estaticamente, as alegações das partes⁴⁸⁵. É necessário que solicite dos litigantes os esclarecimentos das alegações que formularam que reputar necessários ao seu adequado julgamento. Os esclarecimentos podem ser exigidos por petição escrita, mas também obtidos oralmente pela oitiva da parte (artigo 139, inciso VIII) ou por meio da designação de audiência para saneamento em cooperação (artigo 357, §3º). O juiz deve, igualmente, aclarar os demais sujeitos processuais sobre quais questões de fato e de direito compreende como relevantes para o seu julgamento (artigo 357, incisos II e IV).

Não deduzidos pelo autor adequadamente os fundamentos que amparam a sua pretensão, o que tem aptidão para provocar a inépcia da petição inicial, deve ser compelido a complementá-los (artigo 321, *caput*). Por exemplo, compete ao julgador, em caso de ilegitimidade *ad causam*, indicar a parte que ostenta pertinência subjetiva para ocupar o polo processual⁴⁸⁶. O sistema processual, contudo, não trata de maneira isonômica

entre os fatos relevantes para o julgamento, a tese consagrada no precedente vincula o julgador na solução da mesma questão de direito. Daí se dizer que “mais do que interpretar, raciocina por analogia” o aplicador do precedente (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 221).

⁴⁸⁴ MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 16, p. 2-28, julho a dezembro de 2015, p. 24.

⁴⁸⁵ Há muito já se afirmava que, “no propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes, tem-se cogitado de conferir ao juiz a faculdade (ou mesmo o dever) de prestar-lhes informações sobre os ônus que lhes incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovar alegações” (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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986, p. 60).

⁴⁸⁶ Nessa direção, já se posicionava a doutrina alemã (SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Tradução Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana, 2003, p. 44).

às partes no que toca ao descumprimento do ônus de afirmar, do ônus da impugnação especificada e do princípio da eventualidade. Não tendo veiculado na forma e momento oportuno a alegação que lhe cabia, ordinariamente, o réu suportará a consequência prevista em lei, sem que o julgador o inste a complementar sua defesa.

Quando o juiz debate o caso com as partes e indica as falhas que reputa existentes, “ele é menos propenso a uma tomada parcial de posição do que quando deve decidir apenas em face dos elementos oferecidos pelos autos”⁴⁸⁷. O exercício do dever de exigir e prestar esclarecimentos, na prática, não pode implicar parcialidade, influenciando o juiz na pretensão das partes, tampouco gerar prejuízo à razoável duração do processo. Deve ser exercido pelo órgão recursal, que é investido dos mesmos poderes-deveres do juiz de primeiro grau⁴⁸⁸.

O julgador, ainda, não só deve instar as partes a se manifestarem no que toca à complementação e esclarecimentos de suas alegações. Deve, igualmente, fomentar o contraditório ao longo de todo o procedimento, em verdadeiro diálogo em busca da tutela jurisdicional justa e efetiva. Como consequência, é-lhe defeso proferir decisões fundadas em matérias não levadas ao conhecimento das partes, com possibilidade de sua manifestação (artigo 10). A vedação proclama “a sujeição do juiz ao dever de dialogar com as partes e submeter-se, ele mesmo, ao sistema dialético do processo”⁴⁸⁹. A proibição de decisões surpresas ou de terceira via já tem encontrado guarida na jurisprudência⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 78.

⁴⁸⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2014, p. 90; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, t. II. Tradução José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 492.

⁴⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 102, p. 62-74, 2011, p. 66.

⁴⁹⁰ “(...) O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador. O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código.

Definitivamente, o “respeito à garantia do contraditório impõe que o juízo, antes de aplicar de ofício alguma regra legal ou de requalificar a controvérsia, inovando a discussão até então travada no processo, ouça as partes. Se não o fizer a parte prejudicada pode postular a anulação do julgamento, por infração ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição”⁴⁹¹.

O óbice a decisões surpresas engloba a considerações de questões fáticas e jurídicas. Independentemente da sua natureza, todas devem ser objeto de prévia submissão ao contraditório pelos litigantes, em todos os graus de jurisdição. Como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça, somente “não se faz necessária a manifestação das partes quando a oitiva não puder influenciar na solução da causa ou quando o provimento lhe for favorável, notadamente em razão dos princípios da duração razoável do processo e da economia processual”⁴⁹².

O juiz deve, em consequência, dar conhecimento a uma das partes e oportunidade de manifestação acerca das questões introduzidas pela outra que influenciem no seu julgamento e possam gerar prejuízo em seu desfavor. Deve, igualmente, conferir aos litigantes ciência e possibilidade de dedução dos seus argumentos acerca de uma questão que deve admitir de ofício que prejudique. Enfim, tudo “que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício”⁴⁹³. Para Eduardo Grasso, o impedimento às decisões surpresas teria fundamento na regra da colaboração⁴⁹⁴. Para Francesco Paolo Luiso, tanto quanto para Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, teria por substrato o contraditório, acarretando nulidade a sua inobservância⁴⁹⁵.

Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente (...)” (STJ, REsp 1676027/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j.26/09/2017).

⁴⁹¹ MALLET, Estêvão. *Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”*. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 109, p. 389-414, janeiro a dezembro de 2014, p. 414.

⁴⁹² REsp 1755266/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18/10/2018.

⁴⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 168, p. 107-141, fevereiro de 2009, p. 125.

⁴⁹⁴ La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 608.

⁴⁹⁵ Respectivamente, *Diritto processuale civile*, v. I. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2015, p. 34; Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não

Já se defendia. antes do advento do artigo 10 do novo diploma processual, “a inadmissibilidade de serem os litigantes surpreendidos por decisão apoiada, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que as partes não se tenham apercebido. Nesse caso, o ponto de vista do órgão judicial deve ser previamente submetido ao contraditório das partes”⁴⁹⁶. A opção do legislador no Código de Processo Civil de 2015 seguiu em linha com a legislação estrangeira.

3.3.1 Poder-dever de esclarecimento e óbice à prolação de decisões surpresas em outros ordenamentos jurídicos

No processo civil soviético, o juiz tinha a “tarefa de ‘assistência’ e de ‘consultoria’ às partes, especialmente em relação àquelas não assistidas por um defensor”, segundo os artigos 1º e 14, 2º, do Código de Processo Civil de 1964 da República Socialista Federativa Soviética da Rússia e do artigo 16, 2º, dos Princípios Fundamentais do Processo Civil de 1922 da União Soviética⁴⁹⁷.

O §139 do Código de Processo Civil Alemão, ao tratar da direção material do processo, impõe ao julgador um dever geral de esclarecimentos e proíbe a prolação de decisões surpresas. Deve discutir com as partes os fatos e a relação jurídica controvertida, em seu aspecto fático e jurídico, formulando questões a respeito. Deve cuidar que se exprimam tempestivamente e de modo completo sobre cada fato relevante deduzido, integrando as alegações insuficientes, indicando os meios de prova e propondo os requerimentos pertinentes. Pode basear a sua decisão sobre um aspecto que uma parte tenha negligenciado ou considerado insignificante apenas se lhe tenha dado conhecimento correspondente sobre o ponto e permitido a oportunidade de debatê-lo. A exigência se aplica, igualmente, para um aspecto que o julgador avalia de forma diferente do que ambas as partes

surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 168, p. 107-141, fevereiro de 2009, p. 125.

⁴⁹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 290.

⁴⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. *Processo, ideologia e sociedade*, v. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 311-377, p. 357.

fizeram. Ainda, deve fazer presente aos litigantes os aspectos relevantes que deva conhecer de ofício. No mesmo diapasão, o § 273 do diploma processual alemão, ao se referir à preparação da audiência, em seu item 2.1, faz imperioso que o julgador concite as partes a alterar seus articulados preparatórios ou a prestar informações, estabelecendo um prazo para que determinados pontos sejam objeto de clarificação.

No direito alemão, o juiz exerce um papel ativo, integrando a alegação das partes e outorgando-lhes oportunidade de debate e produção de prova, vedado, contudo, o alcance a fatos essenciais que alterem substancialmente a base fática do litígio⁴⁹⁸. Assim, a dedução da demanda continua a cargo das partes, representadas por seus advogados, limitando-se o juiz a auxiliar no esclarecimento de suas alegações⁴⁹⁹. Busca o legislador alemão clareza ao longo do processo, para que “possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho”⁵⁰⁰. É reconhecido um dever de assistência ao juiz, que deve zelar para que as partes tenham influência na alegação e prova dos fatos, com alerta sobre sua insuficiência e incompletude⁵⁰¹. Tem, conseqüentemente, o dever de perguntar⁵⁰². Cabe-lhe discutir com as partes as questões introduzidas no processo e não só de natureza fática, mas também quanto à sua qualificação jurídica⁵⁰³. A parte deve ser ouvida sempre que uma decisão que lhe seja desfavorável puder ser proferida⁵⁰⁴. Não se admite que o julgar decida com fundamento estranho às alegações das partes, reputado por elas irrelevante ou que tenha sido incorretamente valorado, o que deve ser submetido ao contraditório o mais cedo

⁴⁹⁸ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia - la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 26-28.

⁴⁹⁹ Othmar Jauernig admite, no entanto, que o juiz sugira a alteração do pedido em casos excepcionais (*Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 133 e 142).

⁵⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Temas de direito processual*, 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199-210, p. 201.

⁵⁰¹ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982, p. 192; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 140-143; SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Tradução Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana, 2003, p. 44.

⁵⁰² ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 388.

⁵⁰³ SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Tradução Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana, 2003, p. 44.

⁵⁰⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 68.

possível⁵⁰⁵. A parte, no entanto, não está obrigada a investigar e a esclarecer fatos ou questões alegadas por seu adversário⁵⁰⁶.

A propósito, afirma Othmar Jauernig que o “cumprimento dos deveres estatuídos no §139 é um dos mais importantes fins judiciais no processo e do mais elevado significado prático”⁵⁰⁷. Na mesma linha, diz Rolf Stürner que o “sucesso do processo alemão se assenta” na “condução processual necessariamente dirigida pelo juiz e na sua orientação dialógica”. Cabe ao juiz se ocupar, “com medidas ordenadoras do processo, de uma rápida tramitação” e “evitar a surpresa nas decisões por meio de advertências sobre pontos não suficientemente esclarecidos e discussões com as partes - o que resguarda tanto estas, quanto o tribunal de decisões equivocadas e contribui para a pacificação dos envolvidos”⁵⁰⁸. Assinala, no entanto, Reinhard Greger que a “determinação de comparecimento pessoal das partes é feito, em especial pelos juízes de primeira instância, pouco uso” e, ao “invés disso, é aceito que haja sempre apresentação de novas petição, ainda que – não por acaso assim chamado – procedimento oral”⁵⁰⁹.

Na *Ley de Enjuiciamiento Civil* Espanhola, o aporte dos fatos compete às partes, com exclusividade, cabendo-lhes à determinação do objeto do processo e do debate (artigo 216). Há a possibilidade de requerimento de esclarecimentos pelo juiz a respeito dos fatos e argumentos contidos na petição inicial e na contestação, com a advertência de que, se não realizados, pode considerá-los em conformidade ao aduzido pelo seu adversário (artigo 426.6). Realiza-se a audiência prévia, com o fim de sanear questões processuais, requerer os esclarecimentos necessários, definir o objeto da controvérsia e assinalar os meios mais simples de sua prova. Então, é designada audiência oral, em que o juiz é posto em contato direto com as provas orais – testemunhas e peritos – e com as partes.

⁵⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Temas de direito processual*, 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199-210, p. 202; BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 81.

⁵⁰⁶ PÉREZ RAGONE, Álvaro J.; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*. Tradução com estudo introdutório ao processo civil alemão contemporâneo, incluindo artigos de Hanns Prütting e Sandra de Falco. Montevidéu: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 59.

⁵⁰⁷ *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 144.

⁵⁰⁸ Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, p. 356-371, março de 2011, p. 359-360.

⁵⁰⁹ Cooperação como princípio processual. Tradução Ronaldo Luiz Kochem. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-134, abril de 2012, p. 130.

Entretanto, o diploma continua a adotar posição liberal, impondo às partes definir o objeto do processo e a modalidade de tutela, assim como restringindo o juiz de investigar e comprovar a veracidade dos fatos alegados⁵¹⁰.

O juiz pretendendo acolher ponto de vista não vislumbrado pelos litigantes deve submetê-lo ao seu conhecimento, dando-lhes oportunidade de se manifestarem⁵¹¹. Em qualquer fase do procedimento, deve indicar aos litigantes a existência de novos argumentos jurídicos em que, dados os contornos da lide, poderia fundar a sentença⁵¹². É conveniente que colabore com a formação do objeto do processo desde a sua instauração, de forma que lhe seja fácil preparar a substanciação completa da causa, aclarando as dúvidas, provocando as partes sobre as indicações mais importantes de fato, assinalando a maneira mais simples de preencher as lacunas presentes nas suas alegações e provas⁵¹³.

No Código de Processo Civil Italiano, o artigo 183 dispõe sobre o primeiro comparecimento e discussão da causa. Em seu *caput*, estabelece que, na audiência para tanto designada, o julgador deve requisitar às partes, com base nos fatos alegados, os esclarecimentos necessários e indicar as questões cognoscíveis de ofício cujo debate é relevante, bem como pode proceder, em qualquer caso, ao interrogatório livre das partes. O artigo 101, §2º, veda a prolação de decisões surpresas sobre questões cognoscíveis de ofício, impondo ao juiz a submetê-la anteriormente ao debate das partes, sob pena de nulidade. Idêntica regra é cominada à Corte de Cassação pelo artigo 384, §3º.

Portanto, a solicitação de esclarecimentos e a fixação dos pontos controvertidos a serem objeto de prova na audiência *di trattazione* são atribuições do juiz⁵¹⁴. O esclarecimento dos fatos pode se dar, de ofício, por meio da determinação do interrogatório livre. Não tem, segundo o espírito da lei, finalidade de obtenção da confissão, mas sim

⁵¹⁰ CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 139.

⁵¹¹ MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 640.

⁵¹² ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia - la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 28-29.

⁵¹³ MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 609-610.

⁵¹⁴ VERDE, Giuseppe. *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 92.

natural função clarificadora⁵¹⁵. Não obstante a oitiva informal da parte não acarretar a aplicação da pena de confesso, tem aptidão de facilitar ao juiz, por meio de um colóquio direto e espontâneo, formar seu convencimento sobre os fatos alegados⁵¹⁶. Segundo a doutrina italiana, o poder de esclarecimento dos fatos e das questões controvertidas é um “poder discricionário”, no processo civil, cuja ausência de exercício não admite a dedução de meio de impugnação, ao contrário do processo do trabalho, em que se afigura um “poder-dever”⁵¹⁷. O óbice à prolação de decisões surpresas, de seu turno, seria um limite imposto pelo ordenamento à aplicação das máximas *narra mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*⁵¹⁸.

Como esclarecem Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, impõe-se o exercício, de ofício, pelo juiz dos poderes de clarificação, de estímulo e de integração supletiva. É uma constante de ordem institucional, em qualquer ordenamento - implícita e naturalmente, apesar da relativa variabilidade dos limitados meios à disposição - que o juiz se esforce na busca, no máximo possível, da aproximação à “verdade material”. Hipótese contrária vai de encontro ao imperativo do processo justo, permitindo que uma justiça formal se transforme em substancial e certa injustiça⁵¹⁹. Marco Gradi, por sua vez, aduz que as questões cognoscíveis de ofício que o juiz deve ativar o contraditório entre as partes não se limitam as questões preliminares e prejudiciais. Devem ter interpretação mais ampla, alcançando todas as questões de fato e de direito relevantes para a sua decisão⁵²⁰.

Em Portugal, o artigo 590, 4, dispõe que “incumbe ainda ao juiz convidar as partes ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido”. De seu turno, o artigo 3º, 3, estipula que o “juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do

⁵¹⁵ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966, p. 603-604; MICHELE, Gian Antonio. Teoria geral da prova. Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 161-168, julho a setembro de 1976, p. 3 (RT on line).

⁵¹⁶ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 125-126.

⁵¹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 222.

⁵¹⁸ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 114.

⁵¹⁹ *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 226-227.

⁵²⁰ Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, anno LXV (II serie), n. 4, p. 826-848, julho a agosto de 2010, p. 837-838.

contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

O aperfeiçoamento do articulado do autor ou do réu pode se realizar por escrito, caso imposto no despacho pré-saneador, ou oralmente, se determinado na audiência prévia⁵²¹. Logo, as partes devem ser concitadas a completar suas alegações e corrigir suas insuficiências, bem como a delimitar os termos do “‘próprio litígio’, reduzindo-se o mesmo, porventura, a uma ou duas questões essenciais, potencializando-se uma rápida e eficaz aproximação à sua pretendida justa composição”⁵²². Os vícios no conjunto de alegações das partes sobre fatos essenciais somente não comportam correção, no entanto, se integralmente ininteligíveis⁵²³. O contraditório foi ampliado, vedando-se decisões surpresas e assegurando a possibilidade de as partes influírem nas decisões a serem proferidas, com a sua manifestação prévia sobre qualquer questão a ser conhecida, embora de ofício⁵²⁴.

Em especial, em conformidade aos seus artigos 7º, 2, 417, 1, e 590, 3, exige-se do juiz a prestação e a tomada de esclarecimentos (dever de esclarecimentos), o alerta às partes da deficiência ou insuficiência de suas alegações (dever de prevenção), a consulta das partes antes de decidir questão de fato ou de direito da qual ainda não tiveram oportunidade de se manifestar (dever de consulta); o auxílio às partes na superação de obstáculos ao exercício de seus direitos e faculdades, assim como no cumprimento de seus ônus e deveres (dever de auxílio)⁵²⁵. O momento oportuno para a solicitação da prestação de esclarecimentos é a audiência prévia, contudo, pode ter lugar, se necessário, em outra fase processual, não tendo a natureza de um “poder discricionário”⁵²⁶. Assim, “o juiz deixou de ser o tal ‘estranho’ em relação à exposição da matéria de facto que integra o litígio”, concitando ao complemento e ao esclarecimento das alegações das partes⁵²⁷.

⁵²¹ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas. *Direito processual civil*, v. II. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 203 e 209.

⁵²² MONTALVÃO MACHADO, Antônio. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 368.

⁵²³ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abril a junho de 1997, p. 181.

⁵²⁴ PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 25.

⁵²⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abril a junho de 1997, p. 176-177.

⁵²⁶ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 190.

⁵²⁷ MONTALVÃO MACHADO, Antônio. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 367.

3.4 O não-exercício de suas situações jurídico processuais pela parte. Desistência, renúncia, reconhecimento do pedido e transação

O princípio dispositivo engloba a disponibilidade da tutela que o ordenamento jurídico outorga aos direitos subjetivos e a organização interna do instrumento voltado à sua consecução⁵²⁸. Presente a mais ampla disponibilidade da relação substancial, por meio da qual o titular do direito não só tem a faculdade de dispor por meio de negociação, mas também judicialmente, recorrendo ou renunciando à tutela jurisdicional⁵²⁹. Portanto, a disponibilidade do direito material que lhe é objeto e do processo, o exercício pelos litigantes dos seus poderes e faculdades, bem como cumprimento dos seus ônus devem respeito ao princípio dispositivo.

O princípio dispositivo pode, então, ser visto sob o enfoque material, caso o ato de disposição reflita no direito material debatido; ou sob o enfoque meramente processual, quando o ato de disposição tiver por objeto um poder, faculdade ou ônus⁵³⁰. Iniciada a relação processual, por meio da propositura da demanda, os litigantes detêm ampla liberdade para transacionar seus direitos e obrigações, bem como exercer ou renunciar às suas situações subjetivas processuais. Cada parte atuará como e quando quiser, omitindo-se caso deseje, ressalvadas excepcionais hipóteses quando objeto do processo relações jurídicas indisponíveis⁵³¹. Por exemplo, em demanda voltada à atribuição da guarda e à fixação de período de convivência dos genitores divorciado com o filho menor, havendo a alegação de

⁵²⁸ CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y tecnica del proceso. Tradução Aurélio Romo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 12, p. 97-182, outubro a dezembro de 1953, p. 182; OLIVA SANTOS, Andrés de la. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil*, v. I. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 221; SCHWAB, Karl Heinz. Introdução ao direito processual civil alemão. Tradução José Manoel de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 55-61, julho a setembro de 1976, p. 4 (RT on line).

⁵²⁹ BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p 12-13.

⁵³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 97-98; BARLETTA, Antonino. Extra e ultra petizione. *Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 78.

⁵³¹ Interesses indisponíveis são aqueles cuja “tendência protetiva” estatal “chega a ponto de impedir que os titulares” tenham a possibilidade de, “por intermédio de atos de sua livre e espontânea vontade, dispor, ou seja, abrir mão dos bens a ele ligados” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 24).

violência ou abuso sexual, o juiz não poderá homologar acordo entre as partes que permita fique o infante na companhia do suposto abusador, sem sequer ter sido produzido estudo psicossocial.

Pode a parte no exercício do princípio dispositivo desistir da ação até antes da prolação da sentença, formulando seu pleito até a oferta de resposta à demanda ou contando com a concordância do adversário; desistir do recurso; renunciar ao direito de recorrer; deixar de interpor o recurso cabível; impugnar somente parte da decisão que lhe prejudica; não executar o julgado que lhe é favorável; entre tantas outras de suas decorrências. Quando consistente em uma declaração unilateral ou bilateral de vontade, o ato do litigante produz efeitos imediatamente, constituindo, modificando ou extinguindo sua situação jurídico-processual (artigo 200, *caput*). Exceção à regra é a desistência da ação, que exige homologação judicial (artigo 200, parágrafo único)⁵³².

Do mesmo modo, o litigante pode renunciar ao exercício de sua pretensão, reconhecer a pretensão contra si exercida ou consertar-se com o adversário. Ora, se as partes são as únicas que podem invocar a atividade jurisdicional, podem também lhe pôr fim, dispondo do direito cuja satisfação se pleiteava⁵³³. A decisão judicial quando exigida para a homologação do ato de disposição é meramente controladora da validade da vontade manifestada pela parte no ato de renúncia do direito, reconhecimento do pedido ou transação, não produzindo, de per si, efeitos⁵³⁴. Adotando uma concepção restrita de jurisdição, para Florence Brus, o juiz, na função de homologação, sequer a exerceria, pois se limita a

⁵³² “A desnecessidade da homologação não significa exclusão de toda e qualquer atuação do juiz (ou do tribunal). É óbvio que este há de conhecer do ato e exercer sobre ele o normal controle sobre os atos processuais em geral. A diferença em relação às hipóteses de ato dependente de homologação reside em que, nestas, o pronunciamento judicial tem natureza constitutiva, acrescenta algo de novo, e é ele que desencadeia a produção dos efeitos, ao passo que, aqui, toda a eficácia remonta à desistência, cabendo tão-só ao juiz ou ao tribunal apurar se a manifestação de vontade foi regular – e através de pronunciamento meramente declaratório – certificar os efeitos já operados” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 334-335).

⁵³³ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982, p. 188; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 102; MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 631-632.

⁵³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44, p. 42-43; *Idem*. 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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986, p. 62-63.

avaliação da legalidade da norma jurídica que lhe é submetida, não criando, propriamente, a norma jurídica ao caso concreto, tanto assim que poderia ser realizada por outros órgãos⁵³⁵.

Como visto, portanto, proposta a demanda, o demandante pode posteriormente desistir de submetê-la a julgamento (artigos 200, parágrafo único, e 485, inciso VIII). A desistência pode ocorrer até a prolação da sentença (artigo 485, §5º). Caso proposta demanda pelo inicialmente demandado, por meio de reconvenção, a desistência feita pelo adversário não a afeta (artigo 343, 2º). Ofertada resposta à demanda, a desistência não prescinde de anuência do réu (artigo 485, §5º). A desistência da demanda executiva somente exige anuência do executado, quando pendente impugnação ou embargos que versem não só sobre questões processuais (artigo 775). Na hipótese de julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivo, publicado o acórdão paradigma, a desistência, no entanto, independe de consentimento do demandado (artigo 1.040, §2º).

A decisão interlocutória ou a sentença que homologa a desistência não tem natureza de mérito, permitindo novo exercício da pretensão contra a mesma parte e sob os mesmos fundamentos. Daí a exigência de concordância do réu, quando da sua oposição à pretensão contra si exercida, o que decorre da possibilidade de obter tutela jurisdicional em seu favor, a qual se submeterá à autoridade da coisa julgada material e obstará seja novamente incomodado pelo mesmo autor com a propositura de idêntica demanda. Como a execução volta-se, preponderantemente, à prática de atos de constrição patrimonial em desfavor do executado, se este não levantou questões materiais contra a pretensão executiva, não haveria sentido em exigir a sua concordância com a desistência. Nos julgamentos por amostragem, como a *ratio decidendi* dos julgados tornam-se vinculantes (artigo 927, inciso III), o legislador presume que com a desistência a mesma demanda não venha a ser novamente proposta. Se ocorrer, deverá ser julgada liminarmente improcedente (artigo 332, inciso II).

Na esfera civil, em regra, as partes podem livremente dispor de seus direitos e obrigações, como consequência da sua autonomia de vontade. Surgido o litígio entre elas, antes, durante ou depois da pendência de processo judicial, podem consertarem-se, a fim de regular suas posições jurídicas (artigos 840 do Código Civil e artigo 487, inciso

⁵³⁵ *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 176.

III, alínea “b”, do Código de Processo Civil). A transação é admitida a despeito da prolação de decisão de mérito revestida da autoridade da coisa julgada material, podendo, inclusive, dispor de modo diverso ao seu conteúdo. Na mesma linha de ideias, proposta a demanda, é lícito que o autor renuncie à pretensão exercida ou o réu reconheça a sua procedência (artigo 487, inciso III, alíneas “a” e “c”).

A transação envolve a conjugação das declarações jurídico-negociais dos litigantes. A renúncia e o reconhecimento da pretensão originam-se de uma única declaração jurídico-negocial meramente recebida pelo adversário, quando necessária sua anuência. A transação, renúncia e o reconhecimento da pretensão acarretam a extinção do processo, com resolução de mérito, e, portanto, a solução pactuada assume vestes da *auctoritas rei iudicatae*. O legislador tem por objetivo tornar imutáveis os seus efeitos, com seu acobertamento pela coisa julgada material, sem embargo de não julgada pelo Estado-juiz, propriamente, a pretensão deduzida em juízo.

3.5 A participação do juiz na solução consensual

Os bens da vida são insuficientes para o atendimento das necessidades de todos os integrantes do corpo social. Em consequência, a satisfação de um indivíduo ou ente pode ser obstada pela sua contraposição ao interesse de outro. Surge a lide, correspondendo a um modo de ser do conflito de interesses inserto no substrato social qualificado por uma pretensão resistida⁵³⁶. Lide, portanto, é conceito sociológico. A sua solução comporta três modalidades autotutela, autocomposição e heterocomposição⁵³⁷.

Na autotutela, uma das partes impõe a solução do conflito havido à outra. Em regra, é proibida pela ordem jurídica, ressalvadas as exceções tipicamente previstas (item 3.1). Na autocomposição, as próprias partes integrantes do conflito, com ou sem auxílio de terceiros, alcançam um acordo a fim de regular suas relações, adotando a sua

⁵³⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 108-109.

⁵³⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 3. ed. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2000, p. 22-26.

solução. Na heterocomposição, a solução é imposta por terceiro alheio ao conflito. Constituem-se como métodos autocompositivos a negociação, a mediação e a conciliação. Entre as formas de heterocomposição, além da submissão do conflito ao Poder Judiciário, encontra-se a arbitragem, na qual a vontade das partes é substituída pela decisão do árbitro.

A negociação, a mediação e a conciliação são mecanismos adequados para a solução de litígios. Cuidam-se de novas estratégias de tratamento dos conflitos de interesses, com a adoção de soluções “socialmente convenientes, além de juridicamente legítimas”⁵³⁸. A denominação “adequada” tem sido preferida à “alternativa”, que faz referência a se tratar de meios alternativos à jurisdição estatal⁵³⁹. Definitivamente, “a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado”⁵⁴⁰.

O fomento da conciliação e da mediação insere no movimento de acesso à justiça das ondas de renovação que acometem o processo civil⁵⁴¹. Geram revolução na prestação jurisdicional em consonância, especificamente, à terceira onda renovatória, que enfoca a busca de técnicas extraprocessuais e processuais voltadas ao alcance da solução dos conflitos havidos no seio social de forma mais célere e efetiva⁵⁴².

O Código de Processo Civil de 2015 fincou a composição amigável como um de seus pilares. Reconheceu, em sua exposição de motivos, “que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz”. Assinalou, em seu artigo 3º, que a conciliação, a mediação e outros meios

⁵³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

⁵³⁹ “Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilização que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral)”. Em consequência, “os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos” e “não os autocompositivos”. Assim, para “evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a métodos alternativos. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33).

⁵⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 118.

⁵⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31.

⁵⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112.

consensuais de solução de litígios devem ser estimulados por todos os operadores do direito, no curso do processo e fora dele. São concitados não só o Poder Judiciário, mas também o Ministério Público, a Defensoria Pública e toda sorte de advogados, públicos e privados, a abraçar a autocomposição. A promoção da composição amigável dos conflitos é, de mais a mais, arroladas entre os poderes-deveres do juiz (artigo 139, inciso V). Não é “uma simples recomendação aos juízes mais sensíveis ao valor da pacificação, mas um autêntico dever a ser cumprido”⁵⁴³.

Nos processos em geral, o diploma, em seu artigo 334, impôs, antes da oferta de resposta à demanda, a designação de audiência para tentativa de composição amigável. Nos processos versando sobre questões de família, a audiência foi prevista, especificamente, no artigo 695, *caput*. A audiência não será realizada apenas se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou se os direitos objeto do processo não a admitirem (artigo 334, §4º, incisos I e II)⁵⁴⁴.

Sem embargo da preferência da condução dos trabalhos para a composição amigável por conciliador ou mediador (artigo 334, §1º), o magistrado pode presidir a audiência voltada à sua consecução, sobretudo quando pleiteado pelas partes ou ausente profissional habilitado exercendo sua função junto ao juízo⁵⁴⁵. Mesmo nas solenidades cuja tentativa de acordo, inicialmente, é levada a efeito por conciliador ou

⁵⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 233.

⁵⁴⁴ O conflito aparente com a norma inserta no artigo 27 da Lei n. 13.140/15, que é posterior e especial, deve ser solvido pelo diálogo de fontes (MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. Coordenação MARQUES, Claudia Lima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32). Por conseguinte, a audiência para tentativa de composição amigável deve ser designada apenas na ausência de oposição de todas as partes (TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. Disponível em <http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2020, p. 15-16). Em sentido oposto, prevalecendo sempre a Lei n. 13.140/15, DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o NCPC e a Lei de Mediação. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao-17082015. Acesso em 24 de setembro de 2020.

⁵⁴⁵ “Na medida em que o CPC/2015 apregoa a cultura da solução consensual dos conflitos entre os cidadãos, por meio da divulgação valorosa da conciliação e da mediação, seria o juiz mais um colaborador participante desse processo de promoção dos meios adequados de resolução das contendas. Nesse contexto, não permitir o magistrado de conduzir a audiência de conciliação, especialmente quando não há auxiliares da justiça habilitados para tanto, é retirar a oportunidade de os sujeitos colocarem fim ao litígio de forma célere, eficiente e mais satisfativa” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CAMPOS, Adriana Pereira; MOREIRA, Tainá da Silva. A atuação do juiz nas audiências de conciliação na hipótese de ausência de auxiliar da justiça. *Revista Argumentum*. Marília: Universidade de Marília, v. 21, n. 1, p. 315-337, janeiro a abril de 2020, p. 334).

mediador, uma vez não alcançado, o juiz pode vir a atuar aproximando os litigantes para a autorregulação de seus direitos e obrigações. O julgador pode participar da negociação, se o caso, formulando propostas de acordo. A atividade está inserida dentro dos poderes-deveres que exerce no processo. Não há, por conseguinte, suspeição ou impedimento do juiz que preside a audiência para tentativa de composição amigável para posteriormente julgar o processo⁵⁴⁶. Contudo, “é especialmente importante na tentativa de conciliação, que não deve degenerar em constrangimento a acordo indesejado”, que as partes permaneçam “inteiramente livres”⁵⁴⁷.

Nas demais audiências realizadas no curso do procedimento, sempre o julgador deve, como seu ato inicial, tentar obter a conciliação. Em que pese a previsão limitada à audiência de instrução e julgamento (artigo 359), aplica-se, igualmente, à audiência de saneamento e organização da prova. Ainda, sempre que vislumbrar a possibilidade de composição amigável ou que esta forma de resolução de conflitos melhor se adequa ao caso concreto, pode designar solenidade específica para tentativa de sua consumação (artigo 139, inciso V), o que pode ocorrer em qualquer altura da fase de conhecimento ou mesmo da fase ou processo de execução.

Excepcionalmente, a tentativa de composição amigável pode ser suprimida do arco procedimental. Na eventualidade de o juiz constatar a improbabilidade do sucesso na tentativa de acordo, pode deixar de designar a audiência prevista para tanto. Pode, ainda, postergá-la para o fim da fase postulatória ou para outro momento processual que reputar mais adequado. Entretanto, sempre que pleiteada pelos litigantes, não pode furtar-se da sua realização.

3.6 Conclusão parcial

⁵⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-154, p. 143; PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 211.

⁵⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 109-135, outubro a dezembro de 1985, p. 11 (RT *on line*).

1. O exercício da jurisdição pelo Estado-juiz exige, necessariamente, provocação das partes. É informado pelo princípio da inércia jurisdicional ou da demanda. O juiz cuida da regularidade da demanda, contudo, não tem qualquer influência no seu conteúdo. Limita-se a julgar, exatamente, o mérito ou objeto litigioso do processo, não podendo ir além ou ficar aquém das pretensões veiculadas pelos litigantes. A propositura da demanda e delimitação do mérito ou objeto litigioso do processo são, pois, atividades dependentes da iniciativa das partes, não admitindo atuação do julgador de ofício.

2. Mesmo as tutelas provisórias, de urgência e evidência, exigem pedido para sua outorga pelo juiz. Sem provocação, este somente pode adotar medidas de apoio à sua efetivação ou impor a prestação de caução. Inexiste, portanto, um poder geral de cautela detido pelo julgador, que autorizasse atuar *ex officio* fora das hipóteses expressamente previstas em lei.

3. É tarefa das partes a veiculação das alegações de fato sobre as quais repousará o julgamento. A modificação da causa de pedir é defesa ao juiz. Não se admite, pois, que introduza fatos principais ou altere os efeitos jurídicos que lhes atribuiu os litigantes. O julgador somente pode conhecer, de ofício, de fatos notórios, confessados, incontroversos, presumidos verdadeiros e comprovados, desde que sejam secundários. Em que pese reconhecida a superveniência como apta a alterar a causa de pedir, sem provocação da parte, o juiz somente pode conhecer os fatos supervenientes que não sejam principais.

4. O juiz individualiza, interpreta e aplica as normas jurídicas ao caso concreto (*mihi factum dabo tibi ius*). Para o exercício da sua função, deve conhecer o ordenamento jurídico (*iura novit curia*). O nosso direito processual excepciona os direitos municipal e estadual fora do âmbito da sua jurisdição, bem como o direito estrangeiro e consuetudinário, podendo ser exigida a prova do seu conteúdo e vigência. Mesmo pela celebração de negócios jurídicos processuais, os litigantes não podem impor os dispositivos legais que incidirão no seu julgamento ou atribuir qualificação jurídica aos fatos que amparam a sua pretensão. Entretanto, o juiz limita-se a decidir se os efeitos jurídicos alinhavados pelas partes se produzem sobre o conjunto fático extraído dos autos. Do contrário, modificaria o pedido. Os litigantes influenciam na formação do seu convencimento, suscitando os fundamentos legais e a qualificação jurídica que entendam devem prevalecer na decisão judicial.

5. As alegações formuladas pelos litigantes não devem ser recebidas, de forma estática, pelo julgador. É seu poder-dever solicitar que prestem os esclarecimentos escritos ou orais necessários para seu aclaramento ou complementação. Cabe-lhe, ainda, indicar quais questões de fáticas e jurídicas são relevantes para o seu julgamento. É vedada, ainda, a prolação de decisões surpresas, com amparo em fundamentos não colocados sob o contraditório das partes.

6. As partes têm disponibilidade da tutela jurisdicional, do processo e das situações jurídico-processuais de sua titularidade. O princípio dispositivo, assim, informa a disponibilidade do direito material que lhe é objeto, do próprio processo e do exercício pelas partes dos seus poderes e faculdades, assim como do cumprimento dos seus ônus.

7. A busca da composição amigável insere-se entre os poderes-deveres do julgador. A sua tentativa não deve ficar relegada à audiência inserida no início do arco procedimental, tampouco ser atribuída como tarefa exclusiva de conciliadores e mediadores. Em toda audiência realizada no curso do procedimento, o juiz deve, inicialmente, concitar as partes à transação sobre seus direitos e obrigações. Do mesmo modo, sempre que vislumbrar a possibilidade de acordo, em qualquer fase procedimental, deve designar audiência específica para procurar a sua obtenção.

4 A MARCHA DO PROCESSO

O ordenamento jurídico engloba normas de índole material e processual. As normas materiais regulam a organização do Estado e os direitos e obrigações das pessoas, com a atribuição de seus bens. As normas processuais visam a garantir a atuação das normas materiais, uma vez não espontaneamente observadas. O processo, portanto, é instrumento do direito material⁵⁴⁸. A estruturação e organização interna do processo assegura as partes contra o arbítrio judicial e o abuso de uma frente a outra, buscando equilíbrio entre suas situações jurídico-processuais⁵⁴⁹. Enfim, a forma “ata as mãos da arbitrariedade, a pior adversária da justiça”⁵⁵⁰.

Todo direito assegurado no plano material deve ter um meio processual adequado para sua tutela⁵⁵¹. O procedimento regulado pelo legislador para a prestação da tutela jurisdicional não deve ser compreendido como uma mera sequência de atos, mas sim na atribuição a cada um dos sujeitos processuais de suas situações jurídico-processuais, que se conectam reciprocamente de forma cronológica⁵⁵². A marcha processual segue, pois, por meio de atos praticados pelas partes e pelo juiz.

4.1 Impulso oficial

⁵⁴⁸ “Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a este vinculado por um anexo de afinidade” (LACERDA, Galeno Vellinho de. O Código como sistema legal de adequação. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258, p. 252).

⁵⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

⁵⁵⁰ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 109.

⁵⁵¹ Heitor Vitor Mendonça Sica vê o fenômeno sob o prisma do direito de ação que se definiria como “direito de ‘acesso à ordem jurídica justa’”, a garantir “que o resultado da atividade processual reunirá todas essas características, atingindo-se assim a outorga da tutela jurisdicional efetiva (no sentido de que congregue realização prática do direito material com celeridade e segurança jurídica, mediante a observância do devido processo legal), adequada (a proteção jurisdicional deve ser moldada ao direito substancial reclamado) e tempestiva (seja pela disponibilização de mecanismos para tutela situações de urgência, seja pela duração razoável do processo)” (*O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 30-31).

⁵⁵² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288.

O processo é instrumento do exercício da jurisdição pelo Estado-juiz. Como mecanismo de exercício de parcela de sua soberania, tem caráter público. Validamente, o poder jurisdicional “é um serviço prestado aos indivíduos e à própria sociedade mas não significa sacrifício de valores para quem a exerce, cumpre a ele em primeiro lugar a condução do processo em direção ao objetivo final, sem se considerar o juiz em permanente dependência da iniciativa dos litigantes”⁵⁵³. Enquanto “se considerava o processo como “coisa das partes”, era natural que se entregasse a estas – ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados – o comando do ritmo processual”⁵⁵⁴. Atualmente, no entanto, “a posição do juiz no processo se encontra fortalecida. Esta concepção é de natureza universal. O juiz não permanece ausente da dinâmica processual. A condução do processo de modo concentrado e acelerado passou a ser de sua responsabilidade”⁵⁵⁵.

Em linhas gerais, como indica Eduardo Juan Couture, o legislador pode organizar o processo como uma sequência de atos que se encadeiam em etapas sucessivas ou sem uma ordem preestabelecida, admitindo sempre a introdução de novos elementos de convicção. O primeiro modelo seria o “processo de ordenação legal”, presente nas legislações modernas. O segundo modelo consistiria no “processo de desenvolvimento discricionário”, cuja admissão ocorreu em dado momento histórico⁵⁵⁶.

O impulso do processo consiste em colocá-lo e mantê-lo em movimento, após instaurado⁵⁵⁷. Como aponta Karl Heinz Schwab, se “o prosseguimento processual ficar nas mãos do juiz, fale-se de impulso oficial; se estiver colocado na esfera das partes, temos o prosseguimento impulsionado pelas partes”⁵⁵⁸. O impulso oficial é

⁵⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 206.

⁵⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 125, p. 279-288, julho de 2005, p. 3 (RT *on line*).

⁵⁵⁵ DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, p. 37-57, abril a junho de 1986, p. 38.

⁵⁵⁶ *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 85.

⁵⁵⁷ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 383.

⁵⁵⁸ Introdução ao direito processual civil alemão. Tradução José Manoel de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 55-61, julho a setembro de 1976, p. 3 (RT *on line*).

adotado pelos sistemas processuais na atualidade⁵⁵⁹. Foi constatado que relegar a marcha do processo à vontade das partes não concorria para a sua razoável duração⁵⁶⁰. Ao contrário, havia risco de que ela se eternizasse. Tornou-se, então, opinião comum que deve ser atribuída ao órgão judicial a função de impedir que o perigo se convertesse em dano⁵⁶¹. Quando previsto, o impulso de ofício cede somente diante da vontade das partes de pôr fim ao processo como reflexo da sua autonomia privada⁵⁶².

O modelo processual acolhido pelo Código de Processo Civil de 2015 é ordenado pelo legislador, dotado de rigidez e impulsionado pelo juiz. Informa-se por regras severas de estabilização da demanda e de dedução da matéria defensiva (princípio da eventualidade), assim como por um regime de preclusões. É outorgado ao julgador o dever zelar pelo trâmite do processo, com a adoção do princípio do impulso oficial. Cabe às partes instaurar o processo, contudo, é sua tarefa conduzi-lo ao seu termo. Assim, após iniciada, a marcha processual segue independentemente da vontade das partes (artigo 2º). O impulso é oficial, não dos litigantes.

O impulso oficial não viola a liberdade das partes em matéria processual. Ao revés, a atribuição da tarefa de condução do processo ao juiz convive, em harmonia, com o princípio dispositivo⁵⁶³. A título de exemplo, designa-se audiência para saneamento e organização da prova, cabendo ao litigante comparecer e contribuir com a fixação dos pontos controvertidos e eleição das provas necessárias para a sua solução. Abre-se e encerra-se, oportunamente, a fase de instrução processual, podendo a parte, no seu interim, desincumbir-se, ou não, de seu ônus de prova. O processo segue, percorrendo todas as suas etapas, rumo ao seu final, escolhendo os litigantes exercerem no seu curso seus poderes e faculdade, assim como cumprirem os seus ônus.

⁵⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 39-54, p. 46.

⁵⁶⁰ ARAÚJO, Justino Magno. Os poderes do juiz no processo civil moderno (visão crítica). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, p. 94-106, outubro a dezembro de 1983, p. 2-3 (RT on line).

⁵⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 125, p. 279-288, julho de 2005, p. 3 (RT on line).

⁵⁶² CAPONI, Remo. Modelos e reformas do processo de conhecimento na Europa. Tradução Renata Vierai Maia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 77, p. 367-386, julho a dezembro de 2020, p. 376.

⁵⁶³ BRUS, Florence. *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 175.

As partes, portanto, têm mantidas a titularidade e liberdade no exercício de suas situações jurídico-processuais. O julgador, porém, deve instar os litigantes a exercê-las de modo concatenado, percorrendo todo o arco procedimental necessário ao julgamento das pretensões exercidas. Deve controlar o célere, regular e leal desenvolvimento do processo, não condescendo com manobras protelatórias⁵⁶⁴. Legar aos sujeitos parciais a condução dos atos do processo postergaria indefinidamente o seu desfecho em detrimento da efetividade da administração da justiça.

O juiz ativo acelera o trâmite do processual, sem que se verifique a perda da sua independência⁵⁶⁵. Não favorece um ou outro litigante. Atua, em conformidade ao modelo previsto pelo legislador, com vistas a percorrer todo o *iter* necessário para a prolação de um provimento jurisdicional justo, efetivo e em prazo razoável. Para tanto, determina as citações, intimações e notificações necessárias, designa audiências, fixa prazos, zela pela regularidade dos atos procedimentais, entre tantas outras atribuições na direção formal do processo.

Deve se distinguir, porém, a formação do seu objeto litigioso, que cabe aos litigantes, da condução do processo, que escapa à sua disponibilidade, competindo ao julgador. Instaurada a relação processual, o modo de ser dos atos do procedimento têm estipulação legal, com a atribuição do seu controle e impulso ao juiz. Definitivamente, o processo não pode ter fim com o julgamento das pretensões exercidas antes da prática de todos os atos voltados à formação do convencimento judicial, tampouco pode se estender mais do que o necessário. Admitir-se o contrário é postergar a outorga da prestação jurisdicional a quem tem direito e prejudicar todos os demais feitos em curso junto ao órgão jurisdicional.

4.1.1 O impulso do processo na Alemanha, Espanha, Itália e Portugal

⁵⁶⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, p. 178-184, novembro de 1993, 179; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 125, p. 279-288, julho de 2005, p. 3 (RT *on line*).

⁵⁶⁵ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982, p. 195.

O Código de Processo Civil Alemão atribui ao julgador papel central no impulso processual, porém partes e terceiros devem auxiliar na sua eficiente tramitação⁵⁶⁶. Por exemplo, cabe ao juiz, *ex officio*, a designação das audiências (§216. 1), bem como a determinação das citações e notificações (§§ 166. 2, e 214), uma vez que com a “concentração do prosseguimento processual na órbita do juízo, pode ser afastado o perigo da procrastinação do processo”⁵⁶⁷. O impulso de ofício integra o feixe de poderes-deveres de direção do processo outorgado ao juiz e foi, paulatinamente, ampliado pelas reformas do sistema processual, limitando o “império das partes sobre o processo”, que era a causa de sua maior dilação⁵⁶⁸.

Na Espanha, o impulso oficial foi acolhido desde o Decreto-lei Real, de 2 de abril de 1924⁵⁶⁹. Na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, o juiz controla, de ofício, os pressupostos processuais e o Secretário Judicial confere impulso ao processo (artigos 416.1 e 179.1). Assinala a doutrina que se deve assegurar ao juiz uma posição de partícipe ativo no processo, provendo-o de condições e da autoridade necessária para dirigi-lo até seu final com a maior celeridade possível, mas compatível com uma decisão acertada⁵⁷⁰.

No processo civil italiano, o réu é citado para comparecer à audiência inicial, cuja data é previamente agendada pelo Presidente do Tribunal no início do ano judiciário (artigo 163). As partes são formalmente constituídas (artigos 165 e 166), assim como o processo registrado (artigo 168). Só depois é indicado um juiz instrutor, que passa a conduzir o processo (artigo 168-*bis*). Reconhece-se que o juiz exerce poderes de direção formal e de direção material. Os poderes de direção formal dizem respeito aos atos do procedimento. Os poderes de direção material exigem esclarecimento do tema controvertido

⁵⁶⁶ PÉREZ RAGONE, Álvaro J.; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*. Tradução com estudo introdutório ao processo civil alemão contemporâneo, incluindo artigos de Hanns Prütting e Sandra de Falco. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 112.

⁵⁶⁷ SCHWAB, Karl Heinz. Introdução ao direito processual civil alemão. Tradução José Manoel de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 55-61, julho a setembro de 1976, p. 3 (RT on line).

⁵⁶⁸ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 384-385.

⁵⁶⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil*, v. I. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 242; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177, p. 94-152, novembro de 2009, p. 105.

⁵⁷⁰ MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 609.

e integração das provas deduzidas pelas partes, de sorte a concorrer para a formação do material decisório⁵⁷¹. Ao contrário do diploma de 1865, o Código de Processo Civil de 1940, no que toca ao impulso do processo, “inspira-se claramente na prevalência do componente publicista sobre o privatista”. Assim, as “partes conservam o monopólio em relação à proposição da demanda (e das exceções arguíveis somente por instância das partes), mas perdem todo o poder sobre a determinação dos tempos do processo, poder este que é transferido para o juiz”⁵⁷².

Em Portugal, o artigo 6º, I, do seu Código de Processo Civil estipula o dever de gestão processual, segundo o qual cumpre ao juiz, “sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”. O dispositivo angaria o “princípio da officiosidade”⁵⁷³. Recebeu, no entanto, críticas a autonomia que o legislador tentou conferir ao dever de gestão processual, dissociando-o da direção do processo e da adequação formal, o que somente se explicaria “pela inércia habitual dos magistrados no uso de poderes que já anteriormente tinham”⁵⁷⁴. Há quem entenda, porém, que esta figura transcenderia a uma mera “atividade burocrática ou administrativa por parte do juiz”⁵⁷⁵.

4.2 Flexibilidade procedimental

⁵⁷¹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 221.

⁵⁷² PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália. Tradução de Myriam Filippis. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 23-42, 2001, p. 33.

⁵⁷³ CHILEKASE, Alegria Rodrigues Jaime. *Reexame das questões de facto em segunda instância*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 18.

⁵⁷⁴ LEBRE DE FREITAS, José. Sobre o novo código de processo civil (uma visão de fora). *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, ano 73, v. I, p. 23-61, janeiro a março de 2013, p. 28.

⁵⁷⁵ ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 85-110, p. 101.

Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, o processo nasce como imanente ao direito substancial. Ganha, posteriormente, vestes de autonomia, com distinção entre a relação processual e a relação material⁵⁷⁶. Hodiernamente, o processo é reconhecido como instrumento de consecução do direito material, com escopo social, político e jurídico. É, portanto, mecanismo de solução de controvérsias. Realiza-se mediante uma série de atos que se desenvolvem em contraditório. A forma de organização dos atos constitui-se no procedimento.

Os modelos de procedimento são disciplinados pelo legislador, ao menos inicialmente. As partes e o juiz devem conhecer, de antemão, suas situações jurídico-processuais para melhor exercê-las no curso do processo⁵⁷⁷. Em linha de princípio, nos variados sistemas processuais, há disposição de uma ou mais formas gerais de procedimentos para a proteção de ampla gama de direitos e alguns procedimentos específicos para a defesa de direitos com características reputadas especiais a exigir diferenciação do modelo comum. Assente que as “formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência. Sua observância representa uma garantia de andamento regular e legal do processo e de respeito aos direitos das partes, sendo, pois, o formalismo indispensável ao processo”⁵⁷⁸

O “princípio da rigidez das formas sempre permaneceu como espinha dorsal do processo”⁵⁷⁹. Contudo, pode ser conferida a oportunidade de flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. Em determinadas situações, o julgador, no curso do processo, pode ter o poder de adaptar os atos procedimentais, a fim de se amoldarem às especificidades do caso concreto. De seu turno, os litigantes, como corolário da autonomia da vontade, podem ajustar o procedimento como reputarem apropriado antes ou após o surgimento do litígio. A liberdade de disposição sobre os atos procedimentais, no entanto, não é absoluta. Evidentemente, como exceções ao esquema previamente estabelecido pelo

⁵⁷⁶ Institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 71-123, p. 86-87.

⁵⁷⁷ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 107.

⁵⁷⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, v. 82, n. 3, p. 165-187, julho a setembro de 2016, p. 165.

⁵⁷⁹ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 17.

legislador para a solução de controvérsia, em um e outro caso, a modificação procedimental obedece aos requisitos e sujeita-se a limitações impostas pela própria ordem jurídica.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu bojo alguns procedimentos especiais previamente estipulados pelo legislador (artigos 539 a 770). Por outro lado, dotou o juiz de poderes-deveres para flexibilização do procedimento (artigo 139, inciso VI). De mais a mais, conferiu às partes a possibilidade de entabulamento de negócios jurídicos processuais, mudando os atos do procedimento ao regularem os seus poderes, faculdades, ônus e deveres (artigo 190).

4.2.1 A especialização do procedimento pelo legislador

Ao surgir, o Estado moderno centraliza o poder e monopoliza o exercício da força⁵⁸⁰. Cria um conjunto de normas que disciplinam o seu funcionamento e as relações dos integrantes do seu corpo social, bem como cuida da sua aplicação e execução. Na lição de Giorgio Berti, na sociedade os conflitos entre os homens e as suas organizações são imanentes: a superação desses conflitos se dá seja por meio de decisões de uma autoridade que se auto investe de poderes em nome da justiça e, portanto, de forma autoritária e unilateral, ou por intermédio do confronto entre uma autoridade que representa o todo social, os indivíduos ou os grupos, confronto realizado sob o plano da igualdade e segundo o princípio *audi alteram partem*, isto é, de forma processual⁵⁸¹.

A concentração do poder na evolução histórica cede frente aos imperativos de equilíbrio e harmonia. Nos Estados Democráticos de Direito, são divididas as funções legislativa, executiva e judiciária, com atribuição a órgãos diversos na organização estatal. O Estado-legislador edita leis estipulando normas de conduta. Não observadas voluntariamente, podem ser impostas pelo Estado-juiz, por meio do processo.

⁵⁸⁰ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 1, n. 2, p. 42-57, julho a setembro de 2010, p. 44; *Idem*. Rigidity e flessibilità del processo civile. *Rivista di diritto processuale*, n. 6, ano LXXI, 2. série, Padova: Cedam, p. 1442-1458, novembro a dezembro de 2016, p. 1444-1445.

⁵⁸¹ Diritti umani - nuovi diritti - trasformazione dello stato di diritto. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 7, p. 29-42, 2003, p. 39.

Por conseguinte, a “tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão em uma causa posta em juízo”⁵⁸². O exercício da jurisdição exige o estabelecimento de regras, cuja gênese compete, do mesmo modo, ao legislador⁵⁸³. Nessa ordem de ideias, José Roberto dos Santos Bedaque aduz que se compromete “o Estado a oferecer instrumento adequado à solução das controvérsias existentes no plano material”. No desempenho do seu mister, “não pode ignorar a realidade substancial sobre a qual os atos processuais irão produzir efeitos. Só assim conseguirá construir instrumento apto a proporcionar o que dele se espera”⁵⁸⁴. É, pois, função do Poder Legislativo a criação do direito material e do direito processual.

Como assinalam Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, nos sistemas de *common law*, as normas escritas tratam de partes ou aspectos mais importantes do processo, com o reconhecimento do poder regulamentar dos órgãos judiciais de estabelecimento de regras para a sua disciplina. A tradição foi quebrada por uma relevante exceção na Inglaterra: as *Civil Procedure Rules*. Nos sistemas de *civil law*, como o brasileiro, o procedimento, em geral, é formulado com primazia pelo Poder Legislativo. Segue-se o modelo de codificação, com a configuração da disciplina legal do processo como um sistema fechado e completo, de sorte a não deixar nada que não seja especificamente regulado pela lei. Entretanto, o arcabouço previamente estipulado não é integralmente vinculante, restando aos litigantes um campo mais ou menos amplo de escolha do exercício, ou não, das situações jurídicas processuais que detêm. O processo, portanto, não é um mecanismo que funciona de modo uniforme⁵⁸⁵.

No sistema processual pátrio, vige o princípio da legalidade das formas, não obstante com “‘temperamentos’, representados pelos princípios da instrumentalidade, da ausência de prejuízo e da economia”⁵⁸⁶. A previsibilidade das formas

⁵⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351-392, p. 363.

⁵⁸³ Um proeminente produto conceitual da racionalização do Poder Judiciário enquanto poder burocraticamente organizado é formado da categoria do procedimento como sequência de atos pré-ordenados à decisão do juiz (CAPONI, Remo. Rigidity e flessibilità del processo civile. *Rivista di diritto processuale*, n. 6, ano LXXI, 2. série, Padova: Cedam, p. 1442-1458, novembro a dezembro de 2016, p. 1.446).

⁵⁸⁴ *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 510.

⁵⁸⁵ *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 21-22.

⁵⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 431.

processuais traz segurança às partes e combate o arbítrio judicial⁵⁸⁷. Assegura, ainda, a igualdade entre os litigantes, proporcionando o seu “justo equilíbrio”, com a concessão em seu favor, “na mesma medida”, de “direitos, faculdades e deveres, de modo que não sejam desiguais suas possíveis influências sobre o desenvolvimento do processo e a atividade de conhecimento do juiz”⁵⁸⁸. As normas de procedimento são, inicialmente, normas de eficiência e de garantia, de sorte que respeitá-las como tal é, portanto, um imperativo categórico⁵⁸⁹. Todavia, como bem aponta Galeno Lacerda, “certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser”⁵⁹⁰.

Geralmente, de um lado, organiza, o legislador uma ou mais séries de atos, os denominados procedimentos comuns, para tutelar variados direitos pelo Poder Judiciário⁵⁹¹. De outro lado, esculpe algumas séries de atos diversas destinadas à tutela de direitos específicos, os chamados procedimentos especiais. Compete-lhe, ainda, a modelagem dos procedimentos de modo rígido ou flexível, conferindo, ou não, a permissão ao juiz e às partes para sua adequação ao caso concreto.

Os procedimentos comuns variam a extensão do seu conjunto de atos segundo a complexidade e o conteúdo econômico do direito tutelado. Os procedimentos especiais, como regra, adicionam, alteram ou suprimem etapas dos procedimentos comuns com vistas a melhor atender às peculiaridades do direito que tem por missão proteger ou a conferir maior efetividade ao processo⁵⁹².

⁵⁸⁷ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre as formalidades no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858, p. 1.

⁵⁸⁸ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 23.

⁵⁸⁹ CHIARLONI, Sergio. Ética, formalismo processual, abuso del processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 239, p. 105-117, janeiro de 2015, p. 106.

⁵⁹⁰ O Código e o formalismo processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, v. 21, p. 13-20, 1983, p. 16.

⁵⁹¹ “O procedimento comum ou ordinário era aquele que retratava a consolidação do que experiência secular mostrava ser o formato de procedimento mais adequado para todos ou quase todos os litígios levados ao Judiciário. Era também procedimento mais alongado, onde poderiam ser utilizados todos os instrumentos previstos em um dado ordenamento processual, o que se permitia uma cognição ampla e irrestrita” (DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 19-20).

⁵⁹² MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, v, 67, n 1, p. 114-125, janeiro a março de 2001, p. 123.

A tutela jurisdicional pode assumir, portanto, vestes diferenciadas, estabelecendo o legislador, segundo as especificidades do direito material, procedimento específico para o desenvolvimento da atividade judicial e da participação das partes na construção da decisão que solucionará a crise havida⁵⁹³. Dever-se-ia ter por objetivo “a superação das limitações genéticas do processo de conhecimento ordinário e de sua adequação ao mundo contemporâneo”⁵⁹⁴. Contudo, o estabelecimento de um procedimento especial pelo legislador não tem uma motivação específica, tratando-se de opção política, frequentemente baseada ora na conveniência, ora no peso da tradição, ora na busca por mais celeridade⁵⁹⁵.

Há diversas técnicas ao alcance do legislador para formatação do procedimento com a finalidade de fazer frente às necessidades do direito material. Pode, assim, optar por dispensar o juiz de realizar uma cognição horizontal plena ou uma cognição vertical exauriente⁵⁹⁶, procurando conferir celeridade e efetividade ao processo em detrimento da segurança jurídica. Move-o “regra da adaptabilidade que é inerente à condição instrumental do processo”⁵⁹⁷, bem como integrante da sua teoria geral, aplicando-se também aos processos penal, tributário, trabalhista, eleitoral, administrativo, legislativo e arbitral⁵⁹⁸. Entretanto, sua adoção deve se pautar pela cautela, “para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a vulneração do princípio assegurado da paridade das armas no processo”, uma vez que “tende a favorecer o polo ativo”⁵⁹⁹.

⁵⁹³ Como anota Donaldo Armelin, a expressão tutela diferenciada é equívoca, referindo-se ora ao “*iter procedimental*” e ora à “própria tutela, em si mesma, ou seja, ao provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte” (Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 45-55, janeiro a março de 1992, p. 46).

⁵⁹⁴ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 142

⁵⁹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 29-31.

⁵⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 164-165; LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 91; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Tutela Executiva e prescrição. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil – passado, presente e futuro*. Organização ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 257.

⁵⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159.

⁵⁹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, v. 82, n. 3, p. 165-187, julho a setembro de 2016, p. 169; LACERDA, Galeno Vellinho de. O Código como sistema legal de adequação. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258, p. 253.

⁵⁹⁹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 45-55, janeiro a março de 1992, p. 46.

Ao longo da história, herança cultural da sua origem lusitana⁶⁰⁰, as leis processuais brasileiras foram pródigas na configuração de diferentes procedimentos, tanto comuns como especiais. Modernamente, tem se propugnado a simplificação dos procedimentos para a defesa dos direitos materiais, com a redução do seu número, assim como com abandono de formalidades desnecessárias⁶⁰¹. O processo, também, passou a ser percebido como instrumento que é do direito material, buscando-se a prevalência do atendimento de sua finalidade de distribuição da justiça, não obstante o desrespeito da técnica prevista pelo legislador.

Presente em nosso ordenamento procedimentos com diferentes dinâmicas tanto no Código de Processo Civil, como na legislação que lhe é extravagante, com emprego de técnica processual diversa, a fim de melhor dar guarida às exigências impostas pela peculiaridade do direito substancial debatido. De modo não exaustivo, assim se verifica na ação de consignação em pagamento, na ação de depósito, nas ações possessórias, na ação de nunciação de obra nova, nos embargos de terceiro, na ação monitória, na ação de desapropriação, no mandado de segurança, na ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

O legislador pátrio confere ao demandante, expressa e eventualmente, a possibilidade de escolher um dos procedimentos que estipula. Nesse diapasão, o artigo 327, §2º, dispõe que, “quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”. Igualmente, o artigo 785 consagra que “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”. Mesmo na ausência de autorização

⁶⁰⁰ ALBERTO DOS REIS, José. *Processo ordinario civil e commercial*, v. I. Coimbra: Coimbra, 1907, p. 42-44; DIAS, Handel Martins. *Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 112-120.

⁶⁰¹ É necessária a “revisão do procedimento judicial, a fim de simplificá-lo, o que somente será alcançado com a abolição de todo formalismo desnecessário e de toda burocracia dispensável” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Tribunal Superior do Trabalho. v, 67, n 1, p. 114-125, janeiro a março de 2001, p. 120).

legal, é sempre lícito ao demandante optar por veicular a sua pretensão por meio do procedimento comum, em que pese previsto procedimento especial para o seu exercício⁶⁰², do que não resulta qualquer prejuízo ao demandado, possibilitando-lhe a mais ampla defesa.

Entretanto, mesmo nos modelos abstratamente previstos pelo legislador, nem todas as suas fases serão percorridas em concreto. Assim, todo “processo é plástico e elástico”⁶⁰³. Basta sejam praticados todos os atos necessários para a prolação do provimento jurisdicional final. Por exemplo, verificada uma das situações retratadas no artigo 355, incisos I e II, do Código de Processo Civil, não se desenvolverá fase de instrução, porque despicienda a colheita de outras provas para além daquelas já constantes dos autos.

Existem direitos que exigem tutela diferenciada para que o processo alcance a almejada efetividade. Todavia, o legislador nem sempre pode prever todas as situações surgidas no seio da sociedade após alinhavar os atos procedimentais. Assim, de bom alvitre que outorgue poderes ao juiz, às partes e, sobretudo, aos sujeitos processuais em conjunto para que flexibilizem, quando necessário, o procedimento para que melhor se adapte ao caso concreto⁶⁰⁴.

4.2.2 A especialização do procedimento pelo juiz

A possibilidade de especialização do procedimento pelo juiz confere-lhe o poder de não apenas decidir o conjunto de pretensões postas a seu crivo, mas também eleger a forma mais adequada para preparar o seu julgamento. Admite-se que suprima, acrescente ou altere a ordem atos do processo pré-ordenada pelo legislador ou

⁶⁰² DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 43.

⁶⁰³ COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 190, p. 137-149, abril a junho de 2011, p. 141.

⁶⁰⁴ No mesmo sentido, Paolo Biavati, para quem, equivocadamente, o legislador italiano perseguia adaptar o processo ao caso concreto, não tomando em conta as situações individuais, porém, sim, seguimentos contenciosos individualizados *a priori*, o que gerou a inútil proliferação de procedimentos diversos, o que o Decreto Legislativo n. 150 de 2001 visou a combater (Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. *1º Colóquio Brasil – Itália de Direito Processual Civil*. Coordenação ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 205-224, p. 212)

escolha uma das opções de procedimentos que lhe são conferidas⁶⁰⁵. Busca-se alcançar a razoável duração do processo, o que exige elasticidade e a sábia direção do juiz, atuando em diálogo com as partes⁶⁰⁶.

A ausência de uniformidade eventual entre os ritos de processamento para diferentes litigantes não afronta o devido processo legal, por possibilitar se amolde o procedimento às exigências do caso concreto⁶⁰⁷. É a própria lei que outorga ao juiz e às partes mais de uma opção procedimental para processamento do litígio até a sua solução final ou mesmo a customização dos seus atos⁶⁰⁸. Não viola a igualdade⁶⁰⁹, que deve ser substancial, permitindo o tratamento desigual ao desiguais com vistas a equalizá-los. Tampouco conduz a parcialidade do julgador, limitando-se a atos de direção do processo que não influenciam diretamente na decisão do conflito⁶¹⁰. É excepcional e exige decisão fundamentada, após manifestação dos litigantes⁶¹¹.

A propósito, já se assentou que a “visão instrumentalista, pensando na efetividade do processo, admite a incidência do denominado princípio da adaptabilidade do procedimento”, devendo ser “preservado o valor segurança, representado pela estrita observância do devido processo legal, em especial do prévio contraditório”⁶¹². Há que se

⁶⁰⁵ Assim se verifica no processo civil inglês, francês e alemão, por exemplo, nos quais o juiz elege um dos procedimentos previstos pelo legislador, em colaboração com as partes, segundo a complexidade do litígio (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 1, n. 2, p. 42-57, julho a setembro de 2010, p. 50-51; *Idem*. Rigidità e flessibilità del processo civile. *Rivista di diritto processuale*, n. 6, ano LXXI, 2. série, Padova: Cedam, p. 1442-1458, novembro a dezembro de 2016, p. 1453).

⁶⁰⁶ BIAVATI, Paolo. Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. *1º Colóquio Brasil – Itália de Direito Processual Civil*. Coordenação ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 205-224, p. 212.

⁶⁰⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 123.

⁶⁰⁸ BIAVATI, Paolo. Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. *1º Colóquio Brasil – Itália de Direito Processual Civil*. Coordenação ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 205-224, p. 221.

⁶⁰⁹ COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 190, p. 137-149, abril a junho de 2011, p. 145.

⁶¹⁰ FABIANI, Massimo. Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo. *Judicium*. Pisa: Pacini, p. 1-48, 2010, p. 39.

⁶¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 123; *Idem*. SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, v. 82, n. 3, p. 165-187, julho a setembro de 2016, p. 180.

⁶¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual - garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação

assegurar, também, a igualdade entre os litigantes, outorgando-lhes idênticas possibilidades de atuação na busca da formação do convencimento judicial em seu favor. A decisão de flexibilização do procedimento sempre estará sujeita a recurso, embora não imediatamente⁶¹³.

O Código de Processo Civil de 2015 adotou posição restritiva ao dotar o juiz de poderes de flexibilização do procedimento⁶¹⁴. O seu artigo 139, inciso VI, permitiu-lhe apenas dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito⁶¹⁵. A prorrogação deve ocorrer antes do transcurso do prazo regular, nos moldes do parágrafo único do dispositivo. O julgador somente detém maiores poderes para modificação dos atos nos procedimentos de jurisdição voluntária, como assenta o artigo 723, parágrafo único⁶¹⁶. A vontade do legislador resulta clara de uma mirada no processo de edição do diploma.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39, p. 6.

⁶¹³ Nas hipóteses do artigo 1.015 ou “quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (STJ, REsp 1696396/MT e 1704520/MT, Corte Especial, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 05/12/2018 (tema 988)), o inconformismo deve ser veiculado por meio de agravo de instrumento no prazo de quinze dias. Nos demais casos, a impugnação deve ocorrer, após a prolação da sentença, nas razões ou contrarrazões da apelação interposta.

⁶¹⁴ Antes de sua entrada em vigor, defendia-se que, “inexistindo procedimento ideal para a tutela de dada situação, seja no plano prático, seja no plano simplesmente normativo, compete ao juiz, com a participação efetiva das partes em contraditório útil, adequar o procedimento às peculiaridades da causa, criando ou mesclando rito” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 122). A posição foi mantida sob a sua égide (*Idem*. SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, v. 82, n. 3, p. 165-187, julho a setembro de 2016, p. 178).

⁶¹⁵ Há, entretanto, quem identifique no artigo 327, §2º, “cláusula geral de flexibilização procedimental” (DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 73). A posição não se sustenta. A disposição tem aplicação limitada à cumulação de pedidos pelo procedimento comum em que ao menos um deles poderia ter dedução por procedimento especial, tornando possível recurso à técnica específica que este porventura preveja. Logo, o trânsito entre técnicas entre os procedimentos não é livre. Presente, ainda, quem defenda que o processo cooperativo abraçado pelo Código de Processo Civil de 2015 permitiria a ampla adaptação procedimental (TESSARI, Cláudio. Os poderes do juiz de adaptação de procedimentos processuais no âmbito do CPC/15 como uma forma de preservar os direitos fundamentais das partes, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 278, p. 55-70, abril de 2018, p. 7 (RT *on line*)). A cooperação entre os sujeitos processuais, porém, não admite imposição pelo juiz de caminhos procedimentais diversos dos arquitetados pelo legislador. Em verdade, os poderes outorgados pela lei em seu favor derivam da faceta inquisitorial do processo.

⁶¹⁶ Idêntica disposição estava contida no artigo 1.109 do Código de Processo Civil de 1973. A flexibilidade pelo julgador dos atos do procedimento, também, tem previsão na legislação extravagante, como se colhe no artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 6º da Lei dos Juizados Especiais, no artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho e no artigo 21, *caput* e parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem.

O seu anteprojeto previa, em seu artigo 107, inciso V, a possibilidade de adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa. Por sua vez, o seu artigo 151, §1º, indicava que, quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelassem inadequados às peculiaridades da causa, deveria o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste. Durante o processo legislativo, alertava-se, com acerto, que não procedia “a resistência quanto à incidência de possibilidade de adaptação do procedimento pelos sujeitos processuais, até porque não cabe ao juiz decidir sozinho a trajetória do processo, devendo antes dialogar com as partes”⁶¹⁷.

A ampla liberdade do julgador de flexibilizar o procedimento caiu por terra no Senado Federal, assumindo o artigo 118, inciso V, do texto redação quase idêntica ao artigo 139, inciso VI, hoje vigente. Assinalou-se, na ocasião, que “a previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendimento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu ‘Código’, o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova”. Na Câmara dos Deputados, limitou-se a substituir na parte final da disposição “tutela do bem jurídico” por “tutela do direito”.

A possibilidade de extensão de prazos pelo juiz não se restringe aos dilatatórios. Alcança, na mesma medida, os peremptórios. A vedação contida no artigo 222, §1º, refere-se à redução de prazos peremptórios, sem o consentimento das partes⁶¹⁸. O juiz, então, pode alargar o prazo de resposta à demanda pelo réu, inexistindo qualquer óbice para

⁶¹⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 208, p. 275-294, junho de 2012, p. 290.

⁶¹⁸ Assim também se disse que o “atual CPC admite a negociação de prazos peremptórios (CPC 222 §1.º), desde que o juiz e as partes estejam envolvidas, como no caso de fixação de acordo de procedimento e do calendário processual” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 702).

adoção da medida⁶¹⁹⁻⁶²⁰. Pode, ainda, estender o prazo para interposição de recurso contra uma decisão que proferiu.

O aumento do prazo para resposta vem ao encontro do artigo 437, §2º, que admite a dilação do prazo de quinze dias para a manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a sua quantidade e complexidade. Ora, se o legislador admite o aumento do lapso para que a parte se manifeste sobre documentos juntados aos autos pelo adversário, com mais razão a permissão deve ser acolhida para oferta de contestação. De fato, na peça processual, o réu tem que deduzir todas as suas defesas, impugnar os documentos que acompanham a petição inicial e produzir os documentos que amparam as suas próprias afirmações. Conceder-lhe, ainda, excepcionalmente, prazo maior do que quinze dias é imperativo do princípio da igualdade entre as partes. O autor somente tem amarras para o exercício do seu direito potestativo ou da sua pretensão nos prazos de decadência e prescrição, que chegam a até dez anos. No período, pode preparar adequadamente sua petição inicial e colher os documentos necessários para sua instrução. Sequer seu prazo para emendar a petição inicial é peremptório⁶²¹. Excepcionalmente, pois, o juiz deve estender o prazo de resposta do réu, diante da complexidade da demanda contra ele deduzida e o volume de documentos que acompanham a petição inicial⁶²². A prorrogação deve ficar restrita, a princípio, a sessenta dias, aplicando-se, analogicamente, o artigo 222, *caput*.

A dilatação do prazo aos litigantes para recorrer pode ser medida de rigor em processos abarcando matérias intrincadas, com multiplicidade de partes ou elaboração de provas técnicas complexas. Por exemplo, nos litígios gerados pelos desastres ambientais por quedas de barragens de detritos minerais em Mariana e Brumadinho, em

⁶¹⁹ O prazo de contestação de vinte dias, já podia ser prorrogado pelo juiz, por mais vinte, a requerimento do interessado, na ação popular, se particularmente difícil a produção de prova documental, como se constata do artigo 7º, inciso IV, da Lei n. 4.717/65. O artigo 491 do Código de Processo Civil de 1973, por outro giro, conferia ao julgador o poder de fixar entre quinze e trinta dias o prazo para contestar na ação rescisória, o que foi mantido no diploma processual vigente, em seu artigo 969.

⁶²⁰ Em Portugal, o Código de Processo Civil, em seu artigo 569.5, estabelece que o juiz por “motivo ponderoso que impeça ou dificulte anormalmente ao réu ou ao seu mandatário judicial a organização da defesa, pode, a requerimento deste e sem prévia audição da parte contrária, prorrogar o prazo da contestação, até ao limite máximo de 30 dias”, alcançando, então, até sessenta dias.

⁶²¹ STJ, REsp 1133689/PE, Rel. Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, j. 28/03/2012.

⁶²² A propósito, antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina já propugnava a sua admissão à mingua de previsão legal genérica (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 231-232).

Minas Gerais, e pelo afundamento de bairros em Maceió, em Alagoas, gerado pela atividade de uma petroquímica. O juiz tem o prazo dilatatório de trinta dias para sentenciar (artigo 226, inciso III). Imagine que demore mais de um ano para a prolação de sua decisão, após finda a instrução probatória, ofertadas as alegações finais das partes e vindo os autos à conclusão. Não parece razoável exigir que a parte, inconformada, maneje seu recurso em quinze dias ou, havendo litisconsortes com diferentes procuradores e em processo com autos físicos, em trinta dias (artigos 1.003, §5º, e 229). Cabível, pois, a flexibilização do prazo para sua interposição em tais casos particularíssimos.

A inversão da ordem de produção das provas afeta, em especial, as provas periciais e orais⁶²³. A perícia precede à colheita dos depoimentos pessoais e das oitivas das testemunhas, tanto que, como se extrai do artigo 361, inciso I, o perito e os assistentes técnicos podem responder os quesitos complementares formulados na audiência de instrução e julgamento. Em caso em que a apuração do *an debeat* exige simples testemunhos, ao passo que o *quantum debeat* não prescinde de complexa e custosa prova técnica, de bom alvitre produzir inicialmente a prova oral, o que poderá eventualmente tornar a prova pericial desnecessária. Todavia, a flexibilização abarca também a produção da prova documental. Nessa esteira, o disposto pelo artigo 434, *caput* merece interpretação consentânea com o artigo 320, atenuando a rigidez da preclusão da produção da prova documental, de forma a se admitir a juntada de documentos até a audiência de instrução e julgamento, ressalvada a verificação de má-fé a fim de dificultar o exercício do contraditório pelo *ex adverso*.

No Brasil, o juiz, sem a anuência das partes, tem possibilidade limitada de especialização do procedimento. Todavia, atuando com o consenso das partes, pode adequar a generalidade dos atos procedimentais às peculiaridades do caso concreto. O momento mais adequado para a consecução da flexibilização procedimental, quando

⁶²³ A inversão da ordem de produção das provas pericial e oral teve guarida em julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, como se depreende de sua ementa: “Ação de indenização cumulada com obrigação de não fazer - Alegação de desvio de clientela e não repasse de comissões - Perícia contábil - Decisão que relega a prova ao momento da liquidação da sentença, em caso de procedência - Inconformismo - Acolhimento em parte - Prova que se mostra necessária ao julgamento do mérito - Razoabilidade, contudo, da análise da utilidade da prova após a realização de audiência - Prova complexa e longa, que deve ter como base, para sua realização, um início de comprovação da ocorrência dos fatos descritos na inicial - Decisão reformada, para se determinar que o pedido seja novamente analisado após a audiência, conforme o seu resultado - Ausência de violação ao artigo 452, do CPC - Decisão parcialmente reformada - Recurso provido em parte” (Agravo de Instrumento 9067083-02.2008.8.26.0000, Rel. Grava Brazil, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 01/07/2008).

necessária, é o saneamento compartilhado. À luz do artigo 357, §3º, diante da complexidade do processo, o magistrado deve designar audiência para a sua realização em conjunto com as partes. Na oportunidade, então, o procedimento pode ser amoldado para a melhor prestação da tutela jurisdicional.

Fora das hipóteses expressamente acolhidas na lei ou de concordância das partes, a flexibilização do procedimento pelo juiz somente pode ser admitida em casos excepcionalíssimos. Sua adoção deve ocorrer na insuficiência do modelo legal para a tutela adequada do direito⁶²⁴. Exige respeito ao contraditório prévio e efetivo, não pode acarretar a quebra da paridade de armas entre os litigantes e necessita de decisão devidamente fundamentada.

A flexibilização do procedimento pelo julgador, no entanto, não tem gerado repercussão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porque, mesmo em seus estritos limites, não tem sido empregada amiúde. Nesse passo, pesquisa realizada em seu banco de súmulas, acórdãos, decisões monocráticas e informativos tendo por base o artigo 139, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015, em 31 de agosto de 2021, retornou com um único resultado. O julgado trata da possibilidade de extensão do prazo para manifestação sobre a planilha de cálculo ofertada pelo adversário em fase de liquidação por arbitramento⁶²⁵.

4.2.2.1 A especialização do procedimento pelo juiz na Inglaterra, Itália e Portugal

⁶²⁴ No mesmo sentido, aponta-se que “por ser a regra da adaptação princípio geral do processo (implícito), toda vez que as variantes rituais forem indispensáveis para a construção de um procedimento aderente à qualidade especial das partes ou ao direito material — como impõe a cláusula constitucional do devido processo constitucional -, não parece afastada a possibilidade de ser permitida, de modo excepcional, e obedecidas certas condicionantes, a adaptação procedimental diretamente pelo juiz mesmo não havendo previsão legal expressa” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-154, p. 146). Do mesmo modo, reputa-se que o artigo 139, inciso VI, “diz menos do que devia, e não subtrai ao juiz um poder geral de adaptação procedimental, que é inerente a função e decorrência lógica da compreensão do direito de acesso à justiça, como direito a tutela mais efetiva, apta e aderente a realidade material que constitui o substrato de incidência do processo” (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O novo Código de Processo Civil e o fortalecimento dos poderes judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 81-116, novembro de 2015, p. 109).

⁶²⁵ AgInt no REsp 1687186/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 15/06/2021.

A opção restritiva do legislador pátrio para a flexibilização do procedimento pelo juiz não ficou isenta de críticas e destoou da solução adotada por algumas legislações estrangeiras. De fato, generalizadamente, houve “uma quase diabolização dos ritos comuns previstos pelos Códigos do século XX”, que “seriam os protagonistas da delonga no julgamento das causas”⁶²⁶. Existente um paradoxo em permitir liberdade ao magistrado de julgar as pretensões exercidas pelas partes, “com base na lei, nas provas e na sua convicção pessoal”, porém não lhe conceder “liberdade no *minus*, isto é, na escolha do melhor *iter* para a condução do processo”⁶²⁷.

Como aclara Cornelis Hendrik (Remco) van Rhee, de acordo com o método do *case management* inglês, os juízes são responsáveis pelo curso do procedimento em todas as fases do processo judicial. Devem contrabalancear a complexidade do caso e os custos das técnicas processuais aplicadas, com a possibilidade de adoção de três ritos previamente estipulados. Pequenas causas com valor de até 5.000 libras esterlinas devem ser tratadas pelo informal *small-claims track* (*rule* 26.1). Casos complexos com valor superior a 15.000 libras esterlinas devem ser processados pelo *multi track* (*rule* 26.6). Os litígios remanescentes com valor entre 5.000 e 15.000 libras esterlinas observam o procedimento *fast-track* (*rule* 26.4)⁶²⁸. No *multi track*, o gerenciamento do procedimento pelo juiz é feito sob medida, ao passo que, nos demais, são ministradas instruções padrões as quais as partes devem se conformar⁶²⁹. O valor não é, porém, sempre critério decisivo, não ficando o juiz atrelado àquele declarado pela parte e podendo processar causas com valor inferior a 15.000 libras esterlinas pelo *multi track*, bem como escolher o procedimento a ser seguido nas causas sem valor patrimonial determinado, “à luz de critérios vários, como a natureza da providência pleiteada, a provável complexidade dos fatos e das provas, o número de partes, a importância do pleito para terceiros (*rule* 26.7 (2) e 26.8 (1))”⁶³⁰. Os litigantes preenchem

⁶²⁶ COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 190, p. 137-149, abril a junho de 2011, p. 137.

⁶²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 12.

⁶²⁸ The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency. *Judicial case management and efficiency in civil litigation*. Organização RHEE, RHEE, Cornelis Hendrik (Remco) van. Antwerpen. Oxford: Intersentia, 2017, p. 11-25, p. 21.

⁶²⁹ PEYSNER, John; SENEVIRATNE, Mary. *The management of civil cases: the courts and the post-Woolf landscape*, Nottingham: Department for Constitutional Affairs Nottingham Law School (part of Nottingham Trent University), 2005, p. 4.

⁶³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 118, p. 75-88, novembro a dezembro de 2004, p. 4 (RT *on line*).

um questionário para fornecer subsídios para a escolha do procedimento (*rule 26.3*), mas o julgador não está vinculado às suas respostas⁶³¹. O juiz *case manager* não é só um hábil organizador do processo individual, mas, sobretudo, um atento analista da relação entre a complexidade do caso e o tempo que a ele pode dedicar frente aos outros procedimentos que estão sob sua gestão⁶³².

Na Itália, como acentua Remo Caponi, a doutrina reputa o artigo 111, §1º, da Constituição como impositor de alto grau de tipificação legislativa da atividade das partes e do juiz nos processos de cognição plena. Há, contudo, partidários de duas concepções. Para a primeira, a reserva legal impõe que a disciplina dos processos de cognição plena seja tendencialmente pré-determinada pela lei. Para a segunda, a reserva da lei não exclui que a determinação da direção processual possa ser confiada, em uma notável dimensão, ao poder discricionário do juiz, devendo ser respeitados os limites inderrogáveis do contraditório entre as partes, em condição de igualdade, perante um juiz independente e imparcial. Conclui que sem esconder o fascínio dos valores que a primeira concepção objetiva alcançar, não se pode menosprezar que esta olha para um passado repleto de honra e prestígio, mais do que para a linha evolutiva europeia⁶³³. O Código de Processo Civil Italiano, em seu artigo 183-*bis*, com a redação dada pela Lei n. 162, de 12 de setembro de 2014, permite que, nas causas passíveis de decisão em composição monocrática, o julgador transforme o rito ordinário em sumário, conforme previsto no seu artigo 702-*ter*⁶³⁴⁻⁶³⁵. Em consonância ao quinto parágrafo deste, ouvidas as partes, o juiz pode, ainda, com omissão de formalidade não essencial ao contraditório, proceder de modo que repute mais oportuno

⁶³¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O case management inglês: um sistema maduro? *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 5, n. 7, p. 287-335, janeiro a junho de 2011, p. 303.

⁶³² BIAVATI, Paolo. Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. *1º Colóquio Brasil – Itália de Direito Processual Civil*. Coordenação ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: *JusPodivm*, 2015, p. 205-224, p. 210.

⁶³³ CAPONI, Remo. Rigidità e flessibilità del processo civile. *Rivista di diritto processuale*, n. 6, ano LXXI, 2. série, Padova: Cedam, p. 1442-1458, novembro a dezembro de 2016, p. 1448-1449.

⁶³⁴ Segundo Vincenzo Ansanelli, independentemente da perplexidade acerca das soluções técnicas adotados pelo artigo 183 *bis*, não parece seriamente criticável a escolha do legislador de introduzir mecanismo de flexibilidade do procedimento ordinário orientados segundo o princípio do *case management* e da cooperação entre as partes e o juiz (Modulazioni della trattazione nella recente riforma italiana del processo civile: spunti minimi di raffronto comparato. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 213-238, janeiro a junho de 2016, p. 12 (RT *on line*)).

⁶³⁵ O procedimento que se denomina “sumário”, no entanto, não é tecnicamente sumário, pois pressupõe uma cognição plena (BIAVATI, Paolo. Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. *1º Colóquio Brasil – Itália de Direito Processual Civil*. Coordenação ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: *JusPodivm*, 2015, p. 205-224, p. 210).

com os atos de instrução relevantes em relação ao objeto do provimento requerido e proferir sua decisão de acolhimento ou rejeição da demanda. As partes devem ser ouvidas oralmente na audiência para *trattazione della causa*, ficando a outorga de prazo para exercício do contraditório na forma escrita restrito às hipóteses mais controversas⁶³⁶. De outra banda, em seus artigos 281-*quinquies* e 281-*sexies*, torna possível a eleição da discussão escrita ou oral da causa previamente à prolação da sentença.

Em Portugal, o juiz, de ofício, pode alterar a forma legal para que melhor se adequa às especificidades do caso concreto, tendo se dado já com a revisão dos anos de 1995 e 1996 do seu Código de Processo Civil a substituição do rígido princípio da legalidade das formas processuais pelo princípio da adequação formal⁶³⁷. O artigo 6º do estatuto processual vigente estipula ao julgador um “dever de gestão processual”, que corresponderia à direção ativa e dinâmica do processo, tendo em vista a rápida e justa resolução do litígio, assim como a melhor organização do trabalho do tribunal⁶³⁸. De seu turno, o artigo 547 do seu Código de Processo Civil⁶³⁹ cuida, especificamente, da adequação formal, que se desdobraria no “dever de adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa; o dever de adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visa atingir; o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis; o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório”; bem como “o dever de adopção dos mecanismos de agilização processual previstos na lei”⁶⁴⁰. Entre outros poderes, é outorgada ao juiz a possibilidade de adiar a audiência de julgamento; nas causas de pequeno valor, designar audiência preliminar para emissão de instrução especiais para a preparação do processo para julgamento e prestação de esclarecimentos às partes; e

⁶³⁶ ANSANELLI, Vincenzo. Modulazioni della trattazione nella recente riforma italiana del processo civile: spunti minimi di raffronto comparato. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 213-238, janeiro a junho de 2016, p. 11 (RT *on line*).

⁶³⁷ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 230-231.

⁶³⁸ FARIA, Paulo Ramos. O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6.º do Código de Processo Civil português (excertos). *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 113-124, p. 115; PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 27.

⁶³⁹ “Artigo 547 (Adequação formal). *Caput*. O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

⁶⁴⁰ COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 190, p. 137-149, abril a junho de 2011, p. 140.

determinar a sequência de atos a praticar na audiência de julgamento⁶⁴¹. Não é livre, no entanto, para formatá-lo “como se o processo fosse uma espécie de LEGO, constituído por peças desmontáveis, que se voltam a encaixar umas nas outras, depois de desmontadas, numa nova combinação”, devendo sempre respeitar a noção de processo equitativo integrada pelo “princípio do contraditório, da igualdade das partes, da licitude da prova, da *terzietà* e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões e da publicidade das audiências”⁶⁴². A implementação da gestão processual na prática judiciária portuguesa produziu insegurança nas partes, que não sabiam, no seu início, como se daria sua marcha⁶⁴³, e contava com o receio dos advogados de que parcela dos juízes não tivessem “capacidade para gerir um processo”, por “inexperiência, falta de bom senso e falta de formação”⁶⁴⁴. As partes não podem alterar os atos procedimentais, por meio de negócios jurídicos processuais⁶⁴⁵.

4.2.3 Os negócios jurídicos processuais⁶⁴⁶ e a especialização do procedimento pelas partes

⁶⁴¹ ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 85-110, p. 87-88.

⁶⁴² MENDONÇA, Luís Correia de. A adequação formal: o fim de um princípio. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, v. I-II, p. 213-240, janeiro a junho de 2021, p. 232-233 e 235.

⁶⁴³ PINTO. Rui. O processo civil português: diagnóstico e cura. *Revista Julgar*. Coimbra: Coimbra, n. 17, p. 135-149, 2012, p. 140.

⁶⁴⁴ ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 85-110, p. 89.

⁶⁴⁵ MENDONÇA, Luís Correia de. A adequação formal: o fim de um princípio. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, v. I-II, p. 213-240, janeiro a junho de 2021, p. 231.

⁶⁴⁶ Os negócios jurídicos podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais (confira-se item 2.2.1). Optou-se, pois, por empregar a expressão negócio jurídico, quando bilateral ou plurilateral, como sinônima de convenção ou acordo processual. Adotando idêntico posicionamento, PUOLI, José Carlos Baptista. Negócio jurídico processual: use com moderação (no prelo). Para uma análise aprofundada da nomenclatura, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 51-72. Juliana Cordeiro de Faria e Edgard Audomar Marx Neto não identificam “figura de negócio processual unilateral típicos no direito brasileiro”, tanto quanto consideram que “o art. 190 do CPC fez uma clara opção pela impossibilidade de se cogitar um sistema de atipicidade de negócios processuais unilaterais”. Arrematam que não “poderia ser de outra forma, pois sendo a relação jurídica processual complexa, não se pode divisar como a vontade unilateral de uma das partes possa alterar o modelo procedimental legal (que é estatuído como garantia para ambos os litigantes) ou criar, modificar ou extinguir ônus, faculdades e deveres processuais (que igualmente são concebidos a partir da dimensão bilateral da ação)” (Negócios jurídicos processuais unilaterais? *Negócios processuais*, t. II. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 128 e 131-132). Comungando entendimento diverso, Paula Costa e Silva não vê óbices à vinculação das partes por meio de negócios jurídicos processuais unilaterais (*Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 47-49).

Ao lado da lei, a autonomia privada sempre foi a principal fonte de direitos e obrigações no campo material. Os indivíduos gozam de liberdade para dispor de seus bens e de suas situações jurídicas, ressalvados limites impostos por normas de natureza cogente. Na seara processual, contrariamente, a vontade das partes assumia diminuta importância, concorrendo para a existência do ato, mas mostrando-se irrelevante para a produção das suas consequências⁶⁴⁷. As normas processuais eram vistas como cogentes e imperativas. Paula Costa e Silva assinalou a consagração pela doutrina do dogma da irrelevância da vontade nos atos processuais, “estando vedado o recurso a elementos estranhos à declaração”⁶⁴⁸. A parte teria a opção de praticar, ou não, o ato, produzindo-se da sua escolha os efeitos predeterminados pelo legislador. O processo e o procedimento observavam a disciplina legal, com a abertura excepcional da possibilidade de disposição pelas partes⁶⁴⁹.

O panorama alterou-se. No plano processual, negócios jurídicos foram admitidos, paulatinamente, de modo mais amplo⁶⁵⁰. Constituem-se pela conjugação de, ao menos, duas declarações jurídico-negociais no mesmo sentido, tornando-as aptas à

⁶⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 409-412; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar. Negócios jurídicos processuais unilaterais? *Negócios processuais*, t. II. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 111-136, p. 112; GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 80-81; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 291; SATTI, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: Cedam, 2000, p. 216-217.

⁶⁴⁸ Defende, no entanto, em seu estudo que o “acto processual da parte está submetido ao regime de interpretação do acto jurídico unilateral, negocial e formal, não havendo que se construir qualquer regime especial de interpretação para aquele tipo de acto”. Conclui, então, que o dogma da irrelevância da vontade aplica-se ao ato de postulação na mesma medida em que incidente na regulação de todos os demais tipos de atos jurídicos unilaterais, negociais e formais, ou seja, a vontade é relevante nos mesmos termos para o ato praticado no processo ou fora dele (*Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 19-20 e 450-451). Na mesma direção, Lia Carolina Batista Cintra aponta que a “demanda inicial inaugura o processo e é o ato no qual se visualiza a mais forte manifestação da vontade da parte postulante, de modo que ao menos aqui não se poderia recusar sua relevância para a interpretação do ato. Mas também em outras demandas incidentes ao processo a vontade pode ter igual relevância” (Relevância da vontade no processo, interpretação do ato postulatório e pedido “meramente” declaratório. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 239, p. 35-61, janeiro de 2015, p. 37-38).

⁶⁴⁹ O “arquétipo dos atos jurídicos processuais seria o ato unilateral praticado pela parte e dirigido exclusivamente ao juiz. O negócio, contrato ou acordo não seriam categorias processuais”. Logo, forjou-se “a tradição de que somos herdeiros e em cujas premissas fomos ensinados: processo é direito público, infenso aos espaços de liberdade autorizadores da disposição em razão da vontade privada” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 101 e 104).

⁶⁵⁰ Havia quem entendia, antes do Código de Processo Civil de 2015, que o “agasalho desses acordos, se não é a legalidade estrita, será a lealdade processual, imediatamente ligada à ideia de cooperação” (ATHAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, 2013, p. 183).

produção de efeitos. Porém, não se confundem com a mera concordância de um dos litigantes ao requerimento formulado pelo outro, quando ausente fusão das vontades e produzidos os efeitos pela decisão do juiz⁶⁵¹. Assim, deve-se verificar uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo, nos limites pelos quais não obstaculize a sua eficiência em relação ao escopo da justa composição da controvérsia⁶⁵².

Os negócios jurídicos processuais têm idênticas características aos negócios jurídicos de direito privado, como efeitos jurídicos produzidos por meio de uma declaração de vontade, contudo, não têm por objeto relações jurídicas, mas, sim, situações jurídico-processuais⁶⁵³. Assumem um “regime jurídico misto, em que se entrelaçam normas de direito processual e normas de direito material”⁶⁵⁴. Obrigam os litigantes como um contrato que dispõe sobre seus direitos e obrigação na esfera substancial⁶⁵⁵. Basta capacidade processual para sua validade, não se exigindo capacidade civil⁶⁵⁶. O juiz não participa do negócio jurídico processual, mas exerce seu controle.

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, as convenções processuais vêm tendo guarida. Fazem parte da tendência contemporânea de contratualização das relações sociais, com a conseqüente decadência do centralismo estatal como fonte de produção normativa⁶⁵⁷. Como anota Antonio do Passo Cabral, a virada na experiência europeia ocorreu com a retomada da temática na doutrina alemã, bem como com os contratos de procedimento na França, inicialmente, coletivos e, após, individuais. O calendário do processo foi positivado no Código de Processo Civil Francês (artigo 764). Os protocolos de procedimento também foram abraçados na Itália, assim como o calendário processual (artigo 81-*bis* do Código de Processo Civil). Os acordos processuais têm sido recentemente

⁶⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 89-90.

⁶⁵² CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 1, n. 2, p. 42-57, julho a setembro de 2010, p. 44.

⁶⁵³ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 115-116.

⁶⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 93.

⁶⁵⁵ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 1, n. 2, p. 42-57, julho a setembro de 2010, p. 49.

⁶⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 94.

⁶⁵⁷ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 3, n. 3, p. 3-35, agosto a dezembro de 2012, p. 4.

estudados nos Estados Unidos, aparecendo em contratos particulares e angariando presunção de sua validade em decisão da Suprema Corte no caso *Carnival Cruises Lines*, embora a doutrina demonstre perplexidade⁶⁵⁸.

No direito francês, como traz a lume Loïc Cadiet, são admitidas convenções processuais entre partes sobre prazos prescricionais (artigo 2.254 do Código Civil), ressalvados os contratos de adesão, de seguros e de consumo (artigo 111, 2, do Código de Seguros e artigo 137, 1, do Código de Consumo); eleição de foro entre comerciantes (artigo 48 do Código de Processo Civil); direito aplicável (artigo 12, §§3º e 4º, do Código de Processo Civil); intervenções de terceiro; reembolso dos gastos com o processo; transação, submissão à mediação judicial ou familiar e à conciliação; renúncia do direito a recorrer (artigo 41, §2º, do Código de Processo Civil); dedução da demanda (artigo 51 do Código de Processo Civil); e procedimento. A alteração das regras procedimentais subordina-se a decisão do juiz quando dispõe sobre suas situações jurídico-processuais, salvo exceções legais expressas ou inferidas do sistema, como aquelas que admitem, respectivamente, a ausência de publicidade dos debates (artigo 435 do Código de Processo Civil) e a suspensão do processo, já que quem pode transacionar seus direitos, também deve poder postergar a decisão sobre eles. A decisão do juiz, no entanto, pode depender de concordância das partes, como no estabelecimento de calendário procedimental (artigo 764, §3º, do Código de Processo Civil)⁶⁵⁹.

No Brasil os negócios jurídicos processuais tinham lugar nas hipóteses tipificadas pelo legislador. A disciplina não era completa, limitando-se a lei a regular alguns pontos específicos⁶⁶⁰. A título de exemplo, o Código de Processo Civil de 1973 permitia às partes a alteração da competência em razão do valor da causa ou do território (artigo 111); a suspensão da execução para cumprimento pelo executado da sua obrigação no prazo outorgado pelo exequente (artigo 792); assim como a distribuição do ônus da prova (artigo 333, parágrafo único). Estava-se diante de “sistema processual cujo

⁶⁵⁸ *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 114-126.

⁶⁵⁹ Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 3, n. 3, p. 3-35, agosto a dezembro de 2012, p. 14-29.

⁶⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 88.

epicentro era a estatalidade”⁶⁶¹. A despeito da ausência de expressa admissão de convenções processuais atípicas no diploma, a doutrina reconhecia a possibilidade de seu entabulamento⁶⁶².

O Código de Processo Civil de 2015, definitivamente, valorizou a autonomia da vontade no âmbito processual. O seu artigo 190 permitiu que as partes celebrassem convenções processuais atípicas antes ou durante o processo, quando debatidos direitos que admitem autocomposição. Criou “válvulas de escape”, a ensejar uma menor rigidez procedimental⁶⁶³. Podem regular não só os atos do procedimento, mas também suas situações jurídico-processuais, e, portanto, poderes, faculdades e ônus. Logo, o processo e o procedimento podem ser alterados para sua conformação às peculiaridades do caso concreto⁶⁶⁴.

É necessário que as convenções processuais observem os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei, que, no caso, exige a forma escrita (artigo 104 do Código Civil). Entretanto, a liberdade contratual das partes não é plena na esfera do processo⁶⁶⁵. Presente o controle judicial nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão⁶⁶⁶ ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, bem como de violação do interesse público da administração da Justiça⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 83

⁶⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 92.

⁶⁶³ PUOLI, José Carlos Baptista. Negócio jurídico processual: use com moderação (no prelo).

⁶⁶⁴ Para Trícia Navarro Xavier Cabral, abandonou-se “um modelo rígido e formalista, pautado em ideais eminentemente publicistas e espelhado na postura do juiz, para experimentar uma espécie de ‘ativismo’ das partes, oportunizando a disposição de seus ônus, poderes, faculdades e deveres ou então ajustado, em cooperação com o juiz, o procedimento a ser adotado no caso concreto” (Os desafios do juiz no CPC/2015. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. Recife: Justiça Federal de Pernambuco, v. 8, p. 321-342, 2015, p. 339).

⁶⁶⁵ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 3, n. 3, p. 3-35, agosto a dezembro de 2012, p. 13.

⁶⁶⁶ A definição do contrato de adesão encontra-se insculpida no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual “é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

⁶⁶⁷ “O juiz, em relação à convenção, é um terceiro. Não obstante, realizará uma função de controle da validade da avença; porém, não sendo o caso de invalidade, o juiz deverá não apenas cumprir os acordos processuais, como também, dar-lhes cumprimento (...). A homologação, seja exigida por força de lei ou pela própria convenção, é uma condição de eficácia do negócio” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 238). “(...) o legislador, atento à natureza e às especificidades da relação jurídica

Escapa-lhe a mera inconveniência ou má escolha da parte em termos estratégicos⁶⁶⁸. O julgador exerce controle sobre o negócio jurídico processual ao cabo da fase postulatória e, não tendo havido recurso, a sua decisão reveste-se do manto da preclusão. Não inquinada de invalidade a disposição oportunamente, deve ser respeitada⁶⁶⁹. Evidentemente, o juiz tem o dever de dialogar, em consonância com o princípio do contraditório, de sorte que, se necessário, incumbe-lhe alertar a parte da sua opção.

Portanto, no sistema brasileiro, a imperatividade das normas processuais foi atenuada. Disposições, que fora do campo de incidência do artigo 190 são cogentes, agora admitem a celebração de negócios jurídico-processuais pelos litigantes. Em sede de convenções processuais, “nas condições e limites que ela traça, a lei processual tolera tudo o que não seja explícita ou implicitamente por ela vedado”, o que não afasta “que certas matérias podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz”⁶⁷⁰. Além disso, foram introduzidos pelo diploma processual vigente novos negócios jurídicos-processuais típicos. Admite-se, a título de exemplo, a delimitação de questões de direito e de fato pelas partes, em seu artigo 357, §2º, e a indicação consensual de perito, em seu artigo 471. No mais, estabeleceu em seu artigo 191 a possibilidade de fixação de calendário para a prática de atos processuais.

O acordo processual pode ser realizado previamente ao litígio, por estipulação contratual. Se a parte pode deixar de cumprir um ônus ou de exercer seus poderes e faculdades no momento oportuno, pode, previamente, a eles renunciar, tratando-se de direitos disponíveis. Pode ser celebrado, do mesmo modo, no curso do processo, por meio

processual, não contemplou o juiz com tal autonomia negocial, reservando-lhe o adequado papel de fiscal” (FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar. Negócios jurídicos processuais unilaterais? *Negócios processuais*, t. II. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 111-136, p. 132).

⁶⁶⁸ ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 257, p. 51-76, julho de 2016, p. 8 (RT *on line*); FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. *O juiz e a contratualização dos litígios*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 151.

⁶⁶⁹ Na visão de José Carlos Baptista Puoli, as situações capituladas no artigo 190 “são por demais ‘abertas’, o que faz com que, na prática, se possa visualizar como amplas as possibilidades de se negar, em concreto, validade ao negócio jurídico processual (...). mesmo em se tratando de contrato de adesão a invalidade apenas ocorreria em caso de inserção abusiva. Daí decorrem novos problemas, eis que se trata de expressão vaga, que incorpora conceito jurídico indeterminado e faz com que apenas no caso concreto possa haver a verificação da efetiva abusividade. Em outras palavras, será o juiz da situação prática quem terá a possibilidade de, com amplos poderes de integração da norma vaga” (Negócio jurídico processual: use com moderação (no prelo)).

⁶⁷⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 89-94, maio de 2015, p. 92.

de convenção dos litigantes. A admissão de seu entabulamento tem aptidão de facilitar a aceitação social da atividade jurisdicional, outorgando-lhe legitimidade⁶⁷¹. Busca-se atender às necessidades dos litigantes, com admissão de soluções não imaginadas pelo legislador⁶⁷².

Os negócios jurídicos-processuais atípicos não vinham sendo objeto de debate na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que raramente entabulados. Nessa linha de ideias, pesquisa realizada em seu banco de súmulas, acórdãos, decisões monocráticas e informativos acerca do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, em 31 de agosto de 2021, retornou com três resultados. Dois deles, contudo, diziam respeito a negócios jurídicos de natureza material, um tratando de acordo celebrado entre as partes após sentença que julgou a partilha e outro cuidando do adiantamento de frutos de bens em inventário⁶⁷³. Com efeito, o conflito que envolve os direitos e obrigações das partes, ordinariamente, impedem pactuem a alteração do mecanismo para sua solução. Por sua vez, antes de seu surgimento, elas não têm conhecimento do conteúdo da divergência que surgirá e pairam incertezas acerca dos limites da intervenção judicial.

Em 23 de fevereiro de 2021, entretanto, precedente foi emanado da Corte, estabelecendo fundamentos, requisitos, limites e extensão do controle judicial dos negócios jurídicos na esfera processual⁶⁷⁴. Foi reconhecido que se fundam na liberdade negocial derivada do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República. Limitam-se pelo respeito à dignidade humana e às regras impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça. São seus requisitos: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta. Podem flexibilizar o procedimento, contudo, não é admissível que disponham sobre situações jurídico-processuais do julgador, que são inerentes ao

⁶⁷¹ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 3, n. 3, p. 3-35, agosto a dezembro de 2012, p. 35.

⁶⁷² DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 83.

⁶⁷³ Respectivamente, REsp 1623475/PR, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, j. 17/04/2018; REsp 1738656/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriahi, j. 03/12/2019.

⁶⁷⁴ REsp 1810444/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 23/02/2021.

exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor⁶⁷⁵. O juiz controla, exclusivamente, sua validade, não sua conveniência.

4.3 Conclusão parcial

1. O processo é instrumento da prestação jurisdicional pelo Estado-juiz. Assume natureza pública. Sua instauração fica subordinada à iniciativa da parte. Todavia, conferir-lhe movimento para o alcance do seu objetivo é tarefa do juiz. Compete-lhe exercer a direção formal do processo, cuidando da regularidade dos seus atos, impedindo o abuso de suas situações jurídico-processuais pelos litigantes e fazendo-o alcançar a prolação do provimento jurisdicional que decida o conjunto das pretensões exercidas. O impulso processual, pois, é oficial.

2. Os modelos de procedimento são previamente fixados pelo legislador. Nos sistemas de *civil law*, em linha de princípio, o processo e os atos procedimentais são regulados de forma sistematizada, fechada e completa, conferindo aos litigantes a possibilidade de exercer, ou não, suas situações jurídico-processuais. O Código de Processo Civil de 2015, estabelece um procedimento comum para tutelar variados direitos e alguns procedimentos especiais para tutelar direitos específicos. Excepcionalmente, concede ao autor a opção entre mais de um dos procedimentos que disciplina. Fora do campo das convenções processuais, deixa pouca margem para adequação do procedimento ao caso concreto pelo julgador ou pelas partes.

3. Todavia, as especificidades do caso concreto podem indicar a necessidade de que o juiz, as partes ou os sujeitos processuais em conjunto venham a adequar os seus atos. No nosso sistema processual, contudo, o julgador tem possibilidades restritas de flexibilização do procedimento, podendo dilatar prazos ou alterar a ordem de produção dos meios de prova. Para além da previsão legal e sem a concordância dos litigantes, a adaptação procedimental

⁶⁷⁵ Na mesma direção, leciona-se que se trata “da circunstância de que, qualquer vínculo contratual ensejador de obrigações pessoais apenas vincula aqueles que diretamente fazem parte do negócio jurídico” e corolário de “ser o processo um instrumento público de administração de conflitos”, sendo “talhado como um método de trabalho do Estado que atua em diálogo com as partes que dele se servem mas não fica a essas submetido”. Logo, é “inadmissível qualquer negócio jurídico processual que esteja a interferir com a qualidade e o modo de atuação do juiz visando a boa realização da função jurisdicional” (PUOLI, José Carlos Baptista. Negócio jurídico processual: use com moderação (no prelo)).

fica restrita a hipóteses excepcionalíssimas em que o modelo legal é insuficiente para a tutela do direito, exigindo prévia manifestação, garantia da paridade em armas e decisão fundamentada. Melhor seria que lhe fossem outorgados maiores poderes, com submissão do seu exercício ao contraditório.

4. Antes ou durante o processo, os litigantes podem celebrar negócios jurídico-processuais, embora atípicos, quando debatidos direitos que admitem autocomposição. Podem dispor sobre os atos do procedimento e as suas situações jurídico-processuais, adequando-os às especificidades do caso concreto. O juiz controla apenas a validade do ato, segundo os ditames legais, devendo respeitar o pactuado após sua homologação. As partes, no entanto, não podem regular os poderes-deveres do julgador. A sua celebração tem sido rara na prática. O conflito que envolve seus direitos e obrigações, ordinariamente, obsta o consenso dos litigantes sobre a alteração do mecanismo para sua solução. De seu turno, antes de seu surgimento, eles não têm conhecimento do conteúdo da divergência que surgirá e pairam incertezas acerca dos limites da intervenção judicial.

5. No Brasil, sem a anuência das partes, o juiz tem possibilidade limitada de adequação do procedimento. Por sua vez, os litigantes dificilmente alcançam acordo para o entabulamento de convenção processual para disposição de suas situações jurídico-processuais. Diante desse quadro, a flexibilização do procedimento em conjunto pelos sujeitos processuais é a opção mais adequada quando exigida a sua adaptação à hipótese *sub judice*, devendo ser fomentada pelo julgador. O agir do juiz na alteração do modelo previsto pelo legislador, em diálogo com as partes, mostra-se como um fértil campo a ser explorado para conferir justiça, efetividade e razoável duração à prestação jurisdicional. O momento mais oportuno para a sua consecução, quando necessária, é o saneamento compartilhado (artigo 357, §3º).

5 FASE DE JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Encerrada a fase postulatória, inicia-se o julgamento conforme o estado do processo⁶⁷⁶. Almeja-se “pôr o processo nas melhores condições possíveis de prosseguir, em direção ao julgamento final” e “conduzir o processo à extinção, em momento anterior ao ordinariamente previsto”⁶⁷⁷. Nesta fase, o julgador tem três caminhos a seguir: extinguir o processo, sem resolução de mérito, julgar antecipadamente o mérito ou iniciar a fase de colheita de provas. Assim, examinará os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, verificará a possibilidade de julgar diretamente a demanda deduzida ou instaurará a dilação probatória. A construção da decisão judicial no caso concreto dá-se progressivamente, sucedendo-se, ou não, a etapa subsequente em conformidade ao juízo positivo ou negativo realizado na anterior⁶⁷⁸.

Inicialmente, então o juiz constatará se presentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e as condições da ação; se ausentes nulidades e pressupostos negativos, assim como se não consumada a prescrição e a decadência⁶⁷⁹. Pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo são propositura da demanda, investidura jurisdicional do órgão destinatário, capacidade do autor, personalidade jurídica do réu e regularidade da demanda proposta. Condições da ação correspondem à legitimidade *ad causam* e ao interesse de agir em juízo. Pressupostos

⁶⁷⁶ A fase de julgamento conforme o estado do processo foi vista como, “sem dúvida alguma, uma das mais importantes inovações introduzidas pelo Código de 1973 no Direito Processual Civil Brasileiro. Resultado da conjugação parcial de modelos alienígenas, ganha, todavia, notável originalidade, que o coloca entre as principais instituições da moderna ciência processual, seguramente orientado à proclamada necessidade de ‘simplificação do processo, a par da celeridade na sua conclusão, com preciosa economia de tempo, atos e despesas, a fim de que a justiça possa ser melhor ministrada, inclusive mais perfeita e rapidamente’” (LAURIA TUCCI, Rogério. Julgamento conforme o estado do processo (temas polêmicos). *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 80, p. 34-47, 1985, p. 34).

⁶⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 109-135, outubro a dezembro de 1985, p. 8 (RT *on line*).

⁶⁷⁸ MENDES, Anderson Cortez; CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 79-97, abril de 2017, p. 80.

⁶⁷⁹ São chamadas de falsas sentenças de mérito, além daquelas que homologam atos autocompositivos (reconhecimento do pedido, transação, renúncia ao direito), aquelas que reconhecem a prescrição ou a decadência. Não tratam do mérito propriamente dito, mas são a elas equiparadas, por opção legislativa, para o acobertamento dos seus efeitos pela autoridade da coisa julgada material, impedindo sua futura rediscussão em processo diverso. Apenas a hipótese prevista no artigo 487, inciso I, é verdadeira sentença de mérito, pois, neste caso, houve julgamento pelo Poder Judiciário das pretensões deduzidas pelas partes (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 258-263).

negativos consistem em litispendência, coisa julgada, preempção, convenção de arbitragem, morte da parte em caso de direitos personalíssimos, confusão, desistência da ação e abandono do processo. Prescrição e a decadência constituem-se fenômenos de extinção, respectivamente, da pretensão e do direito potestativo pelo decurso do prazo previsto em lei para o seu exercício.

O juiz, ao constatar um vício sanável, outorgará à parte a quem cabível a oportunidade de corrigi-lo. Se insanável ou não sanado no prazo concedido, extinguirá o processo, sem ou com falsa resolução do mérito. Hígido o processo, passará à apreciação das alegações das partes, a fim de concluir se incontroversas ou comprovadas. Na hipótese de desnecessidade de dilação probatória, proferirá julgamento antecipado do conjunto das pretensões exercidas pelos litigantes. Caso imperiosa a instauração de fase de instrução para solução da controvérsia instaurada, procederá ao saneamento do processo e organização da prova a ser produzida.

Os artigos 354, parágrafo único, e 356 permitem a prolação de decisões parciais de extinção do processo, sem ou com “falsa” resolução de mérito, assim como do mérito propriamente dito. Quando uma ou mais das pretensões ou de suas parcelas restarem incontroversas ou não dependerem da produção de provas, o juiz deve proceder ao seu julgamento, prosseguindo-se com a instauração da fase de instrução para propiciar a decisão sobre o remanescente do mérito do processo. Dentre tantas outras hipóteses, ilegítima a parte autora para o exercício de uma pretensão, o processo pode prosseguir para o julgamento das demais, caso necessária a produção de provas. A decisão, de índole interlocutória⁶⁸⁰, pode ser prontamente liquidada ou executada (artigo 356, §2º). Impugnável por agravo de instrumento (artigo 356, §5º), só com a atribuição de efeito suspensivo ao recurso o trâmite procedimental pode vir a ser obstado (artigo 1.019, inciso I).

5.1 Correção de irregularidades e de nulidades

⁶⁸⁰ SILVA, Ricardo Alexandre da. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 963.

O juiz deve cuidar para que o processo transcorra do seu início ao seu final de forma válida, colhendo os elementos necessários e permitindo a ampla participação das partes na formação do seu convencimento. É imprescindível que tome conhecimento da matéria processual durante todo o seu curso, zelando, sobretudo, pela regularidade da demanda proposta na fase postulatória. Entretanto, o julgamento conforme o seu estado é o momento mais adequado para a correção dos vícios que eventualmente ainda inquinam a relação processual. Uma pequena parcela do tempo de um juiz dedicado ao gerenciamento do processo desde o seu início pode economizar muito tempo mais tarde, com menores custos tanto para o tribunal quanto para os litigantes⁶⁸¹.

Evitando e sanando irregularidades e nulidades, o julgador atua no sentido de que o processo alcance o seu objetivo que é a prolação de uma decisão sobre as pretensões exercidas pelas partes. Afinal, o julgamento do mérito propriamente dito exige o preenchimento dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e a presença das condições da ação, de um lado, bem como a ausência de nulidades, de pressupostos negativos e das chamadas “falsas matérias de mérito” (prescrição e decadência), do outro. Evitando a indevida dilação do trâmite processual e, sobretudo, a extinção do processo, sem resolução de mérito, com reconhecimento precoce de vícios, alcança-se o fim de outorgar a tutela jurisdicional a quem tem razão em prazo razoável. O inadequado saneamento do processo com o “vezo de protelar a decisão acerca de matérias que o ordenamento quer rapidamente liquidadas transmuda o ato em formalidade oca”⁶⁸².

O juiz tem, pois, o poder-dever de prevenir e corrigir irregularidades e, em especial, nulidades, o que deve ser estendido a falta de quaisquer dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito⁶⁸³. Ao construir sua teoria das exceções e dos pressupostos processuais, Oskar Von Bülow já propugnava que os requisitos de constituição da relação processual não devem ter seu controle deixado, exclusivamente, à iniciativa do

⁶⁸¹ SCHWARZER, William W; HIRSC, Alan. *The elements of case management: a pocket guide for judges*. 2. ed. Washington, DC: Federal Judicial Center, 2006, p. 1.

⁶⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 109-135, outubro a dezembro de 1985, p. 11 (RT on line).

⁶⁸³ “A atividade saneadora do juiz, exercida ao longo de todo o procedimento, não deve ser voltada ao reconhecimento de invalidades e à extinção do processo sem exame do mérito. Ao contrário, ele tem o dever de se preocupar com a preservação, conservação e saneamento dos atos processuais, possibilitando o prosseguimento do processo até seu objetivo final” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 438).

réu⁶⁸⁴. No curso de todo o procedimento, sempre que o juiz vislumbrar que pode ocorrer óbice ao julgamento das pretensões, deve adotar a providência exigida ao seu afastamento ou concitar à parte que adote a conduta necessária a tanto. E mesmo presente o vício, se sanável, deve cuidar de corrigi-lo ou de conferir ao litigante a oportunidade de que assim o faça em prazo razoável. Há “crise” no processo quando da sua extinção de forma anômala, sem o julgamento do seu mérito⁶⁸⁵.

Deve ser cumprida a função pelo julgador de “desimpedir o caminho para a instrução da causa”⁶⁸⁶. A atuação saneadora do julgador não se restringe, pois, à fase de julgamento conforme o estado do processo, mas se estende da propositura da demanda inicial até a prolação do provimento jurisdicional final. Entretanto, nesta fase, almeja o legislador que todos os vícios que inquinem os atos do procedimento sejam, se possível, corrigidos. A solução das questões processuais pendentes impõe-se com intuito de obstar seja proferida indesejável sentença terminativa após o desfecho da fase de instrução processual. Evita-se a prática de atos probatórios inúteis, com dispêndio de tempo e recursos das partes e do aparato jurisdicional.

Embora ausente requisito de sua admissibilidade, o mérito, em algumas situações, deve ser julgado. Os requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito visam à proteção das partes e da administração da justiça. Ordinariamente, devem ser conhecidos previamente ao *decisum* de mérito. Já se defendia o julgamento do mérito, no entanto, quando o resultado da decisão a ser proferida beneficiasse o litigante a quem o requisito faltante objetivava a tutelar o interesse, porque ausente prejuízo⁶⁸⁷. O dogma da precedência, então, foi quebrado pelo artigo 488 do Código de Processo Civil de 2015, que consagrou a primazia do julgamento do mérito.

Validamente, os vícios processuais exigem exame *a priori*, em uma visão prospectiva, e *a posteriori*, em uma visão retrospectiva. Com a sua identificação no

⁶⁸⁴ *A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 259.

⁶⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 181.

⁶⁸⁶ LACERDA, Galeno Vellinho de. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 57.

⁶⁸⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 206.

momento procedimental oportuno, com possibilidade de reparo, devem ser sanados. Contudo, avançada a marcha processual, necessária a sua ponderação com “os valores que a técnica e a forma visam a preservar”, quando muito “provavelmente será possível ignorar o requisito faltante e extinguir o processo, com a solução da controvérsia”⁶⁸⁸.

5.1.1 Correção de irregularidades e de nulidades no processo civil português

No sistema processual civil português, desde a reforma de 1995 do Código de Processo Civil de 1961, o juiz tem poder-dever “de desobstaculizar o processo, promovendo, espontânea e oficiosamente, a sanação possível da violação dos pressupostos processuais, o que resulta claramente de uma pretendida vitória do fundo sobre a forma”⁶⁸⁹. As alterações operadas pelo legislador assentaram-se, entre outros parâmetros, na “garantia de prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio da cooperação, por uma participação mais ativa das partes no processo de formação da decisão”⁶⁹⁰.

Nesse diapasão, em conformidade ao artigo 6º, II, do Código de Processo Civil vigente, o juiz deve providenciar “oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo”.

Como aclara José Lebre de Freitas, “ao juiz cabe, em geral, a direção formal do processo, nos seus aspectos técnicos e de estrutura interna. Esta direção implica a concessão de poderes tendentes a assegurar a regularidade da instância e o normal andamento do processo”⁶⁹¹. Para Paulo Pimenta, o artigo 6º, II, “enuncia em termos gerais

⁶⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 500-501.

⁶⁸⁹ MONTALVÃO MACHADO, Antônio. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 369.

⁶⁹⁰ SOUSA DINIS, Joaquim José de. Inovações e perspectivas no direito processual civil português. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 81, março de 2001, p. 326-336, p. 327.

⁶⁹¹ *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 228.

o princípio da (tendencial) sanabilidade da falta de pressupostos processuais, o que significa que a mera verificação de um vício desta natureza não é molde a pôr em risco” o processo e impõe “ao juiz um dever oficial de agir com vista a providenciar pela regularização” do processo⁶⁹².

5.2 Saneamento do processo

O saneamento do processo e organização da prova têm regramento no artigo 357⁶⁹³. Com o fim da fase postulatória e preenchimento dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito, o juiz analisará a necessidade de produção de provas para a solução da controvérsia fática. Então, fixará os pontos controvertidos relevantes pendentes de comprovação e determinará os meios de provas necessários para o seu esclarecimento. Tenciona-se evitar o seguimento de processos inaptos ao julgamento do mérito e conferir norte à atividade instrutória que se sucederá.

No Código de Processo Civil Brasileiro, a decisão de saneamento do processo e organização da prova é composta do afastamento, fundamentado, das questões prejudiciais à admissibilidade do julgamento do mérito arguidas pelas partes (artigo 357, inciso I); da fixação dos pontos controvertidos de fato e da determinação dos meios de provas

⁶⁹² *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 115.

⁶⁹³ O seu antecedente histórico é o “despacho saneador” do processo português, que foi introduzido pelo Decreto n. 3, de 29 de maio de 1907, e teve ampliado o seu escopo pelos Decretos n. 12.353, de 22 de setembro de 1926, e 18.522, de 3 de julho de 1930. No processo civil pátrio, teve guarida, inicialmente, no Decreto-Lei n. 960, de 17 de novembro de 1938, que cuidava das execuções fiscais. No Código de Processo Civil de 1939, foi consagrado nos artigos 293 e 294, ao passo que, no Código de Processo Civil de 1973, veio inserto no artigo 331. Na vigência deste, com as alterações da Lei n. 5.925/73, evoluiu para uma fase de saneamento, com a outorga expressa ao juiz de poderes de organização da prova a ser produzida. A Lei n. 8.952/94 inseriu audiência para conciliação nos processos que admitiam transação, prosseguindo-se com o saneamento, privilegiando-se a oralidade. A Lei n. 10.444/02 nomeou a audiência como preliminar, porém a desobrigou nos processos em que o julgador vislumbrava improvável a composição amigável. A prática mostrou que, invariavelmente, os juízes deixaram de designar a audiência para saneamento do processo, com participação das partes, ou limitavam a atividade em seu seio à tentativa de conciliação, procedendo-se, após, ao saneamento e organização da prova por decisão escrita. Sobre a legislação passada acerca do saneamento do processo e organização da prova, BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 8-11, p. 148-158, 1971, p. 148-150; FERREIRA, William Santos. Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (*case management*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 305, p. 111-137, julho de 2020, p. 2-4 (RT *on line*); SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 255, p. 435-460, maio de 2016, p. 1-4 (RT *on line*).

a serem produzidos (artigo 357, inciso II); da definição da distribuição do ônus de prova (artigo 357, inciso III); da delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito (artigo 357, inciso IV); da designação de audiência de instrução e julgamento, se necessária a colheita da prova oral (artigo 357, inciso V).

A definição da distribuição dos ônus de prova vem ao encontro da garantia do pleno exercício do contraditório pelas partes, impedindo a provocação de surpresa quando da prolação da sentença de mérito. O alerta é necessário quando os ônus probatórios são atribuídos em desconformidade ao modelo ordinário previsto pelo legislador⁶⁹⁴. A delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito busca suscitar e focar o debate das partes sobre seu conteúdo, trazendo ao julgador mais elementos para o seu julgamento final. Assegura-se a oportunidade de que influenciem na formação do seu convencimento.

Pode se operar, nesta sede, a delimitação consensual das questões de fato e de direito pelas partes, a qual, se homologada, vincula-os e, também, o juiz (artigo 357, §2º). A delimitação consumada pelas partes é meramente sugestiva ao julgador, tendo por objetivo contribuir com o saneamento do processo e organização da prova. Cuida-se de ato de verdade, não de ato de vontade, isto é, aquelas apenas indicam quais questões acreditam ainda pendere controvérsia ou merecem debate mais acurado, cabendo a este apreciar a correção da escolha⁶⁹⁵. Logo, compete ao juiz homologá-la, se os pontos controvertidos de fato e as questões de direito relevantes para a decisão do mérito estão corretamente estipulados⁶⁹⁶. Do contrário, deve refutar a homologação ou ficará vinculado à sua própria decisão, como corolário da previsibilidade necessária à prática dos atos probatórios, tanto quanto ficaria se houvesse saneado o processo e organizado a prova sem

⁶⁹⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no Novo Código de Processo Civil. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251, p. 246.

⁶⁹⁵ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 187; TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-para-chamar.pdf. Acesso em 27 de setembro de 2021, p. 10-11.

⁶⁹⁶ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 975.

qualquer auxílio das partes⁶⁹⁷. Está-se diante de “espécie de convenção processual, que, por depender de homologação, passa a vincular, conjuntamente, as partes e o próprio juiz”⁶⁹⁸.

Consoante já se assinalou, a importância do adequado saneamento traduz-se na eliminação oportuna do processo cujo mérito não ostenta condições de julgamento, na facilitação do desempenho da atividade probatória pelas partes, que passam a deter o conhecimento de quais pontos incumbem-lhes comprovar, assim como no maior rigor da posterior prolação de sentença, que se atentará às questões realmente essenciais para julgamento do mérito. Assim sendo, devem-se repudiar decisões saneadoras que não resolvem as questões processuais pendentes, não fixam os pontos controvertidos de fato, não alertam as partes dos seus ônus de prova, tampouco delimitam as questões de direito relevantes para a decisão do mérito⁶⁹⁹. No mesmo diapasão, apontou-se que “a decisão saneadora, se bem elaborada, é perfeitamente apta a organizar o processo, reduzindo sobremaneira o seu tempo de tramitação”⁷⁰⁰.

O saneamento do processo e organização da prova pode-se realizar diretamente pelo juiz ou em conjunto com as partes em audiência. Cada uma delas têm seus prós e contras, a exigir um juízo de sua adequação ao caso concreto segundo as diretrizes emanadas do texto legal.

5.2.1 Saneamento pelo juiz

O saneamento do processo e organização da prova pelo julgador comporta duas modalidades. Pode ser antecedido por prévia manifestação das partes acerca das provas que pretendem produzir. Pode ocorrer diretamente pelo juiz, com a determinação

⁶⁹⁷ A preclusão não se restringe à atividade das partes, estendendo-se às decisões sobre questões incidentais (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 279; GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 129). Busca-se conferir celeridade ao processo e evitar o arbítrio na sua condução (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 128).

⁶⁹⁸ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 179.

⁶⁹⁹ MENDES, Anderson Cortez; CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 79-97, abril de 2017, p. 93.

⁷⁰⁰ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Apontamentos sobre o saneamento e a organização do processo. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 192-197, maio de 2015, p. 192.

da produção das provas necessárias para a comprovação das alegações de fato controvertidas.

Com a outorga de prévia oportunidade de postulação, os litigantes são intimados a especificarem os meios de prova de que pretendem se valer por petição em prazo comum. É efetivada por meio do despacho ordinatório inculpido, com pequenas variações, nos seguintes termos: “especifiquem as partes, justificadamente, as provas que pretendem produzir, sob pena de preclusão”⁷⁰¹. O ato tem natureza de despacho ordinatório e, assim, não se reveste do manto da preclusão para o juiz. Em consequência, é admitido o posterior julgamento antecipado do mérito ou mesmo a extinção do processo, sem ou com falsa resolução de mérito⁷⁰². Defende-se que “a solução da praxe demonstrou oferecer maior mobilidade e racionalidade ao processo. Depois da fase postulatória, as partes têm melhores condições de saber o que é preciso provar, o que não está incontroverso – e assim por diante”⁷⁰³.

Afirma-se que a especificação de provas por petição geraria a preclusão da oportunidade de produzir provas por aquela parte que não as requereu e necessitaria ser justificada, com indicação de “quais meios de prova pretendem e quais os pontos de fato a demonstrar mediante cada um deles”⁷⁰⁴. Mesmo os requerimentos de produção de provas, que devem acompanhar petição inicial e contestação (artigos 319, inciso VI, e 336), assumiriam natureza de meros protestos insuscetíveis de gerar à parte o direito de produzir a prova, na ausência de sua confirmação no momento oportuno⁷⁰⁵. Todavia, a posição da doutrina e da jurisprudência não se sustenta frente ao imperativo de um juiz consciente de sua missão de distribuição da justiça, que não deve manter-se passivo diante da inércia da parte – ou melhor, do seu procurador –, deixando de determinar a produção da

⁷⁰¹ William Santos Ferreira propugna sua substituição por: “Digam as partes sobre as matérias elencadas no artigo 357, especificando os meios de prova relacionando-os claramente com as respectivas alegações de fato que pretendem provar, sob pena de preclusão” (Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (*case management*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 305, p. 111-137, julho de 2020, p. 6 (RT *on line*)).

⁷⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 558.

⁷⁰³ TALAMINI, Eduardo. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 134, p. 137-163, abril a junho de 1997, p. 155.

⁷⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 552.

⁷⁰⁵ STJ, AgRg no REsp 1376551/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/06/2013.

prova necessária à solução da controvérsia, com o fito de propiciar a correta aplicação do direito ao caso concreto⁷⁰⁶.

A especificação de provas por petição das partes conduz à conclusão sobre qual dos litigantes ficará incumbido de adiantar as despesas com a produção da prova pericial⁷⁰⁷. Na linha do artigo 95, será a remuneração do “perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes”. A previsão legal pode se revelar, no caso concreto, injusta. De fato, o requerimento da produção da prova pode ter como consequência a imposição de adiantar as despesas por aquele que não tem o ônus da sua produção e, por via transversa, pode vir a suportá-lo. Deveria o legislador ter acolhido a identificação entre os ônus de provar e de adiantar as despesas da prova pericial para tanto necessária. Logo, o adiantamento da remuneração do perito dar-se-ia segundo o interesse da parte na produção da prova para estear suas afirmações. Assim, se a alegação correspondesse a fato constitutivo do direito, o autor suportaria, inicialmente, os honorários periciais; se a alegação se referisse a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do seu adversário, o réu seria encarregado do recolhimento antecipado⁷⁰⁸.

Sob outro viés, o convite às partes para que especifiquem as provas sem conhecer os pontos controvertidos fixados é ilógica e vilipêndia o contraditório efetivo. Autor e réu devem indicar quais elementos de prova pretendem produzir para formar o convencimento do julgador acerca de pontos que sequer conhecem com exatidão. Como bem aponta Heitor Vitor Mendonça Sica, a prática “além de colocar ‘o carro à frente dos bois’ (discutem-se os meios de prova, antes de analisar sobre que alegações fáticas eles recairão), impede injustamente que as partes complementem o pedido de realização de provas depois de identificar sobre que elementos elas recairão”⁷⁰⁹. Mais adequado, portanto, que o juiz, desde logo, determine que sejam produzidas as provas que reputa pertinentes para aclarar as

⁷⁰⁶ MENDES, Anderson Cortez; CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 79-97, abril de 2017, p. 91.

⁷⁰⁷ STJ, REsp 1823835/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 22/10/2019.

⁷⁰⁸ MENDES, Anderson Cortez; CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 79-97, abril de 2017, p. 91.

⁷⁰⁹ Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 255, p. 435-460, maio de 2016, p. 5-6 (RT *on line*).

questões pendentes de esclarecimento ou realize o saneamento com os litigantes em audiência⁷¹⁰.

Nessa ordem de ideias, o saneamento do processo é admissível ao juiz sem que as partes tenham especificado as provas que pretendem produzir⁷¹¹. Tem amparo no artigo 357, *caput*, que não exige qualquer providência anterior à sua realização. Por sua vez, o artigo 348, que alude à especificação de provas, tem pertinência nos casos em que, a despeito da revelia, o efeito de presunção de veracidade das alegações da petição inicial não é produzido e há dúvidas ao julgador sobre quais meios de prova seriam mais aptos para sua comprovação. Nessa hipótese, entendeu o legislador que a especificação de provas por petição é suficiente a propiciar o adequado saneamento do processo e organização da prova, uma vez que o réu não veio a se integrar à relação processual, impedindo o saneamento compartilhado. Entretanto, nada impede que o juiz designe audiência para tratamento do prosseguimento do processo, com posterior instauração da fase instrutória, mesmo nos casos de revelia.

Deve ser empregado o saneamento direto pelo juiz nos casos de menor complexidade. Na sua fase de julgamento conforme o estado do processo, o julgador consegue identificar com clareza quais meios de prova são pertinentes para a comprovação dos pontos que restaram controvertidos. A título de exemplo, em demanda veiculada com o objetivo de responsabilização civil por acidente no trânsito de veículos automotores, correspondendo a controvérsia à violação do dever de cuidado objetivo consistente na inobservância do sinal semafórico desfavorável por uma das partes, a prova cabível para a sua solução tem, invariavelmente, natureza oral. De seu turno, em demanda objetivando à cobrança de indenização securitária, pairando a controvérsia sobre a natureza do sinistro, por

⁷¹⁰ Paulo Hoffman considera que a determinação de especificação de provas é inútil e inconstitucional, por atentar contra a razoável duração do processo e a ampla defesa, concitando, igualmente, que o debate sobre a dilação probatória se realiza, de forma dialética, em audiência (*Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 124-132).

⁷¹¹ Com posição diversa, William Santos Ferreira entende que a “manifestação das partes quanto ao saneamento e à organização do processo não é mero formalismo, penduricalho inútil do princípio do contraditório, e tampouco tende a atrasar o andamento do feito (basta que se conceda o mesmo prazo de cinco dias usualmente concedidos para a especificação de provas). Na verdade, as partes podem contribuir, efetivamente, na indicação dos pontos controvertidos e nos meios de prova a serem produzidos, o que tende a agilizar a instauração da fase de instrução e, conseqüentemente, na decisão de mérito” (Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (*case management*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 305, p. 111-137, julho de 2020, p. 6 (RT *on line*)).

conta da cobertura no contrato para acidente e não para doença, a prova a ser produzida, ordinariamente, é a pericial.

Com a sua adoção, abrevia-se o desfecho do processo, com a supressão da audiência, e atenuam-se os custos dos litigantes, que ficam desobrigados do comparecimento perante o julgador. Limitado aos litígios menos complexos, não causa prejuízo às partes, que, ainda, poderão se valer do pleito esclarecimentos ou ajustes (artigo 357, §1º). Sempre, no entanto, que o diálogo deve ser instaurado de forma mais ampla e efetiva, o juiz deve designar audiência. É inadmissível que o instaure de modo escritural, com sucessivas petições das partes, dissociando-se do modelo previsto pelo legislador, com indevida extensão do trâmite processual e sem alcance dos mesmos resultados que seriam obtidos com o debate oral.

5.2.2 Saneamento compartilhado entre juiz e partes

A audiência para saneamento do processo e organização da prova deve ser designada nas hipóteses de complexidade da matéria de fato ou de direito (artigo 357, §3º). Não corresponde, conseqüentemente, como regra no modelo previsto pelo legislador⁷¹². Na generalidade dos casos, o saneamento do processo e organização da prova deve ocorrer diretamente pelo juiz, por escrito. Entretanto, sempre que necessário o estabelecimento de diálogo com as partes acerca da matéria fática ou jurídica deve ser designada a audiência para saneamento compartilhado com as partes. Privilegia-se a oralidade, com amplo debate informal entre os sujeitos processuais. Validamente, “a ausência de formalidade em uma audiência dá mais liberdade para as partes e para o juiz discutirem questões relevantes e dialogarem, sem qualquer tipo de vinculação às suas manifestações, até que o ato seja concluído”⁷¹³.

⁷¹² FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 970.

⁷¹³ UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 289, p. 167-188, março de 2019, p. 3 (RT *on line*).

A complexidade fática deve ser vista sob dois aspectos para se concluir no caso concreto pela importância da designação de audiência para saneamento. No primeiro deles, as alegações das partes deduzidas nas suas peças de postulação mostram-se insuficientes para a adequada compreensão das pretensões exercidas e dos fundamentos de fato que as amparam. Neste caso, a audiência servirá para sua integração ou esclarecimento, se necessário, com a livre inquirição das partes diretamente pelo magistrado, com a lavratura do respectivo termo (artigo 139, inciso VIII)⁷¹⁴. Sem embargo da ausência de incidência da pena de confesso, salutar que o juiz colha de quem, efetivamente, conhece os fatos os informes indispensáveis ao seu julgamento⁷¹⁵. No segundo deles, há dúvidas sobre quais alegações fáticas restaram controvertidas e, sobretudo, acerca de quais provas teriam produção cabível para sua resolução. Daí a instauração de debate entre juiz e partes, por seus advogados, sobre a afirmação ou negação de fato, bem como acerca da existência de documentos ou testemunhas ou, ainda, da possibilidade de produção da prova pericial a fim de comprová-lo.

A complexidade jurídica atine à diversidade de interpretações que a questão posta sob o julgamento assumiu nas postulações dos litigantes. Uma vez presente, *in casu*, cumpre ao julgador esclarecer os efeitos de cada hipótese levantada e, principalmente, a possibilidade de adoção na sentença de ponto de vista diverso daquele aduzido pelas partes, o qual sempre deve ser submetido previamente ao contraditório (artigo 10). Hipoteticamente, debatendo-se as partes se a responsabilidade civil é objetiva por fato do serviço ou por risco da atividade (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor ou artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), entendendo o juiz que do substrato fático o dever de indenizar pode ser gerado por sua qualificação jurídica como responsabilidade subjetiva (artigo 186 do Código Civil), deve instaurar o diálogo com as partes.

⁷¹⁴ “Pode a técnica oral surtir melhores resultados que a escrita, em se tratando de esclarecer pontos obscuros nas postulações dos litigantes. O diálogo oral, ensejando manifestações sucessivas das pessoas envolvidas, até que se faça a necessária luz, permite que se atinja o alvo em muito menor tempo e com segurança muito maior. Respostas escritas - sem falar na desvantagem do alongamento do feito - serão com frequência insatisfatórias, máxime quando no fundo interesse ao litigante entrincheirar-se em declarações intencionalmente imprecisas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 109-135, outubro a dezembro de 1985, p. 10 (RT *on line*)).

⁷¹⁵ Paulo Hoffman acentua que, a par da “burocracia” e da “falta de recursos para adequada estruturação do Poder Judiciário”, a colheita da oitiva do litigante assegura-lhe “o seu verdadeiro ‘DIA NA CORTE’, no qual terá todo o tempo e atenção para contar sua versão dos fatos e ser ouvido pelo Estado-juiz. Poderá discutir amplamente a causa e ter a decisão mais justa possível. Seu problema será tratado como se o seu processo fosse o único a ser julgado” (*Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 265-266).

Vem ao encontro da designação de audiência para o saneamento do processo a possibilidade de composição amigável com a intervenção do juiz. Por mais que tentada a composição amigável entre as partes no início do processo, com auxílio de conciliadores ou mediadores, com o fim da fase postulatória, suas chances de vitória ou derrota surgem mais claras e devem ser discutidas pelo julgador, a quem compete, a todo tempo, levar a efeito a promoção da autocomposição (artigo 139, inciso V). Igualmente, a possibilidade de esclarecimento das suas alegações pelos litigantes e o diálogo instaurado com seus patronos, ampliando a participação na formação da solução que será ao final imposta, tornam de melhor qualidade a prestação jurisdicional a ser outorgada. Ainda, a imediatidade do contato entre os sujeitos processuais no debate acerca do litígio e dos caminhos para a sua resolução tendem a conformá-los mais com a decisão final.

Na audiência, a decisão oral de saneamento do processo e organização da prova é reduzida a termo. Atua o juiz em “diálogo com as partes”⁷¹⁶. O saneamento em audiência exige domínio do processo pelo julgador, assim como a colaboração dos advogados e dos litigantes⁷¹⁷. Do contrário, a tratativa conjunta do processo tende ao insucesso. Todavia, não se pode olvidar que a realização da solenidade implica em dispêndio de tempo ao juiz, às partes e aos seus advogados. Assim, deve ter lugar, como regra, nos processos em que presente a complexidade fática ou jurídica a justificá-la⁷¹⁸. É necessário tempo e preparo de todos os sujeitos processuais para o aprofundamento do debate para que se alcance bons frutos. Definitivamente, a “utilização inadequada da técnica oral pode oferecer maiores perigos do que todo o conjunto de aspectos negativos da técnica escrita. Em última análise, a uma audiência mal realizada é preferível nenhuma”⁷¹⁹.

⁷¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 559.

⁷¹⁷ “Muito particularmente na modalidade oral, o método ‘concentrado’ afigura-se propício à atuação prática da diretriz de ‘cooperação’ entre juiz e litigantes, que com razão se costuma incluir entre os postulados básicos do ‘processo social’” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 109-135, outubro a dezembro de 1985, p. 8 (RT *on line*)). “A imediatidade e a oralidade fornecem condições de construção e diálogo mais diretos e com alto potencial de eficácia, quando os sujeitos efetivamente se preparam para a audiência” (FERREIRA, William Santos. Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (*case management*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 305, p. 111-137, julho de 2020, p. 6 (RT *on line*)).

⁷¹⁸ MENDES, Anderson Cortez; CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 79-97, abril de 2017, p. 93.

⁷¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 109-135, outubro a dezembro de 1985, p. 10 (RT *on line*).

O saneamento do processo e a organização da prova de forma compartilhada entre os sujeitos processuais insere a bem-vinda oralidade ao procedimento. Como indica Mauro Cappelletti, a oralidade veio a bater-se contra tradição do processo do *ius commune*, fundado na escritura, trazendo como seus corolários a imediatidade, a livre apreciação das provas e a concentração de atos, a fim de alcançar celeridade no desenvolvimento dos atos processuais. Enfim, o contato direto, pessoal, oral do juiz com as partes, assistidas, mas não substituídas, pelos seus defensores é o instrumento mais eficaz na execução de sua função ativa de direção material do processo⁷²⁰.

5.2.3 Pedido de esclarecimentos e solicitação de ajustes

Realizado o saneamento do processo por escrito, as partes têm o ônus de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável (artigo 357, §1º). Tendo em conta que a controvérsia foi fixada sem a participação dos litigantes, agora podem indicar quais pontos dependentes de provas não foram considerados pelo julgador e quais elementos podem carrear esclarecimentos relevantes para a formação de seu convencimento.

A modalidade de estabilidade adotada corresponde à preclusão temporal⁷²¹⁻⁷²². Desse modo, impede a arguição das questões atinentes ao saneamento do

⁷²⁰ Aspectos sociais e políticos do processo civil. *Processo, ideologia e sociedade*, v. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 311-377, p. 321-322.

⁷²¹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Apontamentos sobre o saneamento e a organização do processo. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 192-197, maio de 2015, p. 193.

⁷²² O fenômeno das estabilidades processuais deve ser examinado como englobado por várias espécies, abarcando coisa julgada material, eficácia preclusiva da coisa julgada, coisa julgada formal, preclusão etc. Há uma “diferenciação apenas de grau, e não de qualidade, entre as estabilidades processuais”. Deve haver a aproximação dos institutos. A coisa julgada deve ser tratada como espécie do gênero preclusão, que assumiria, então, a “forma geral de estabilidade processual”. O ganho ao sistema consistira na outorga de vários graus de estabilidade aos atos processuais, evitando a “situação extrema de termos que optar entre a coisa julgada e nenhuma estabilidade” (CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Coordenação DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 25-60, p. 26, 43, 45, 51 e 53). Em sentido contrário, diz-se que a estabilidade no caso se assemelha aquela prevista no artigo 494, que não se identificaria com a preclusão (TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 94; UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 289, p. 167-188, março de 2019, p. 6 (RT *on line*)). Entretanto, a regra se aplica, exclusivamente, à impossibilidade de alteração da sentença, com exceções somente para correção de erros materiais e

processo e organização da prova na via recursal, caso não realizado o pleito de esclarecimentos ou ajustes no prazo estipulado pelo legislador⁷²³. Ressalvam-se as hipóteses de direito superveniente, fatos supervenientes e novos, assim como de excessiva dificuldade do litigante na produção da prova, que, em momento posterior, pode gerar a necessidade de alteração dos ônus de sua distribuição⁷²⁴. O pleito de esclarecimentos ou ajustes não tem natureza de recurso e não suspende o prazo para oposição de embargos de declaração ou interposição do agravo de instrumento porventura cabível contra a decisão que saneou o processo e organizou a prova a ser produzida⁷²⁵.

A despeito da estabilidade decorrente da ausência do requerimento de esclarecimentos ou ajustes, fogem do fenômeno as matérias cognoscíveis de ofício, como os pressupostos processuais, as condições da ação e as nulidades absolutas, assim como o exercício de poderes instrutórios pelo juiz, de poderes no emprego de medidas de apoio à execução e à efetivação da tutela de urgência e de poderes administrativos pelo juiz (v.g. poderes de polícia, exigibilidade da taxa judiciária)⁷²⁶. Todas têm alicerce em normas cogentes que mais interessam à administração da justiça do que aos anseios das partes. Assim, não obstante decidida a questão, é admitida a retratação do julgador, de ofício ou a requerimento dos litigantes, uma vez reconhecido o erro incorrido⁷²⁷. Decidida a questão

acolhimento de embargos de declaração, e se mostra por demais rígida, impossibilitando retratação de matérias cognoscíveis de ofício.

⁷²³ FERREIRA, William Santos. Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (*case management*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 305, p. 111-137, julho de 2020, p. 11 (RT on line).

⁷²⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 255, p. 435-460, maio de 2016, p. 8 (RT on line).

⁷²⁵ A decisão de saneamento do processo e organização da prova pode vir a ser impugnada tanto por agravo de instrumento quanto por apelação, dependendo do conteúdo do capítulo objeto do inconformismo. Se a questão está entre arroladas no artigo 1.015, cuja taxatividade foi mitigada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial repetitivo (REsp 1696396/MT e 1704520/MT, Corte Especial, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 05/12/2018 (tema 988)), a parte deve se valer do agravo de instrumento. Do contrário, a questão deve ser impugnada nas razões ou contrarrazões do recurso de apelação, obviamente, se não revestida de estabilidade. Sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015, veja-se MENDES, Anderson Cortez. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 100-104.

⁷²⁶ LACERDA, Galeno Vellinho de. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 177; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Preclusão. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Organização OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 141-183, p. 170-175; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 250-251.

⁷²⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Organização OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 275-290, p. 280.

pelo órgão jurisdicional superior, no entanto, o juízo inferior fica impedido de revê-la⁷²⁸, salvo se introduzidos aos autos novos elementos de convicção.

A aplicação do dispositivo é restrita ao saneamento direto pelo juiz. Não engloba aquele feito em conjunto com as partes⁷²⁹. Aliada à topologia do §1º frente ao §3º, a audiência volta-se ao saneamento compartilhado, de modo que a discordância de qualquer das partes ao seu conteúdo deve ser objeto de requisição de esclarecimentos ou ajustes no ato, com seu devido registro na respectiva ata. Assim, fica consignada a oposição ao conteúdo da decisão, abrindo a via recursal em caso de posterior sucumbência. Do contrário, a decisão que saneou o processo é colhida pela preclusão ante a conclusão de que os litigantes produziram a decisão em conjunto com o julgador. A preclusão, então, seria de natureza lógica, por incompatibilidade do inconformismo da parte com a decisão que conjuntamente com o juiz formulou. Então, inadmissível a interposição de recurso pelos litigantes para a impugnação do ato que elaboraram de forma compartilhada com o julgador⁷³⁰.

5.3 Saneamento do processo compartilhado na Espanha, no Japão e em Portugal

Os procedimentos espanhol, japonês e português assumem estrutura semelhante ao brasileiro no que toca ao saneamento do processo de modo colaborativo entre os sujeitos processuais.

⁷²⁸ GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 234; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Preclusão. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Organização OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 141-183, p. 175 e 182; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 224.

⁷²⁹ No mesmo sentido, GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 91, p. 123-136, julho a setembro de 2015, p. 116; UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 289, p. 167-188, março de 2019, p. 6. (RT on line). Contra FERREIRA, William Santos. Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (*case management*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 305, p. 111-137, julho de 2020, p. 10 (RT on line).

⁷³⁰ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 201; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Brasília: *Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 2, out. 2006, p. 101-107, p. 107.

Na Espanha, segundo a exposição de motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil, na audiência prévia, tenta-se, inicialmente, o acordo entre as partes, que ponha fim ao processo. Se a composição amigável não é alcançada, são resolvidas as possíveis questões prejudiciais ao julgamento do mérito e delimitadas as pretensões das partes e o âmbito da controvérsia. Tenta-se, novamente, a consumação da composição amigável. Com seu novo insucesso e pendentes fatos controvertidos, são propostas e admitidas as provas pertinentes. Sua minuciosa disciplina é contida em seus artigos 417 a 430.

Como pontua Juan Montero Aroca, a demanda e a contestação se realizam por escrito e determinam o objeto do processo e o objeto do debate. Ocorre depois uma audiência prévia com função especialmente saneadora (processual), mas também delimitadora dos termos do debate (material). Sucede-se, então, o verdadeiro júízo oral, em que se praticará toda a prova⁷³¹. A audiência prévia não pode ser suprimida ou substituída por manifestações escritas e já possibilita ao julgador tomar conhecimento das questões objeto do processo que provavelmente terá que resolver e com as quais somente se deparava em fases mais avançadas⁷³². Busca-se decidir todas as questões processuais e, se necessário, extinguir o processo, caso portador de vícios insanáveis ou não sanados, assim como delimitar o âmbito do litígio e as provas a serem produzidas, evitando-se atos inúteis⁷³³.

No Japão, o Código de Processo Civil, estabelece três modalidades de fase preparatória do julgamento: procedimento para organização das questões e provas (artigos 164 a 167), procedimento preparatório (artigos 168 a 174) e procedimento preparatório escrito (artigos 175 a 178). Os dois primeiros são orais, em audiência designada; o último é escritural. O procedimento para organização das questões e provas é empregado se o órgão judicial reputa necessário colher das partes alegações orais preliminares. Os pontos controvertidos são fixados em conjunto e as provas para sua solução identificadas. Se o julgador reputar apropriado, pode ser produzido um documento escrito sumarizando as

⁷³¹ La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 622.

⁷³² OLIVA SANTOS, Andrés de la. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil*, v. II. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 89.

⁷³³ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho jurisdiccional*, v. II. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 359.

questões e as provas. É usado para casos com ramificações sociais de longo alcance e em que muitas partes devam participar do processo⁷³⁴. O procedimento preparatório para a audiência de instrução e julgamento realiza-se quando considerada necessária a organização da controvérsia e das provas. O órgão judicial profere decisão sobre as provas ofertadas e examina, exclusivamente, as provas documentais. Os litigantes podem ser instados a oferecerem manifestações escritas previamente. O procedimento preparatório escrito é utilizado quando entender apropriado o julgador, por ter domicílio uma das partes em local distante ou por qualquer outro motivo. Os pontos controvertidos e as provas são organizados por meio da apresentação de alegações escritas, sem a presença das partes perante o juiz.

A concentração da fase de preparação em uma audiência veio a atender aos reclamos da doutrina frente ao sistema anterior em que ocorria em três sessões diversas⁷³⁵. O legislador japonês buscou conferir celeridade ao processo⁷³⁶. O juiz pode ouvir as partes sobre o procedimento preparatório que reputam mais adequado para o caso⁷³⁷. Yasuhei Tanigushi, ao escrever antes da entrada em vigor do diploma legal, assinala que “resta ainda ver em que medida esses expedientes serão bem-sucedidas. Os comentadores concordam em que eles só terão êxito se contarem com advogados dispostos a cooperar, como na prática da ‘audiência de postulação e conciliação’. A questão é saber se mais advogados se disporão a cooperar sob o novo Código. Muitos observadores são bastante pessimistas”. No sistema anterior que também previa o saneamento e organização oral da prova, relata que “a classe ofereceu alguma oposição, contudo, porque a conferência exigia do advogado maior preparação que o procedimento usual. Por outro lado, quando os clientes participam, os advogados podem sentir que não têm muito que fazer, pois a conversação se realiza principalmente entre o juiz e o cliente”⁷³⁸.

Em Portugal, o artigo 591 do Código de Processo Civil, que cuida da audiência prévia, faculta “às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao

⁷³⁴ DEGUCHI, Masahisa. Reform of Civil Procedure Law in Japan. *Ritsumeikan University Law Review*. Kyoto: Faculdade de Direito da Universidade Ritsumeikan, n. 17, março de 2000.

⁷³⁵ KOJIMA, Takeshi. Civil Procedure Reform in Japan, *Michigan Journal of International Law*. Michigan: Michigan Yearbook of International Legal Studies, v. 11, n. 4, p. 1.218-1.234, 1990, p. 1223.

⁷³⁶ DEGUCHI, Masahisa. Reform of Civil Procedure Law in Japan. *Ritsumeikan University Law Review*. Kyoto: Faculdade de Direito da Universidade Ritsumeikan, n. 17, março de 2000.

⁷³⁷ SUGIYAMA, Etsuko, Simplified Civil Procedure in Japan. *Erasmus Law Review*. Rotterdam: Eleven International, v. 8, n. 4, p. 201-209, dezembro de 2015, p. 202.

⁷³⁸ O Código de Processo Civil Japonês de 1996 - um processo para o próximo século? Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 99, p. 50-73, julho a setembro de 2000, p. 3-4 (RT *on line*).

juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa”. Permite a discussão das “posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate”. Admite, “após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual”. No “despacho saneador”, o julgador conhece “das exceções dilatórias e nulidades processuais que hajam sido suscitadas pelas partes, ou que, face aos elementos constantes dos autos, deva apreciar oficiosamente” (artigo 595, 1, alínea “a”). Na sequência, por meio de nova decisão, identifica o “objeto do litígio” e enuncia “os temas da prova” (artigo 596, 1).

Com “amplo espaço de debate aberto entre as partes e o tribunal para que os contornos da causa, nas suas diversas vertentes de fato e de direito, fiquem delineados”, serve a audiência prévia para “fixar participadamente a base instrutória (especificação de fatos provados por documentos autênticos ou não impugnados, e fatos admitidos por acordo ou confissão, e quesitação de fatos impugnados), assim se delimitando o objeto da futura audiência de julgamento”⁷³⁹. Tem natureza preparatória da audiência final⁷⁴⁰, devendo ser “entendida como meio essencial para operar o princípio da cooperação, do contraditório e da oralidade”⁷⁴¹. A sua realização é regra no rito ordinário, devendo sempre estar presentes os advogados e, se comportar transação o direito, as próprias partes⁷⁴². As disposições no Código de Processo Civil português, em matéria de saneamento do processo e organização da prova, no entanto, não diminuíram o volume de processos, tampouco, na prática, resultaram em efetiva colaboração entre os sujeitos processuais⁷⁴³. Já

⁷³⁹ SOUSA DINIS, Joaquim José de. Inovações e perspectivas no direito processual civil português. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 81, março de 2001, p. 326-336, p. 330.

⁷⁴⁰ PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 289.

⁷⁴¹ FARO, Maria João Sousa. A audiência prévia. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 213-232, p. 215.

⁷⁴² LEBRE DE FREITAS, José. *A ação declarativa comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 198

⁷⁴³ “O sistema de injunções tem sido praticamente letra morta. Os advogados portugueses continuam a preferir o sistema ‘petição-contestação’, sendo muito relutantes à subscrição em conjunto da petição. Isto tem algo a ver com a desconfiança do povo que encara a petição conjunta como estarem os advogados acertados um com o outro e na defenderem os seus interesses” (...). “A pretendida colaboração dos advogados das partes com o juiz do processo para, em conjunto, elaborarem a especificação e o questionário, até agora, não resultou. Os advogados têm mais que fazer nos seus escritórios” (SOUSA DINIS, Joaquim José de. Inovações e perspectivas no direito processual civil português. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 81, março de 2001, p. 326-336, p. 334).

se alertava, quando do projeto para sua introdução, que “permite dar expressão ao princípio da concentração e ao desejo de reduzir a duração do processo”, o que somente “será alcançado se a sobrecarga de trabalho dos tribunais conduzir a que a audiência preliminar seja convocada para muito depois dos articulados ou se, aliada a essa sobrecarga, os hábitos de trabalho dos advogados a transformarem numa formalidade sem utilidade prática”⁷⁴⁴.

5.4 Organização da prova

A determinação das provas necessárias à formação do convencimento jurisdicional sobre os pontos controvertidos exige a organização da sua produção. Validamente, antes do início efetivo da fase de instrução processual, é premente a adoção pelo juiz de providências com vistas ao seu adequado deslinde, com garantia às partes de participação na produção das provas. Foca-se o exame na organização das provas pericial, oral e documental, tratando-se daquelas, ordinariamente, produzidas.

A produção da prova pericial é imperativa, na interpretação, *a contrario sensu*, do artigo 464, §1º, nas hipóteses em que a comprovação do fato depender, concomitantemente, do conhecimento especial de técnico, for necessária a despeito das outras provas já produzidas nos autos e for de produção possível. Afere-se a possibilidade de consecução da prova em conformidade à subsistência da situação havida por ocasião do litígio ou, ao menos, à admissão da sua apreensão indiretamente pelo perito. É angariada a permissão de dispensa da produção da prova técnica “quando as partes, na petição inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes” o julgador (artigo 472). Em que pese rara na prática, diante do viés parcial que move os assistentes técnicos contratados pelos litigantes, existem casos, como os que debatem a eficácia de medicamentos, em que estudos técnicos imparciais podem vir a ser trazidos aos autos e usados como supedâneo da sentença a ser proferida.

⁷⁴⁴ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, ano 55, v. II, p. 353-415, julho a setembro de 1995, p. 396.

A escolha do perito realiza-se dentro de cadastro mantido pelo respectivo tribunal, ao qual o juiz está vinculado (artigo 156, §1º), devendo ser especializado no objeto da perícia (artigo 465, *caput*). A escolha fora do cadastro somente é admitida quando não há experto disponível para produção da prova na Comarca (artigo 156, §5º). O perito precisa ter cadastro, também, na Vara e as nomeações devem ser distribuídas “de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a área de conhecimento” (artigo 157, §2º). Se de acordo, as partes podem escolher o técnico (artigo 471), o que se consubstancia em um negócio jurídico processual típico. Na perícia levada a efeito por carta precatória, a indicação do perito compete ao juízo deprecado (artigo 465, §6º). O juiz pode nomear mais de um perito, se o objeto da perícia abranger mais de uma área de conhecimento (artigo 475). Por exemplo, a produção da prova para a verificação da responsabilidade civil do profissional médico pode exigir conhecimentos de mais de uma especialidade na medicina. A discussão do valor devido como contraprestação em contrato de prestação de serviços pode demandar um engenheiro para conhecimento dos serviços efetivamente prestados e um contador para apuração dos montantes que foram pagos, apurando-se o saldo pendente de adimplemento.

Como regra, a realização da perícia deve ocorrer antes da audiência de instrução e julgamento, caso também necessária a colheita da prova oral. Nada impede, porém, em hipóteses em que a conclusão desta possa tornar despropositiva aquela, a inversão da ordem de produção, o que tem, agora, expressa guarida na lei processual (artigo 139, inciso VI)⁷⁴⁵. É medida de rigor a flexibilização do procedimento, sobretudo nos casos em que a prova técnica, diante da sua complexidade, será custosa⁷⁴⁶. A título de exemplo, a prova do dano na responsabilidade civil aquiliana pode exigir vultoso dispêndio com honorários periciais, contudo, o dever de indenizar ter como antecedente lógico, dentro da controvérsia instaurada, a existência de culpa, provada com a simples oitiva de testemunhas. Não se justifica impor às partes o custeio de onerosa perícia que ao final pode resultar inútil na formação do convencimento judicial.

⁷⁴⁵ Confira-se mais sobre o ponto no item 4.2.2.

⁷⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 207-208.

Determinada a produção da prova pericial e escolhido o perito, deve ser fixado prazo para entrega do seu laudo, em consonância com a complexidade do trabalho a ser desempenhado (artigo 465, *caput*). Uma vez possível, deve ir além o julgador, estabelecendo calendário para a produção da prova (artigo 465, §8º). O lapso para entrega do laudo pode ser prorrogado, uma única vez, pela metade (artigo 476). Entretanto, a natureza do prazo é dilatória, admitindo, mais de uma prorrogação e por prazo superior, excepcionalmente, quando se avulta a complexidade da prova no decorrer da sua produção. As partes oferecem seus quesitos em quinze dias da nomeação do experto (artigo 465, §1º, inciso III), os quais se sujeitam ao exame de pertinência pelo julgador (artigo 470, inciso I). Quesitos suplementares podem ser apresentados durante a diligência, com a correspondente resposta por escrito ou em audiência (artigo 469). O perito deve ser concitado pelo juiz à prestação de esclarecimentos de pontos duvidosos do seu trabalho, assim como de pontos sobre os quais exista divergência levantada pelos litigantes ou pelos seus assistentes técnicos (artigo 477, §2º, incisos I e II). Excepcionalmente, pendente ainda de aclaramento o seu trabalho, o perito deve responder aos esclarecimentos, formulados por escrito previamente, em audiência (artigo 477, §3º).

Mais do que permitida, é recomendável a formulação de quesitos pelo juiz (artigo 470, inciso II). A ele tocará conhecer das questões controvertidas quando da prolação da sentença com base nos elementos de prova carreados aos autos. Portanto, de rigor exija a prestação das informações que repute relevantes para o bom desempenho de seu mister. De se assinalar, neste ponto, que as partes tendem a formular os quesitos voltados para a corroboração de suas teses, não se comprometendo com a justiça da decisão.

O julgador deve sempre cuidar de alertar ao perito da necessidade de “assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias” (artigo 466, §2º), assim como de dar às partes “ciência da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova” (artigo 474), quando cabível, com o objetivo de afastar futuras nulidades. Quando prevista sua necessidade, o julgador deve indicar ao experto que ostenta poderes para ouvir testemunhas e solicitar documentos (artigo 473, §3º).

Formulados todos os quesitos, o perito deve ser intimado para propor honorários definitivos (artigo 465, §2º, I), podendo o juiz autorizar o levantamento em seu favor de até 50% do montante, no início dos trabalhos, a fim de fazer frente às despesas em que incorrerá (artigo 465, §4º). Em caso de perícia inconclusiva ou deficiente, a remuneração inicialmente arbitrada para o trabalho pode ser reduzida (artigo 465, §5º). Nada obsta, no entanto, a fixação pelo juiz na decisão que saneia o processo, desde logo, dos honorários do experto, os quais comportam elevação, mediante pleito justificado, quando da entrega do laudo pericial. O adiantamento das despesas segue a regra do artigo 95, devendo a parte a quem dele se desincumbirá ser intimada para seu depósito, se o caso (artigo 95, §1º), sob pena de preclusão da produção da prova, o que se mostra salutar, evitando que o perito fique, ao fim do desempenho de seu labor, privado da remuneração que lhe é devida e ensejando a necessidade de sua execução (artigo 515, inciso V). Gozando a parte da gratuidade da Justiça, não lhe pode ser exigido que arque com os honorários do perito (artigo 98, §1º, inciso VI), competindo, quando ausente servidor do Poder Judiciário ou órgão público conveniado apto à produção da prova (artigo 93, §3º, inciso I), o seu pagamento pelo Estado, segundo tabela elaborada pelo tribunal respectivo ou, na sua falta, pelo Conselho Nacional de Justiça (artigo 93, §3º, inciso II). Não é admitida a utilização de recurso do fundo de custeio da Defensoria Pública (artigo 95, §5º)⁷⁴⁷.

Pendendo controvérsia cuja solução for de menor complexidade, não obstante a exigência de conhecimento técnico, de ofício ou a requerimento das partes, o juiz pode proceder pela produção da denominada prova técnica simplificada (artigo 464, §2º). Consiste “na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico” (artigo 464, §3º). Ou seja, não se dá a elaboração de laudo pericial, mas a mera oitiva, em audiência, do técnico, que “deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento” e “poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa” (artigo 464, §4º). É admitido o prévio exame do objeto da prova pelo especialista eleito pelo juízo, devendo ser observado o disposto pelo artigo 466,

⁷⁴⁷ No Estado de São Paulo, no âmbito da Justiça Estadual, as despesas da prova eram custeadas pelo Fundo de Assistência Judiciária – FAJ, instituído pela Lei n. 4.476/84 e regulamentado pelo Decreto n. 23.703/85, cujos recursos compõem a receita da Defensoria Pública (artigo 8º, inciso II, da Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 988/06). Houve a criação do Fundo Especial de Custeio de Perícias - FEP pela Lei Estadual n. 16.428/17, entretanto, a Lei Estadual n. 17.293/20 veio a extingui-lo, a exigir premente regulação da questão.

§2º e pelo artigo 474. Entretanto, não se aplica o artigo 477, §3º, porquanto, obviamente, a parte não pode antever quais temas surgirão duvidosos ou divergentes quando da colheita da oitiva do técnico, a permitir que pleiteie esclarecimento prévio por escrito. Destarte, os esclarecimentos, observado o ponto controvertido a ser aclarado, devem ser requeridos oralmente na audiência designada para inquirição do técnico.

Fixados os pontos controvertidos, sua solução pode depender da vinda aos autos de documentos em poder das partes ou de terceiros. É excepcional a produção da prova documental finda a fase postulatória. Os documentos necessários à prova das alegações das partes devem acompanhar petição inicial e contestação (artigo 434, *caput*). Em momento processual posterior, é lícita a produção da prova documental nova, o que corresponde aos documentos que visam a provar alegações de fato que foram trazidas aos autos após a oferta da petição inicial e da contestação ou a contrapor os documentos que foram produzidos (artigo 435, *caput*). Do mesmo modo, é possível, desde que não tenha agido a parte de má-fé, “a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente” (artigo 435, parágrafo único).

Comporta, no entanto, relativização a disciplina dos artigos 434 e 435, devendo ser interpretados em consonância ao artigo 320. Assim, apenas documentos indispensáveis à propositura da demanda tornam imperiosa sua produção antes da fase de instrução processual, ressalvada sua ocultação dolosa⁷⁴⁸. Logo, exigindo a controvérsia comprovação por documentos, o juiz deve outorgar prazo para sua juntada pela parte, o qual deve ser razoável a ponto de permitir sua produção e não se estender para além da audiência de instrução e julgamento eventualmente designada, quando se dará, como regra, o encerramento da dilação probatória.

Compete ao juiz ordenar a exibição incidental de documentos em poder da parte adversa ou de terceiros, de ofício⁷⁴⁹ ou a requerimento de uma das partes

⁷⁴⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 209.

⁷⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, p. 114-126, outubro a dezembro de 1994, p. 115; NEGRÃO, Theotonio; GOUVEA, José

(artigos 396 a 404). Assim, “o antigo princípio *nemo tenetur adere contra se* é bastante enfraquecido no direito moderno, não só nas hipóteses em que uma parte tem contra a outra um ‘direito a exibição’, mas sempre que uma parte fica com o poder de extrair do documento em mãos da outra, argumentos em seu próprio favor”⁷⁵⁰. A negativa de exibição acarreta a presunção da veracidade da alegação que o documento tinha por objeto a prova em desfavor da parte a que imposto o ônus (artigo 400, caput)⁷⁵¹ e, caso necessário, permite ao juiz “adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido” (artigos 400, parágrafo único, e 403, parágrafo único). No entanto, nem sempre a presunção de veracidade é suficiente para o deslinde do processo. Nessa linha de ideias, a adoção de outras medidas não se restringe à negativa de exibição do documento por terceiro, estendendo-se à recusa da parte na sua juntada aos autos⁷⁵². Cai, então, por terra a Súmula n. 372 do Superior Tribunal de Justiça, que obstava a cominação de sanção pecuniária, tendo sido fixada tese em recurso julgado por amostragem no sentido de que “desde que prováveis a existência da relação jurídica entre as partes e de documento ou coisa que se pretende seja exibido, apurada em contraditório prévio, poderá o juiz, após tentativa de busca e apreensão ou outra medida coercitiva, determinar sua exibição sob pena de multa com base no art. 400, parágrafo único, do CPC/2015”⁷⁵³.

Nas hipóteses em que “o documento consistir em reprodução cinematográfica ou fonográfica, a parte deverá trazê-lo nos termos do caput”, isto é, com a petição inicial ou contestação, “mas sua exposição será realizada em audiência, intimando-se previamente as partes” (artigo 434, parágrafo único). A designação de audiência para exposição da reprodução cinematográfica ou fonográfica, entretanto, não se mostra obrigatória, impondo-se somente quando às partes não ostentem ao seu alcance meios técnicos que permitam o acesso ao seu conteúdo. Definitivamente, a exibição conjunta não se apresenta profícua, impedindo sua adequada análise pelos litigantes e pelo julgador.

Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 487; STJ, REsp 856.862/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 22.08.2006.

⁷⁵⁰ MICHELE, Gian Antonio. Teoria geral da prova. Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 161-168, julho a setembro de 1976, p. 6 (RT *on line*).

⁷⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 572.

⁷⁵² O entendimento já encontrava agasalho na doutrina anteriormente à vigência do Código de Processo Civil de 2015 (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156-157).

⁷⁵³ REsp 1763462/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 09/06/2021 (tema 1.000)

A produção da prova oral faz imperativa a outorga pelo juiz de prazo de, no máximo, quinze dias para juntada dos róis de testemunhas (artigo 357, 4º), diante da necessidade de tempo suficiente para intimação e para conhecimento pelo adversário⁷⁵⁴. Se houve a designação de audiência para saneamento, na solenidade, os róis de testemunhas devem ser ofertados pelas partes (artigo 357, 5º)⁷⁵⁵. O rol deve ser juntado mesmo que as testemunhas não precisem ser intimadas pelo juízo, o que incumbe ao julgador alertar às partes, uma vez que não se presta somente a propiciar a consumação do ato, mas, sobretudo, a permitir o conhecimento pelo adversário das pessoas que serão ouvidas, com a formulação dos questionamentos que repute relevantes e de eventual contradita.

De vital importância a colheita dos depoimentos pessoais das partes nos casos em que a matéria fática não restou aclarada suficientemente nas peças de postulação por seus advogados, tampouco na audiência para saneamento do processo. A prestação do depoimento pessoal pode ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do adversário (artigo 385, *caput*), não se admitindo ao litigante que requeira sua própria oitiva. Desde que intimada pessoalmente e advertida da pena de confessa, a negativa de comparecimento da parte ou sua recusa em depor implicam confissão (artigo 385, §1º), a qual comporta valoração em conjunto com os demais elementos de prova colhidos aos autos⁷⁵⁶.

As audiências devem ser marcadas com intervalo mínimo de uma hora (artigo 357, 9º), o que, fundamentadamente, comporta excepcional abrandamento, tendo em conta a prova que será produzida⁷⁵⁷. As testemunhas serão intimadas pelo advogado da parte (artigo 455, §1º) ou levadas à audiência independentemente de intimação (artigo 455, §2º). Se não intimadas ou não trazidas, presume-se a desistência da oitiva (artigo

⁷⁵⁴ Nos juízos afetos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as despesas para o ato de intimação e os róis de testemunhas devem ser apresentados no protocolo do foro onde o ato deva ser realizado, nos termos do artigo 953 das Normas de Serviço da sua Corregedoria Geral de Justiça, o que se aplica aos processos que correm em autos físicos.

⁷⁵⁵ Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, Paulo Hoffman já propugnava que os róis de testemunhas fossem ofertados dez dias da audiência preliminar, a fim de se apurar a necessidade e eventual óbice às oitivas (*Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 160-161).

⁷⁵⁶ GÓES, Gisele Fernandes. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1050.

⁷⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 973.

455, §§2º e 3º). Somente quando frustrada a intimação pelo advogado ou justificada sua necessidade dar-se-á a intimação pelo juízo (artigo 455, §4º).

5.5 Conclusão parcial

1. Na fase de julgamento conforme o estado do processo, o juiz analisará os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, constatará a possibilidade de julgar diretamente a demanda deduzida ou determinará o início da fase de instrução probatória.

2. O juiz deve velar pela sua regularidade do início ao término do processo, colher os elementos necessários e permitir a ampla participação dos litigantes na formação de sua convicção. Em especial na fase de saneamento, deve agir para evitar e corrigir irregularidades e nulidades, propiciando o julgamento do mérito do processo.

3. Saneado o processo e pendendo de comprovação questões de fato, o julgador as fixará e determinará as provas a serem produzidas. Atua sozinho, proferindo diretamente sua decisão, ou em conjunto com as partes em audiência. Os litigantes, ainda, podem contribuir delimitando, consensualmente, os pontos de fato e de direito controvertidos. Homologada a convenção processual, o juiz fica a ela vinculado como se houvesse saneado o processo e organizado a prova de forma direta.

4. O saneamento direto, na forma escritural, deve ocorrer nos processos menos complexos, em que a controvérsia e a prova exigida para sua comprovação podem ser identificadas com clareza pelo julgador. Vem ao encontro da economia e menor duração do processo. Por sua vez, o saneamento compartilhado entre os sujeitos processuais, com a designação de audiência, deve ser realizado quando presente a complexidade da matéria de fato ou de direito, a exigir o seu esclarecimento ou debate oral. Amplifica-se o contraditório. Nos processos em que realizada adequadamente, a discussão havida entre juiz, partes e seus advogados têm aptidão de não só melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, mas também aumentar o índice de conformação das partes com a decisão de primeiro grau, diminuindo o número de recursos.

5. O pedido de ajustes ou solicitação de esclarecimentos é o momento adequado para as partes influírem no saneamento do processo e organização da prova realizado diretamente pelo juiz. O legislador posterga o contraditório, porém não o inibe nos litígios de menor complexidade.

6. A organização da prova é atividade que compete, precipuamente, ao juiz. Deve, pois, adotar as medidas necessárias para a correta produção dos elementos de prova, com a efetiva participação dos litigantes. Evita nulidades, por violação da garantia do contraditório, e permite formação do seu convencimento com vistas ao julgamento do conjunto de pretensões deduzidas.

6 FASE DE INSTRUÇÃO

Saneado o processo e exigindo a solução dos pontos controvertidos a produção de provas, prossegue a marcha procedimental com a instauração da fase de instrução. Em seu bojo, as provas já deferidas e organizadas pelo julgador têm sua efetiva produção, com participação das partes, para a formação do seu convencimento e propiciar a prolação da decisão final. Portanto, “um dos momentos cruciais para a vida dos direitos em juízo é o da instrução processual”⁷⁵⁸.

6.1 Produção dos meios de provas e participação dos sujeitos processuais

O direito à prova é decorrência dos direitos de ação e de defesa⁷⁵⁹. Os meios de prova consistem nos elementos destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo⁷⁶⁰. Logo, sendo “a prova o meio objectivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade”⁷⁶¹. É, pois, instrumento voltado à formação da convicção do julgador acerca da existência ou inexistência dos fatos alegados pelos litigantes. Um meio para alcance de um fim⁷⁶². Forma-se o convencimento do juiz, sobretudo, por documentos, testemunhas, perícias e pelas próprias alegações das partes. Como bem esclarece Alois Troller, se “a prova não pode ser obtida por meio de documentos – o conteúdo destes também permite interpretação subjetiva – a fidelidade histórica do acontecimento do qual as partes deduzem as suas

⁷⁵⁸ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 80.

⁷⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 55.

⁷⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950, p. 44.

⁷⁶¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 20.

⁷⁶² BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I. Escrita em francês por Estevan Dumont e traduzida ao espanhol por C.M.V.. Pais: Bossange Frères, 1825, p. 22.

alegações deve ser confirmada pelo juiz no espelho pessoal, e assim de novo apenas limitado, das testemunhas e da prova pericial e até das próprias alegações das partes”⁷⁶³.

A prova tem por objeto os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos, assim como sua finalidade é formar a convicção do juiz, que é o seu destinatário. Não basta para sua decisão as afirmações dos fatos, mas se impõe a elaboração de um juízo de certeza acerca da sua existência ou inexistência. Em conformidade a Nicola Framarino dei Malatesta, a “verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva”⁷⁶⁴. São, assim, meios aptos a fornecer o conhecimento sobre os fatos ao julgador: pessoas (partes e terceiros), coisas submetidas a exame e fenômenos naturais ou artificiais objeto de observação⁷⁶⁵.

Como leciona Michele Taruffo, a legalidade ou a liberdade da prova deve ser entendida sob quatro pontos relevantes: pela sua admissão no processo, pela sua produção, pela sua valoração e pela eleição de elementos úteis para a decisão. Nos sistemas fechados, aplica-se ao tema da prova o conceito positivista, segundo o qual é jurídico aquilo que está regulado por normas e é irrelevante tudo o que não é jurídico. Nos sistemas abertos, a prova é, antes de tudo, um fenômeno que pertence à esfera da lógica e da racionalidade ou, ao menos, da razoabilidade. As normas em matéria de prova não servem para definir e delimitar o conceito jurídico de prova, porque qualquer coisa que sirva para estabelecer um fato é uma prova. Sua utilidade única, ao menos em princípio, é excluir a admissibilidade de alguns meios de prova quando presentes razões específicas de exclusão⁷⁶⁶.

No processo civil brasileiro, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, são hábeis para a prova das alegações de fatos (artigo 369). A regra, pois, é a da plena admissão das provas, de sorte que as exceções devem ser justificadas suficientemente no sentido da

⁷⁶³ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 20.

⁷⁶⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 21.

⁷⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, p. 114-126, outubro a dezembro de 1994, p. 115.

⁷⁶⁶ *La prueba de los hechos*. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trota, 2005, p. 343, 345 e 359-360.

preponderância de outro valor de maior relevância⁷⁶⁷. Adotou-se um sistema aberto. Portanto, vige o princípio da liberdade de provas em função do qual todo elemento de conhecimento útil para a determinação dos fatos pode ser usado sobre a base dos critérios cognoscíveis próprios da racionalidade geral, ressalvadas algumas zonas em que regras jurídicas se sobrepõem ou substituem esses critérios racionais por conta dos valores incorporados ao ordenamento jurídico que se considera devem prevalecer⁷⁶⁸. Em nosso ordenamento, pois, são admitidas as provas atípicas, isto é, não previstas expressamente na legislação ou colhidas em dissonância com as regras para a sua produção⁷⁶⁹. Não há hierarquia entre os meios de provas típicos e atípicos na formação do convencimento do julgador, devendo ser eleito os “mais eficientes para cada respectiva questão de fato”⁷⁷⁰.

As partes devem participar da produção das provas, em contraditório. Na lição, mais uma vez, de Michele Taruffo, o contraditório deve ser garantido também na formação da prova por se tratar de um momento essencial aos efeitos da formulação do juízo sobre fatos. Seu exercício volta-se ao processo, isto é, para as provas que se formam no seu curso, não podendo operar sobre os elementos de conhecimento que se produzem fora dele. Entretanto, o fato de que esses elementos se formem fora do processo, sem o contraditório das partes, não pode ser, evidentemente, uma razão para excluir sua utilização. Nesses casos, o contraditório se posterga e se exerce, unicamente, na fase processual. Ou seja, o contraditório não é necessário para a formação da prova, salvo se produzida no próprio processo. O contraditório diferido permite aos litigantes influir na valorização das provas a ser realizada pelo juiz, intervindo, discutindo e, eventualmente, deduzindo outras provas, antes que a decisão sobre o fato seja formulada. A possibilidade de seu exercício deve integrar a formação da prova quando possível. São ilícitas as provas produzidas no processo, sem o contraditório, e são lícitas aquelas que se formam, sem seu exercício, fora do processo⁷⁷¹. Afinal, “é preciso assegurar o contraditório ao longo do

⁷⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, outubro a dezembro de 1996, p. 144.

⁷⁶⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trota, 2005, p. 359.

⁷⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, p. 114-126, outubro a dezembro de 1994, p. 117.

⁷⁷⁰ FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. *Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro*. Organização JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 539-560, p. 544-545

⁷⁷¹ *La prueba de los hechos*. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trota, 2005, p. 384-386.

processo, mas, talvez, de maneira mais notável, com especial cautela e escrúpulo, particularmente, na atividade de instrução”⁷⁷².

Nesse passo, na colheita do depoimento pessoal de uma parte, o seu adversário, por seu patrono, pode lhe fazer os questionamentos que reputa relevantes, buscando não só propriamente a confissão (artigo 390, §2º), mas também a formação do convencimento judicial em seu favor. O juiz deve inquirir, igualmente, o depoente para colher os elementos necessários à sua decisão, podendo fazer suas perguntas antes ou depois do seu *ex adverso*, aplicando-se, analogicamente, o artigo 459, §1º, que trata da oitiva da testemunha. O advogado do litigante que presta depoimento não pode inquiri-lo, já que traz sua versão sobre os fatos nas suas peças de postulação e não pode requerer que seja ouvido (artigo 385, *caput*).

Os documentos juntados pelo autor com sua petição inicial devem ser objeto de manifestação pelo réu na contestação; ao passo que os documentos trazidos pelo réu na sua resposta à demanda são alvo de manifestação pelo autor em sua réplica (artigo 437, *caput*). Todos os demais documentos carreados aos autos em momento posterior devem gerar a outorga à parte adversa prazo de quinze dias para manifestação, que admite dilatação pelo juiz à luz da sua complexidade e quantidade (artigo 437, §§1º e 2º). No exercício do contraditório, é possível ao litigante debater-se contra a admissibilidade e contra a autenticidade dos documentos colacionados ao processo, assim como contra o seu conteúdo (artigo 436).

As testemunhas que serão ouvidas devem ser previamente conhecidas pela parte contrária. Assim, o seu rol deve ser apresentado nos autos, contendo “sempre que possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, o número de registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho” (artigo 450). A providência é exigida, para propiciar a formulação pelo adversário do litigante que pretende colher o relato da testemunha que prepare os pontos que almeje esclarecer e, se o caso, suscite seu impedimento ou suspeição. Em consequência, embora não sejam intimadas para comparecer em juízo, a relação das testemunhas deve ser trazida aos autos, sob pena de se não se admitir a oitiva. A fim de

⁷⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, p. 114-126, outubro a dezembro de 1994, p. 117.

possibilitar o pleno exercício do contraditório, ainda, as testemunhas são qualificadas e perguntadas pelo juiz se tem relação de parentesco com os litigantes ou interesse no deslinde do litígio no início da sua inquirição (artigo 457).

São ouvidas, sucessivamente, as testemunhas indicadas pelo autor e depois aquelas arroladas pelo réu (artigo 456, *caput*). A ordem das oitivas pode ser alterada, com a concordância das partes (artigo 456, §1º). As partes realizam suas perguntas a elas diretamente, exercendo o juiz controle de sua admissibilidade, impedindo aquelas que “puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida” (artigo 459, *caput*). Adotou-se o modelo da livre inquirição, deixando o julgador de ouvir, avaliar e reperguntar os questionamentos que os litigantes desejassem realizar. O juiz faz suas perguntas tanto antes quanto depois das partes, devendo sempre buscar sanar integralmente as dúvidas sobre a matéria fática de conhecimento da testemunha que pende de prova (artigo 459, §1º). Os litigantes almejarão o esclarecimento dos fatos que corroboram suas pretensões, contribuindo, evidentemente, para uma decisão justa. Todavia, é imprescindível que o juiz atue ativamente na inquirição, colhendo os informes que são necessários para a formação da sua convicção.

Na prova pericial, a participação na sua produção ocorre diretamente pelas partes e pela intervenção dos assistentes técnicos que tenham indicado. As partes influenciam no seu resultado por meio da oferta de quesitos, com sua formulação antes ou durante o seu curso, e de manifestação sobre o resultado produzido (artigos 465, 1º, inciso I, 469, *caput*, e 477, §1º). Os assistentes técnicos elaboram seus pareceres técnicos (artigo 477, §1º). O perito nomeado pelo juiz deve garantir-lhes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, comunicando-os com cinco dias de antecedência (artigos 466, §2º, e 474). Assim, o perito deve indicar previamente a data em que procederá ao exame da pessoa ou coisa objeto da prova. Do mesmo modo, deve permitir a consulta de todos os documentos que utilize no seu trabalho e que não tenham sido juntados aos autos, ainda que não constantes de meios físicos, mas de mídias ou outras formas de armazenamento virtual. Como afirma William Santos Ferreira, por deter o perito conhecimento técnico específico que os demais sujeitos processuais, ordinariamente, não compartilham, eventuais “erros, involuntários ou não, dificilmente, são controláveis se não houve um contraditório efetivo em que as partes possam realmente participar, apresentando

posicionamentos críticos em relação ao que foi apresentado pelo perito judicial e que sejam efetivamente considerados pelo juiz no momento da valoração da prova”⁷⁷³.

Na inspeção judicial, igualmente, os litigantes participam da sua produção e podem influenciar no ato. Devem, pois, ser intimados da data em que o julgador procederá à inspeção da pessoa ou da coisa. Podem acompanhar a sua realização, prestar os esclarecimentos e fazer observações que repute relevantes (artigo 483, parágrafo único). Todos os informes colhidos na diligência e aptos a influir na decisão devem integrar o auto circunstanciado (artigo 484, *caput*).

O juiz, no direito processual brasileiro, guia-se pelo princípio livre convencimento motivado ou da persuasão racional (artigo 371), segundo o qual a prova será apreciada livremente, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar, na sentença, os motivos de sua convicção. Em matéria probatória, inexistente a tarifação pela lei da influência das provas na formação da convicção do julgador, o qual, no entanto, deve justificar as razões da sua conclusão. O modelo de valoração das provas que se extraía do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, a despeito da supressão da expressão “livremente”, continua idêntico no texto do artigo 371 do novo Código de Processo Civil⁷⁷⁴. Ou seja, entre os sistemas da tarifação legal da prova, do livre convencimento imotivado e do livre convencimento motivado, optou o legislador processual civil pelo último⁷⁷⁵.

⁷⁷³ A prova pericial no Novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 204-209, maio de 2015, p. 205.

⁷⁷⁴ Imotivada, portanto, a cruzada empreendida por Lenio Luiz Streck para a supressão da expressão “livremente” do texto do diploma processual (Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em 28 de maio de 2015; Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 28 de maio de 2015).

⁷⁷⁵ Assim, também se verifica no processo civil italiano (MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 129), bem como se dava no processo civil soviético (TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIAN V. *Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas*. Tradução Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978, p. 48 e 57). Ainda, no direito processual civil inglês, identifica-se “uma forte tendência no sentido da livre apreciação das provas, ou seja, não mais se impõem obstáculos à admissão de provas relevantes” (ANDREWS, Neil. *Relações entre a Corte e as partes na era do case management*. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013, p. 2 (RT *on line*)).

O convencimento do juiz é vinculado às provas produzidas nos autos do processo. A fundamentação de sua decisão deve se amparar nos elementos de prova que a ele foram coligidos⁷⁷⁶. É vedado, em consequência, o julgamento segundo a sua ciência privada. Ao “utilizar-se de seu conhecimento privado, o juiz passaria a funcionar como testemunha e juiz”⁷⁷⁷. Em consequência, perderia sua legitimidade para julgar e se tornaria fonte de prova que, por sua vez, deve ser objeto de valoração por um verdadeiro juiz, objetivamente terceiro e imparcial⁷⁷⁸. A proibição do julgamento com base em fato de conhecimento pelo juiz fora dos autos assegura sua imparcialidade⁷⁷⁹. Ressalvam-se as máximas de experiência, que são juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que são objeto do processo, procedendo da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observância foram induzidos, de modo a assumirem validade para aplicação ao julgamento de outros novos⁷⁸⁰. Assim ocorre porque as afirmações nelas fundadas por qualquer membro da mesma esfera social, em que se formaram, adquirem autoridade que a afirmação individual não pode ter, porque aquelas trazem consigo o resultado da crítica e da apreciação coletiva⁷⁸¹.

O artigo 375 permite a aplicação das “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. As máximas de experiência aplicam-se concorrentemente às normas jurídicas e podem vir a integrá-las na sua interpretação⁷⁸², o que, aliás, a supressão da expressão “em falta de normas jurídicas particulares” constante do artigo 335 do Código de Processo Civil de 1973, que tratava do tema, vem a reforçar. O dispositivo retrata exceção à regra cunhada no período intermédio

⁷⁷⁶ “No plano jurídico, pois, o convencimento do juiz, tendo em vista os fatos da causa, se traduz numa parte relevante da decisão, que deve ser, portanto, adequadamente motivada pelo próprio juiz. E é neste último aspecto que a lógica da sentença se transforma em uma verdadeira regra de direito” (MICHELE, Gian Antonio. Teoria geral da prova. Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 161-168, julho a setembro de 1976, p. 4-5 (RT on line)).

⁷⁷⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 776, p. 743-754, junho de 2000, p. 5 (RT on line).

⁷⁷⁸ MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1. 7. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 15.

⁷⁷⁹ BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 109.

⁷⁸⁰ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Tradução Andrés de la Oliva Santos. Santiago: Olejnik, 2018, p. 23.

⁷⁸¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 776, p. 743-754, junho de 2000, p. 6 (RT on line).

⁷⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e as provas. *Temas de direito processual*, 1. série, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71, p. 70.

segundo a qual *quod non est in actis non est in mundo*⁷⁸³. A denominada “doutrina do senso comum” incide no plano da valoração das provas, não influenciando no ônus probatórios, e exige “enorme cautela e uma fundamentação apurada”⁷⁸⁴.

As presunções consistem em juízo de probabilidade, segundo o que ordinariamente acontece, da vinculação de um fato a outro. Por seu intermédio, “o legislador ou o juiz facilita a um dos sujeitos interessados a defesa de seus interesses, mediante a dispensa de provar o fato que lhe interessa”⁷⁸⁵. Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, dividem-se em presunções legais (*praesumptiones iuris*) e presunções judiciais ou simples (*praesumptiones hominis*). Nas presunções legais, a correlação entre o fato comprovado e o desconhecido é extraída e imposta pelo legislador. As presunções legais podem ser relativas ou absolutas, respectivamente, caso admitam, ou não, a produção de prova em contrário, isto é, é admissível ou inadmissível a prova de que o fato legalmente presumido não ocorreu. As presunções legais relativas influem na distribuição do ônus de prova. As presunções legais absolutas aproximam-se de ficções jurídicas, com resultados práticos semelhantes. Nas presunções judiciais, que são sempre relativas, ausente prova sobre determinada alegação de fato, o julgador extrai da comprovação da alegação de fato diverso a conclusão acerca da sua ocorrência. Presunção judicial não é meio de prova, mas forma de aquisição de conhecimento pelo juiz, por meio da valoração de um fato comprovado, o que se denomina indício, do qual decorre a inferência sobre um fato desconhecido⁷⁸⁶.

As partes e os terceiros devem colaborar com a produção de provas. Os litigantes são incumbidos de comparecer em juízo, respondendo o que lhe foi perguntado, submeter-se e aos objetos que têm na sua posse à inspeção pelo juiz ou pelo perito designado

⁷⁸³ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 125.

⁷⁸⁴ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas “do ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951, p. 950-951.

⁷⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 77-78.

⁷⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e as provas. *Temas de direito processual*, 1. série, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71, em especial p. 55-60 e 64-66; FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*, v. II. Coordenação MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020, p. 711-738, p. 736.

e praticar os atos que lhe são impostos (artigo 379). A parte não assume uma obrigação, ficando expressamente ressalvado o direito de não produzir provas contra si. Cuida-se de um ônus, cujo descumprimento tem aptidão de gerar consequências desfavoráveis na formação do convencimento do julgador sobre a alegação de fato que se almeja comprovar. Os terceiros devem prestar os esclarecimentos e exibir a coisa ou o documento que lhe sejam exigidos, sujeitando-se a “multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” (artigo 380).

6.1.1 Prova emprestada

Denomina-se “prova emprestada” aquela produzida em um processo e que é colacionada a outro com a finalidade de influir na formação do convencimento do julgador, aclarando as questões controvertidas. A admissão da prova emprestada prestigia a razoável duração e a economia processual. Ainda, quando irrepitível, de difícil repetição ou de repetição muito dispendiosa, vem ao encontro do próprio direito à prova, corolário do acesso à justiça⁷⁸⁷. Prevê, expressamente, o legislador que é cabível “a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório” (artigo 372).

Ocorre seu ingresso nos autos como a prova de natureza documental, todavia, mantém a força probatória do meio de prova original⁷⁸⁸. Validamente, “ainda que o suporte físico seja documento, isso não desnatura o caminho (do inglês *evidence*) que se percorreu até o resultado (do inglês *proof*), pois, no caso da prova emprestada, importa-se o resultado (*proof*), mas para fazer as vezes de caminho de demonstração das alegações de fato

⁷⁸⁷ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 277, p. 197–233, março de 2018, p. 5 (RT *on line*); TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, p. 92-114, julho a setembro de 1998, p. 112.

⁷⁸⁸ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 277, p. 197–233, março de 2018, p. 6 (RT *on line*); GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 62; TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, p. 92-114, julho a setembro de 1998, p. 93-94.

(*evidence*)”⁷⁸⁹. A prova para ser admitida como emprestada deve vir ao processo que a toma em sua integralidade, abarcando as cópias trazidas todos os atos do procedimento para a sua produção.

Os processos não precisam ter igual natureza. A prova, pois, produzida em processo penal pode ser emprestada a um processo civil⁷⁹⁰. Tome-se, por exemplo, demanda voltada à responsabilização civil do réu pela prolação de ofensas aos direitos da personalidade do autor. Processado criminalmente por injúria (artigo 140, *caput*, do Código Penal), crime de ação penal de iniciativa privada (artigo 145, *caput*, do Código Penal), a oitiva das testemunhas na esfera penal pode ser admitida no processo civil como prova emprestada.

Provas orais, periciais e inspeções judiciais produzidas em um processo podem ser coligidas a outro. Nesse passo, é permitida a integração ao processo de laudo pericial ou de auto circunstanciado produzidos em outro. Do mesmo modo, depoimentos pessoais e testemunhos colhidos em um feito também podem ser empregados para a solução de questões controvertidas em outro. A prova técnica ganha destaque como emprestada, por conta dos altos custos que podem ser envolvidos na sua produção e na eventual impossibilidade de sua reprodução com o decurso do tempo. Evidentemente, um documento juntado em um processo pode ser coligido a outro, o que, por observar a forma ordinária de produção da prova, sequer se enquadra, propriamente, como emprestada. A prova documental é sempre constituída fora dos autos, antes ou concomitantemente ao curso do processo, com o exercício do contraditório quando da sua juntada.

A prova produzida em outro processo pode ser tomada emprestada por iniciativa da parte ou, de ofício, pelo julgador. Será valorada pelo juiz em conjunto com os outros elementos dos autos. Sempre que vier ao processo deve ser garantido o exercício do contraditório, com a possibilidade de manifestação sobre sua admissibilidade e conteúdo.

⁷⁸⁹ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 175-205, abril de 2007, p. 187-188.

⁷⁹⁰ O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm admitido até a utilização como prova emprestada de interceptações telefônicas em processos cíveis e administrativos. Interpretando o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, exigem somente que a prova tenha sido validamente produzida no processo penal do qual se origina (STF, RMS 36434 AgR, Relator Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 20/09/2019; MS 24803, Relator Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 29/10/2008; STJ, REsp 1698909/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 16/08/2018).

Não é necessária a identidade de todos os litigantes em ambos os processos⁷⁹¹. Para poder ter influência como prova emprestada, é exigido que no processo tenha figurado a parte que prejudica, uma vez que pôde intervir na sua consecução⁷⁹². Ora, se o litigante teve a oportunidade de indicar assistente técnico e formular quesitos, acompanhar a inspeção judicial e formular perguntas à testemunha ouvida, participou da formação do elemento de convicção. Nesse diapasão, correndo duas execuções contra um mesmo devedor, um de seus credores pode fazer uso da avaliação produzida no processo movido pelo outro (artigo 870, parágrafo 1º).

O exercício do contraditório no processo no qual se deu o empréstimo da prova é imprescindível. Ainda que as partes sejam as mesmas do processo do qual originado o elemento de convicção, devem ter oportunidade de se manifestar. Podem demonstrar que a prova foi produzida com violação de suas garantias, não é suficiente para aclarar as questões controvertidas, não puderam exercer, satisfatoriamente, o contraditório no processo de origem, entre tantas outras possibilidades. A manifestação dos litigantes pode esmorecer o seu valor probatório no convencimento judicial ou até indicar a necessidade da produção de prova de mesma natureza no feito em curso. Contudo, a mera possibilidade de reprodução da prova sem grande dispêndio não impede o seu empréstimo. O litigante que postulou pelo empréstimo tem vedada a possibilidade de se debater, posteriormente, pelo reconhecimento da nulidade do ato (artigo 276).

Retratada em documentos, independentemente de sua natureza, a produção da prova emprestada deve observar o disposto nos artigos 434 a 438. Deve-se diferenciar o problema da admissibilidade e o grau de persuasão que produz na formação do convencimento judicial. Se o empréstimo da prova não pode ser permitido no processo, deve ser repetida para ter influência no provimento jurisdicional como prova emprestada, sob pena

⁷⁹¹ Em sentido contrário, escrevendo sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que não tinha disposição sobre a prova emprestada, ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Prova emprestada. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 202, p. 403-415, dezembro de 2011, p. 408-411. Já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 277, p. 197-233, março de 2018, p. 8 (RT *on line*). Enfrentando a questão sob o prisma da teoria geral do processo, Ada Pellegrini Grinover exige a presença concomitante das mesmas partes e do mesmo juiz, sob pena de infringir a garantia do juiz natural (*O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 63).

⁷⁹² CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 175-205, abril de 2007, p. 197-198; TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, p. 92-114, julho a setembro de 1998, p. 95.

de sua nulidade. Definitivamente, “se a parte não desincumbiu satisfatoriamente seu ônus no processo de origem, tem o direito de fazê-lo nos termos da lei, sob pena de ficar para sempre vinculada a uma má instrução probatória”⁷⁹³. Entretanto, a prova não será extirpada dos autos, podendo influir no convencimento judicial como prova documental. Caso integrada nos autos como prova emprestada, terá a sua consideração pelo julgador, conforme sua natureza originária, em conjunto com os demais elementos de convicção produzidos.

6.1.2 Prova ilícita

O direito à prova não é absoluto. Encontra limites, “em primeiro lugar, pelo princípio da convivência das liberdades públicas, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. E, em segundo lugar, pela consideração de que o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes”⁷⁹⁴.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, proíbe o emprego de provas obtidas por meios ilícitos. Provas ilícitas são aquelas que violam as normas de direito material⁷⁹⁵. Não se confundem com as “provas ilegítimas”, cuja produção atenta contra normas processuais, ainda que de índole constitucional, e o seu juízo admissibilidade é regulado pelo respectivo diploma⁷⁹⁶. A admissão de provas ilícitas tem sido vedada, como regra, inclusive daquelas que tenham sido licitamente obtidas, mas por derivação de outra colhida em desconformidade com as regras legais, consagrando o Supremo Tribunal Federal a “teoria dos frutos da árvore envenenada”⁷⁹⁷. As provas ilícitas não podem ser, igualmente, emprestadas⁷⁹⁸.

⁷⁹³ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 175-205, abril de 2007, p. 195.

⁷⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 56.

⁷⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 140.

⁷⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 60.

⁷⁹⁷ HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 10.6.2008.

⁷⁹⁸ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 277, p. 197-233, março de 2018, p. 7 (RT *on line*).

Contudo, tem-se admitido sua influência no convencimento judicial, com a relativização das regras constitucionais que impedem a utilização das provas alcançadas ilicitamente, aplicando o princípio da proporcionalidade e buscando galgar o escopo do processo de pacificação social, de forma efetiva, com a imposição da ordem jurídica justa⁷⁹⁹. Em suma, “o cerne da questão está em encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional”⁸⁰⁰. De se anotar que a despeito da supressão do parágrafo único do artigo 257 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, correspondente ao vigente 369, que previa que “a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”, a possibilidade de ponderação pelo julgador tem espeque no seu atual artigo 489. §2º.

Portanto, em linha de princípio, as chamadas provas colhidas ilicitamente não são admitidas no processo, entretanto, “é tranquila na doutrina e na jurisprudência a aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar as questões que surgem em torno deste tema”, quando do seu confronto com outros valores⁸⁰¹. A vedação à admissão de prova obtida por meio de interceptação telefônica sem autorização judicial, por exemplo, tem por fito a proteção do direito à intimidade contra excesso cometido na colheita das provas, comportando a indagação “se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo”⁸⁰². Assim, o cotejo entre os valores envolvidos no caso concreto “possibilita, em hipóteses excepcionais, quando a vedação aos meios de prova ilícitos ensejar

⁷⁹⁹ “O princípio da proporcionalidade não se resume à simples análise de dois valores aparentemente em conflito, para saber qual deles deve prevalecer. Sua principal utilidade, ao menos para os fins propostos no presente trabalho, está na proibição do excesso, ou na busca perene da justa adequação entre meios e resultados em prol da tutela do homem e não propriamente de seus direitos. Esta perspectiva, sem dispensar a análise dos valores aparentemente em conflito como meio e não fim, tem o mérito de deslocar o foco das atenções das questões puramente técnicas para a tutela dos direitos fundamentais do homem, buscando resolver o problema a partir da ótica das pessoas que estão envolvidas no conflito” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 84).

⁸⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 141.

⁸⁰¹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 85.

⁸⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, outubro a dezembro de 1996, p. 146.

distorções ou resultados desproporcionais, injustos ou repugnantes, ao julgador a escolha de um caminho mais justo entre fulminar a prova ilícita ou admiti-la”⁸⁰³.

Ada Pellegrini Grinover defende que o afastamento das provas ilícitas deveria se limitar àquelas obtidas com a violação das normas constitucionais, com o seu aproveitamento quando derivadas do cometimento de ilícitos civis ou administrativos⁸⁰⁴. Para José Roberto dos Santos Bedaque, “afastar por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova ilícita significa aceitar provimento jurisdicional que, provavelmente, não corresponderá aos fatos deduzidos pelas partes e relevantes para o julgamento da causa”, o que “nada beneficia o ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal”⁸⁰⁵. No mesmo sentido, Alcides de Mendonça Lima aponta que “a repulsa pelo juiz poderá determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio de prova obtido ‘imoralmente’ e dando razão ao que praticou o ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral. É a negação do ideal da justiça!”⁸⁰⁶.

Em consequência, sempre observado o contraditório no processo para o qual a prova reputada ilícita é trazida, a ponderação entre os valores envolvidos pode indicar a possibilidade de sua influência do convencimento do juiz⁸⁰⁷. Haverá, por ocasião da irrestrita desconsideração da prova ilícita, duas violações ao ordenamento jurídico, uma pela obtenção da prova; outra, pela outorga da tutela a quem não tem direito, produzindo efeitos a decisão injusta sobre a esfera jurídica de quem, por vezes, sequer participou da produção da prova. Evidentemente, se afronta diretamente aos direitos da personalidade, à integridade física e psíquica da pessoa, como com a aplicação de tortura, a sua produção não pode ser permitida, uma vez que afeta a sua própria confiabilidade⁸⁰⁸.

⁸⁰³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, §1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, v. 25, p. 366-384, janeiro a abril de 2020, p. 375.

⁸⁰⁴ *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 187-188.

⁸⁰⁵ *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 142

⁸⁰⁶ A eficácia do meio de prova ilícita no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 43, p. 138-141, julho a setembro de 1986, p. 2 (RT on line).

⁸⁰⁷ Contra BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 213, 149-162, julho a setembro de 1998, p. 159-162.

⁸⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 142; LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícita no Código de Processo Civil

6.2 Poderes instrutórios

As partes detêm o monopólio da propositura da demanda e a incumbência de aduzir os fatos que amparam suas pretensões. As alegações fáticas podem resultar controvertidas e exigir a produção de provas para a formação de um juízo acerca da sua veracidade, ou não, pelo juiz. Para tanto, necessária a produção de provas. O aporte dos elementos de prova para a formação do convencimento do julgador não fica restrito à iniciativa das partes. Admite a atuação do juiz sem sua provocação. Ora, se o Estado outorga a si a função de prestar a tutela jurisdicional, é seu interesse que se desenvolva da melhor forma e tenha a melhor qualidade. Os limites da tutela jurisdicional são estabelecidos pelos litigantes, mas a forma de sua prestação é atribuição do aparato estatal. Embora, “tenha sido iniciado com a demanda, a maneira de decidir, e assim os poderes do juiz para decidir o processo e para formar o próprio convencimento podem (e devem) estar desvinculados da iniciativa das partes”⁸⁰⁹.

As atividades dos litigantes e do julgador são complementares em matéria de prova, com sua harmonização em proporções diversas no tempo e nas variadas ordens jurídicas, não se cuidando de reflexo da disponibilidade do direito material, mas, sim, de um problema de técnica processual⁸¹⁰. O início do processo e a introdução da matéria fática respeitam a um problema de relação entre direito material e processo, enquanto a instrução probatória é uma questão, exclusivamente, processual, que se resolve por critério de conveniência e oportunidade do legislador⁸¹¹. Como bem anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, deve se diferenciar as situações jurídico-processuais concernentes ao pedido de tutela jurisdicional daquelas referentes à estrutura interna do processo. Exercido o direito de ação, as iniciativas adotadas no curso do processo, sobretudo de caráter probatório, visam

Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 43, p. 138-141, julho a setembro de 1986, p. 3 (RT *on line*).

⁸⁰⁹ MICHELE, Gian Antonio. Teoria geral da prova. Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 161-168, julho a setembro de 1976, p. 6 (RT *on line*).

⁸¹⁰ BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p 14-15.

⁸¹¹ VERDE, Giuseppe. *Profili del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 102.

ao alcance de seus escopos. Assim, não se pode confundir o momento de afirmação dos fatos que dão substrato à pretensão com o momento subsequente de produção de provas⁸¹².

Como noticia Alois Troller, no direito processual antigo dos Estados gregos, itálicos e pré-asiáticos, a atuação do juiz na colheita de material para a formação do seu convencimento não era restringida. No processo civil romano, da mesma forma, não havia regra que tolhesse o julgador de investigar fatos. A sua liberdade veio a ser cerceada no século XXII, quando os “princípio da limitação do juiz na investigação jurídica foram representados na teoria e realizados na prática pelos juristas italianos”⁸¹³. Somente no final do século XIX, o processo, visto até então como coisa de interesse, exclusivamente, das partes, torna a exigir postura mais ativa do juiz na sua condução, sob a influência do pensamento do austríaco Franz Klein, que propôs o redimensionamento do princípio dispositivo, com a possibilidade do julgador de dirigir o processo, produzir provas, apreciá-las sem tarifação e atenuar o rigor das formas processuais⁸¹⁴. Todavia, anteriormente, já se colhia a outorga de poderes instrutórios ao juiz no *Corpus Iuris Fridericianum* (1781) e na Ordenança Geral Jurisdicional (1793-1795), produtos da reforma judicial de Frederico, o Grande, da Prússia, assim como no Código de Processo Civil de Genebra (1819), obra de Bellot, que influenciou a legislação processual de outros cantões suíços⁸¹⁵.

Cede a visão eminentemente privatista do processo em prol do compromisso com a outorga de uma tutela jurisdicional justa. Posta a salvo sua imparcialidade⁸¹⁶, é missão do juiz cuidar da qualidade da prestação jurisdicional, afirmando

⁸¹² *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206-207.

⁸¹³ *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 41-42.

⁸¹⁴ CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 122; TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 59-64. Para conhecimento da visão de Franz Klein e as críticas a ela dirigidas, CIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad). Tradução Adolfo Alvarado Velloso. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 27, p. 72-108, 2001, *passim*.

⁸¹⁵ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 52-59.

⁸¹⁶ “Aos temores quanto ao comprometimento do juiz, poder-se-ia responder que a formação profissional o põe, com razoável teor de segurança, a salvo dos possíveis deslizes; resta por demonstrar que o juiz recrutado por modo idôneo, cercado de garantias e integrante de um Poder Judiciário bem estruturado seja assim tão suscetível a fraquezas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 195).

o ordenamento jurídico e pacificando a sociedade⁸¹⁷. A outorga de poderes de colheita de material probatório pelo juiz funda-se, assim, em três alicerces: aceleração do procedimento, abreviando a fase de sua instrução; justiça da decisão, possibilitando exame mais acurado das alegações fáticas feitas pelos litigantes; e equalização entre as partes, suprimindo eventual insuficiência material da sua atuação em juízo⁸¹⁸.

No Estado Democrático de Direito, foi repugnada “a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade”⁸¹⁹. Contudo, sua atuação fica limitada por uma esfera de liberdade das partes, cuja transposição não é admitida, e pelo reconhecimento da limitação do processo como instrumento de descoberta da verdade. O exercício do juiz de seus poderes de investigação não viola o princípio da inércia judicial ou da demanda, tampouco o princípio dispositivo, pois sua atuação é limitada aos meios de prova, não influenciando nos elementos da demanda⁸²⁰.

A outorga de poderes instrutórios ao juiz, decorrente da publicização do processo, porém, não tem ficado isenta de críticas⁸²¹. Entretanto, a sua atribuição pelo legislador não torna o processo autoritário⁸²². Nesse sentido, “a amplitude dos poderes do juiz deve sempre ser examinada, qualquer que seja a opção ideológica do intérprete, sob a

⁸¹⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 26

⁸¹⁸ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 72.

⁸¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 184.

⁸²⁰ BRUS, Florence. *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 175. Para Alois Troller, justifica-se, porque “juiz e partes, agindo em colaboração, devem encontrar a solução justa no caso concreto” (*Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 73).

⁸²¹ Para Juan Montero Aroca, o fenômeno baseia-se em uma confusão entre as faculdades materiais e processuais de direção do processo. Uma coisa é aumentar os poderes processuais do juiz em respeito ao processo em si mesmo (na sua regularidade formal, no controle dos pressupostos processuais, no impulso, por exemplo) e outra aumentá-las com relação ao conteúdo do processo e do modo que se pode chegar a influenciar o conteúdo da sentença. Não há obstáculo algum em aumentar as faculdades processuais (e aqui nada se opõe a converter o tradicional impulso da parte em impulso de ofício), e com ela se pode entender que se privilegia o interesse público sobre o privado, mas não se pode admitir que o juiz inicie de ofício o processo ou alegue fatos ou pratique provas não pedidas pelas partes, pois deste modo se está afetando a existência dos direitos subjetivos reconhecidos nas normas materiais (*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 635).

⁸²² TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006, p. 251-254. Contra MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional*, v. I. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 270.

égide da legalidade, ou seja, não é tão relevante a atribuição de maior ou menor atuação oficiosa do juiz, em matéria probatória, desde que norteada nos quadrantes das garantias do devido processo legal”⁸²³.

Tampouco vai de encontro à imparcialidade, “porque o princípio da isonomia, para quem se preocupa não apenas com seu aspecto formal, exige tratamento desigual aos desiguais”⁸²⁴. O interesse do juiz volta-se à esbarrada administração da justiça⁸²⁵. A sua atuação não se dá “fora dos autos”, investigando a relação havida entre autor e réu, o que lhe poderia tornar parcial. O julgador “não atua para cuidar de uma inferioridade social já existente fora do processo, mas para que não se torne fatal ao direito material a fraqueza processual de uma das partes”⁸²⁶. Evidentemente, faz-se imperativo que respeite o contraditório e não desborde do objeto litigioso do processo fixado pelos litigantes⁸²⁷. Ao exercer os seus poderes instrutórios, o juiz não anula a iniciativa das partes. Limita-se a indicar quais meios de prova são necessários para o aclaramento das questões controvertidas, agindo em conjunto com elas.

A conduta ativa do juiz na produção das provas necessárias à solução dos pontos de fato controvertidos não é incompatível com o devido processo legal, favorecendo, em verdade, a justa aplicação do direito⁸²⁸. O juiz não conhece, de antemão, o que resultará da prova e, assim, qual das partes será, eventualmente, favorecida, não devendo

⁸²³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282, p. 267-268.

⁸²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual - garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39, p. 29.

⁸²⁵ “Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se ‘substitui’ às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto-de-vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto” (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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986, p. 60-61).

⁸²⁶ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 73.

⁸²⁷ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177, p. 94-152, novembro de 2009, p. 126.

⁸²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual - garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39, p. 4.

se confundir imparcialidade com neutralidade ou passividade⁸²⁹. Um juiz passivo pode ser parcial, por conta das suas ideologias e preconceitos, e um juiz ativo pode ser imparcial, mostrando-se indiferente às partes, com interesse exclusivo em proferir uma decisão justa⁸³⁰. É possível o controle adequado pelo juiz dos seus poderes instrutórios por meio do exercício do contraditório, do seu dever de fundamentação e o reexame de sua decisão por meio da interposição de recurso⁸³¹.

A iniciativa probatória do juiz assume característica de um dever⁸³². Destarte, presentes as circunstâncias para o seu exercício, as provas necessárias para a solução dos pontos controvertidos pendentes devem ter sua produção determinada de ofício. É do interesse público da administração da justiça prover o julgador dos elementos necessários para a prolação da sua decisão, com a outorga de poderes instrutórios para comprovação das alegações formuladas pelos litigantes. Não há, contudo, um direito que assiste às partes de exigir que o julgador venha a produzir as provas que deveriam ter, oportunamente, requerido. Definitivamente, os poderes instrutórios ligam-se à regra do livre convencimento motivado⁸³³. Se o juiz formou sua convicção com os elementos de provas já trazidos aos autos, não deve exercê-los.

No sistema processual civil brasileiro, o juiz goza de poderes instrutórios amplos e autônomos daqueles conferidos às partes, como se extrai do artigo 370, *caput*, segundo o qual lhe compete, de ofício ou a requerimento das partes, a determinação da produção das provas necessárias ao julgamento do mérito⁸³⁴. Não se renúncia à tentativa

⁸²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 26, p. 197-210, 2004, p. 204; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177, p. 94-152, novembro de 2009, p. 126.

⁸³⁰ FABIANI, Massimo. Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo. *Judicium*. Pisa: Pacini, p. 1-48, 2010, p. 40-41.

⁸³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 208.

⁸³² “Julgar, segundo as regras de distribuição do ônus da prova, não é atitude que tranquilize todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos”. De fato, “se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se pelos meios que tenha à mão” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 26, p. 197-210, 2004, p. 203).

⁸³³ FABIANI, Massimo. Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo. *Judicium*. Pisa: Pacini, p. 1-48, 2010, p. 48.

⁸³⁴ A “prova pertence a todos os que participam da relação processual: às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis ao seu interesse. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo. E sua atividade não implica apenas a determinar toda prova que entenda necessária à formação do seu

de alcançar uma “decisão justa, para o que parece essencial o interesse do juiz na formação do conjunto probatório”, buscando-se o “meio termo entre a passividade e a inquisitorialidade”, com a preservação das “garantias inerentes ao devido processo legal, em especial o contraditório, por meio do qual assegura-se aos interessados, a um só tempo, a possibilidade de cooperação com a jurisdição e a indispensável participação na formação do resultado”⁸³⁵. Devem ser utilizados pelo julgador independentemente da natureza do direito em disputa, se disponíveis ou indisponíveis, preocupando-se o Estado-juiz com a prolação de uma decisão justa em todos os casos⁸³⁶. O exercício de seus poderes instrutórios pelo juiz não se sujeita a discricionariedade, devendo ocorrer sempre que se repute que a prova colhida é frágil ou os pontos de fato não estão suficientemente esclarecidos⁸³⁷.

O magistrado tem não apenas o poder-dever de determinar a produção das provas que repute indispensáveis ao seu julgamento, mas também de rejeitar a produção de provas pleiteada pela parte que repute inútil ou desnecessária. É seu “dever controlar o rápido, regular e leal desenvolvimento do processo, assumindo inclusive os meios probatórios, dentro é claro dos limites fáticos extremados pelas partes para a causa”⁸³⁸. Os poderes instrutórios ligam-se à instrumentalidade do processo, que reconhece sua natureza pública e, por conseguinte, a justiça e a efetividade da jurisdição⁸³⁹. Sua atividade

convencimento, mas influi também o poder de interferir na produção da prova requerida pelas partes, tudo a alcançar os objetivos do processo. Assim sendo, a atividade também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 160). Em sentido oposto, escrevendo à luz do artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973, de idêntico teor, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 173-191, julho a setembro de 1981, p. 8 e 14 -15 (RT *on line*).

⁸³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual - garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39, p. 4.

⁸³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 208; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O novo Código de Processo Civil e o fortalecimento dos poderes judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 81-116, novembro de 2015, p. 95 e 110. Em direção oposta, Enrico Tullio Liebman reputa que somente quando o processo tenha por objeto direito indisponível, a iniciativa na proposição e na produção de provas não é mais reservada à iniciativa exclusiva das partes. Deve, entretanto, ser conferida ao Ministério Público, não ao juiz, a fim de preservar sua imparcialidade, já que as atividades de demandar e julgar são psicologicamente incompatíveis (Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 15, p. 551-565, 1960, p. 555 e 557).

⁸³⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 172, p. 32-53, junho de 2009, p. 35.

⁸³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206.

⁸³⁹ PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012, p. 279.

exerce-se “não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo”⁸⁴⁰. Os papéis são, pois, complementares e não excludentes. De fato, a “ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa”⁸⁴¹.

Por conseguinte, há uma zona de confluência do exercício de suas situações jurídico-processuais por partes e juiz na instrução processual. Não obstante, os litigantes, ao produzir prova, não buscam cooperar com o proferimento de uma decisão justa, mas, sim, fazer prevalecer suas razões. O julgador, sim, almeja identificar quem, efetivamente, tem razão e outorgar a tutela jurisdicional em seu favor. Evidentemente, a produção de provas por todos os sujeitos processuais em uma relação dialética concorre para a melhoria da prestação jurisdicional. Contudo, não há propriamente colaboração entre si e das partes com a justiça da decisão.

Os poderes instrutórios fogem da preclusão sobre questões decididas⁸⁴². No entanto, o juiz tem limites no seu exercício. É necessário que a alegação de fato tenha sido controvertida, porquanto se confessada ou incontroversa, sequer depende de comprovação (artigo 374, incisos II e III)⁸⁴³. Fora testemunhas referidas, desconhece a relação material e aqueles que dela tiveram conhecimento. Negado o adiantamento dos honorários periciais, não pode exigir do perito trabalhar sem remuneração. Salvo documento indispensável para a prolação da decisão de mérito, não deve mandar buscar e apreendê-lo ou adotar outra medida de apoio para sua obtenção. De mais a mais, nunca foram muito

⁸⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 160. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Humberto Theodoro Júnior visualizam, neste ponto, hipótese de cooperação entre os sujeitos processuais (respectivamente, *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 208; e *Princípios gerais do direito processual civil*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 173-191, julho a setembro de 1981, p. 14 (RT *on line*))

⁸⁴¹ 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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986, p. 62.

⁸⁴² LACERDA, Galeno Vellinho de. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 177; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Preclusão. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Organização OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 141-183, p. 170-175; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 250-251.

⁸⁴³ Na mesma linha, extraindo idêntica conclusão do ordenamento processual italiano, MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 127-128; MICHELE, Gian Antonio. Teoria geral da prova. Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 161-168, julho a setembro de 1976, p. 2-3 (RT *on line*).

frequentes, na prática judiciária brasileira, as iniciativas instrutórias oficiais, por comodismo dos magistrados, sobrecarga de trabalho e desestímulo doutrinário, sob imputação de parcialidade⁸⁴⁴.

Portanto, a outorga de poderes de maior amplitude ao juiz não vai de encontro à liberdade das partes e à segurança jurídica. Basta que observe o devido processo legal e, em especial garanta a igualdade entre os litigantes e o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Há, ainda, variadas outras garantias capazes de conter o seu uso abusivo, como o juiz natural, a exigência de motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade dos atos processuais. É possível, assim, com sua atribuição ao julgador conferir maior efetividade do processo, com a prolação de decisões mais justas e céleres, sem prejuízo às garantias constitucionais e infraconstitucionais de titularidade das partes.

6.2.1 Poderes instrutórios na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal

Na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, os poderes instrutórios foram exacerbados. Devia, assim, ser prestada “ajuda activa aos cidadãos que se dirijam a ele para defesa de seus direitos e interesses legais de modo que a sua falta de preparação jurídica ou outras circunstâncias similares não os” prejudicassem⁸⁴⁵. Havia “a afirmação de um poder-dever do juiz, junto à *Prokuratura*, de buscar a ‘verdade objetiva’ também fora e além das alegações das partes”, na linha dos artigos 14, 1º, 50, 2º e 56 do Código de Processo Civil de 1964 da República Socialista Federativa Soviética da Rússia e dos artigos 16, 2º, e 19 dos Princípios Fundamentais do Processo Civil de 1922 da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas⁸⁴⁶. Em especial, o artigo 16 dos Princípios Fundamentais do Processo Civil de 1922, estabelecia que o órgão julgador devia “tomar todas as medidas

⁸⁴⁴ 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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986, p. 61-62; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 208, p. 275-294, junho de 2012, p. 287.

⁸⁴⁵ TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIAN V. *Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas*. Tradução Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978, p. 68.

⁸⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. *Processo, ideologia e sociedade*, v. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 311-377, p. 357.

previstas pela lei para elucidar de maneira aprofundada, completa e objectiva as circunstâncias reais da questão, os direitos e as obrigações das partes. Este princípio define o conteúdo da verdade no processo civil”, inexistindo “obstáculo intransponível na via para a descoberta da verdade”⁸⁴⁷. A procura da “verdade objetiva”, ainda, era papel de organizações estatais e dos representantes da sociedade soviética, que poderiam vir a integrar o processo, como, por exemplo, associações profissionais e cooperativas⁸⁴⁸.

Na Alemanha, o juiz pode, independentemente, de requerimento das partes, determinar a produção de todos os meios de prova, com exceção da prova testemunhal⁸⁴⁹. Assim, é lícito que determine a exibição de documentos (§§142 e 143); requisite registros e informações de autoridades públicas (§273, 2.2), realize inspeção judicial e prova pericial (§ 144), colha depoimento pessoal das partes (§ 448), assim como proceda à oitiva de testemunhas referidas (§§273, 4). Segundo Michele Taruffo, o juiz alemão tem um poder de iniciativa probatória quase geral, podendo atuar de forma muito ativa na direção do processo e na gestão da fase de instrução⁸⁵⁰. Pode e deve fazer uso, de ofício, de todos os meios de prova⁸⁵¹, devendo assumir o seu protagonismo como juiz ativo⁸⁵². Entretanto, aponta Reinhard Greger que as “medidas do §273 da ZPO são, na prática de muitos juízes, mais exceções do que regra”⁸⁵³.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* Espanhola de 1881 previa as diligências para melhor prover no artigo 240. Consistiam em um poder de iniciativa instrutória que podia utilizar o juiz, antes de prolatar a sentença, em caso de considerar necessário complementar as provas trazidas pelas partes, determinando a produção dos

⁸⁴⁷ TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIAN V. *Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas*. Tradução Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978, p. 45-46.

⁸⁴⁸ GURVICH, Mark Arkadévich. *Derecho procesal civil soviético*. Tradução Miguel Lubán. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma de México, 1971, p. 50.

⁸⁴⁹ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982, p. 192; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 137; SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Tradução Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana, 2003, p. 45.

⁸⁵⁰ Poderes probatorios de las partes y del juez en europa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, n. 29, p. 249-271, 20061, p. 257-258.

⁸⁵¹ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 391.

⁸⁵² PÉREZ RAGONE, Álvaro J.; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*. Tradução com estudo introdutório ao processo civil alemão contemporâneo, incluindo artigos de Hanns Prütting e Sandra de Falco. Montevidéo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 132.

⁸⁵³ Cooperação como princípio processual. Tradução Ronaldo Luiz Kochem. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-134, abril de 2012, p. 129.

meios probatórios que omitiram ou a repetição dos que produziram. Foram extirpadas pela nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, sob fundamento da prevalência do “princípio da aportação” das partes, como assentado em sua exposição de motivos. Segundo José Luis Vázquez Sotelo, na doutrina espanhola, houve quem defendeu que, diante dos abusos, as diligências para melhor prover serviam, na realidade, para “melhor dilatar”⁸⁵⁴.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 adota a posição de restringir o julgador na tarefa de investigação e prova dos fatos alegados⁸⁵⁵. Diz o artigo 282 que a iniciativa probatória compete às partes, podendo o julgador determinar, de ofício, que se pratiquem determinadas provas ou que se aporem documentos, depoimentos ou outros meios e instrumentos probatórios quando a lei assim estabeleça. A atuação oficiosa ocorre, na letra do artigo 339.5, a título de exemplo, na designação de perícia nos processos de reconhecimento e negação de filiação, paternidade e maternidade, de incapacidade e em processos matrimoniais. Igualmente, em conformidade ao artigo 347.2, verifica-se a possibilidade de formulação de perguntas diretamente pelo juiz aos peritos e de requerimentos de explicações. De outro lado, segundo o artigo 429.1, II, considerando que as provas requeridas podem resultar insuficientes para esclarecer os fatos controvertidos, poderá assinalar os meios probatórios que considere convenientes para a comprovação dos fatos controvertidos, quando as partes podem modificar a suas proposições. Por fim, o artigo 435, II, dispõe que, excepcionalmente, o juiz pode determinar, de ofício, a produção de provas das alegações de fato relevantes que ainda pendem de aclaramento, se os meios anteriores não conduziram resultados concludentes por causa de circunstâncias já desaparecidas e independentes da vontade e diligência das partes, sempre que existam motivos fundados a fazer crer que as novas atuações permitirão adquirir certeza sobre aqueles fatos. Os dispositivos são alvo de grandes polêmicas doutrinárias.

Para a linha mais limitativa do seu agir, o artigo 282, que prevê a possibilidade de prática de prova de ofício pelo juiz, sempre que a lei estabeleça, é uma exceção ao princípio geral da iniciativa probatória das partes⁸⁵⁶. O julgador não deve intervir

⁸⁵⁴ Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Proceso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177, p. 94-152, novembro de 2009, p. 140.

⁸⁵⁵ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006, p. 260-261.

⁸⁵⁶ BARONA VILAR, Silvia. Líneas generales y principios configuradores de la LEC. *Revista de Derecho da Universitat de València*, n. 1, novembro de 2002, p. 3.

em mais atividades probatórias do que as requeridas pelas partes⁸⁵⁷. O juiz pode rechaçar um meio de prova proposto pelas partes, mas não determinar a produção de um meio de prova não requerido por elas⁸⁵⁸. A norma insculpida no artigo 429.1, II, não se trata de uma orientação vinculante e, tampouco, induz a conclusão de que admitida a produção de provas de ofício⁸⁵⁹. Enfim, afirma-se que a outorga de poderes ao juiz se ligaria a regimes totalitários, tendo se consumado na Itália de Mussolini, na Alemanha fascista e nos países socialistas, como a União Soviética, de sorte que o juiz espanhol não deveria fazer uso da faculdade conferida pelo artigo 429.1, II⁸⁶⁰.

Para a posição que o dota de poderes mais amplos, o juiz, para cumprir o seu dever constitucional de pronunciar sentenças justas, como imperativo do artigo 24.1 da Constituição Espanhola, precisaria conhecer a realidade dos fatos necessária para construir o suporte fático sobre o qual incidirá a solução legal⁸⁶¹. Imperioso, então, intervir na prova produzida pelas partes e, depois, completar ou suprir o material probatório que foi aportado para resolver a dúvida sobre algum fato que não restou claro e pode ter influência na resolução do litígio⁸⁶². A iniciativa probatória do julgador é admitida, sempre assegurado o contraditório, com a sua limitação aos fatos veiculados pelos litigantes, para proteger o princípio dispositivo, e às fontes probatórias objeto do processo, para preservar sua imparcialidade⁸⁶³. Assim, o juiz espanhol tem a possibilidade de fazer que as partes proponham as provas que considere relevantes para a decisão⁸⁶⁴. A iniciativa judicial é complementar ou suplementar à atividade probatória das partes⁸⁶⁵

⁸⁵⁷ OLIVA SANTOS, Andrés de la. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil*, v. I. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 222.

⁸⁵⁸ MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 647.

⁸⁵⁹ BARONA VILAR, Silvia. Líneas generales y principios configuradores de la LEC. *Revista de Derecho da Universitat de València*, n. 1, novembro de 2002, p. 3.

⁸⁶⁰ MONTERO AROCA, Juan. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000, p. 651-652 e 655.

⁸⁶¹ PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012, p. 280.

⁸⁶² VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177, p. 94-152, novembro de 2009, p. 125-126.

⁸⁶³ PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012, p. 278.

⁸⁶⁴ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006, p. 261.

⁸⁶⁵ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177, p. 94-152, novembro de 2009, p. 126.

Na Itália, o artigo 61 dispõe que, quando necessário, o juiz pode ser assistido, para o cumprimento de atos individuais ou para todo o processo, de um ou mais consulentes de particular competência técnica. O artigo 118 admite que ordene às partes e aos terceiros que permitam a inspeção indispensável para conhecimento dos fatos da causa sobre sua pessoa ou sobre suas coisas, desde que feita sem danos graves, sob pena de valorar a negativa, sem justo motivo, em seu desfavor. O artigo 213 permite requisitar, de ofício, à administração pública informações por escrito relativas a atos e documentos necessários ao processo. O artigo 257 autoriza a imposição, de ofício, da oitiva de pessoas referidas por testemunhas como conhecedoras dos fatos ou das testemunhas que foram consideradas desnecessárias em conformidade ao artigo 245 ou que permitiu a desistência. Segundo o mesmo dispositivo, pode também determinar que sejam reinquiridas as testemunhas já ouvidas, a fim de esclarecer o seu testemunho ou para corrigir irregularidades ocorridas na oitiva anterior. O artigo 281-ter possibilita *ex officio* a produção da prova testemunhal, quando as partes na exposição dos fatos referem-se a pessoas que parecem capazes de saber a verdade. Segundo o artigo 2.736 do Código Civil, ainda, é lícito ao julgador exigir o juramento supletório e estimatório⁸⁶⁶. A doutrina se divide acerca dos poderes instrutórios do juiz. Parte o refuta à luz do artigo 115 do seu Código de Processo Civil, segundo o qual deve fundamentar sua decisão nas provas propostas pelos litigantes e pelo Ministério Público. Parte o admite diante dos vários dispositivos legais que os conferem.

Para Giuseppe Tarzia, permanece imutável o princípio dispositivo, não só substancial, mas também processual, ou seja, a obrigação de o juiz fundar a sua decisão sobre as provas apresentadas pelas partes. Assim, as “iniciativas do Juiz em matéria de prova remanescem aquelas, excepcionais”, de modo que a “lei não atribui ao Juiz instrutor poder algum de controle sobre a necessidade de novas provas”, vigendo, “por isso, o princípio de liberdade das deduções instrutórias, todavia nos limites temporais fixados pelo

⁸⁶⁶ O juramento trata-se de meio de prova, fundado na tradição histórica, cuja falsidade faz incorrer em crime tipificado no artigo 371 do Código Penal Italiano. Tem três modalidades: decisório, supletório e estimatório. O juramento decisório é requerido por uma parte diante da outra quando a prova é determinante para a solução integral de uma questão de fato, de um capítulo da demanda ou de uma questão prejudicial. O juramento supletório pode ser pleiteado por uma das partes ou deferido de ofício nas ocasiões em que uma demanda ou exceção não está plenamente provada. O juramento estimatório busca estabelecer o valor de um bem objeto do processo, não sua existência ou se, efetivamente, é devido, dando-se sua imposição, exclusivamente, de ofício (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 500-501). É uma regra que, no fundo, vale como uma ficção para evitar o *non liquet* (FABIANI, Massimo. *Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo. Judicium*. Pisa: Pacini, p. 1-48, 2010, p. 47).

Juiz”⁸⁶⁷. Claudio Consolo assinala que, por exigência de sua imparcialidade e independência, é repudiado no processo civil o modelo de juiz-investigador, portanto, munido de poderes inquisitivos de pesquisa autônoma dos fatos controversos⁸⁶⁸. Andrea Lugo aduz que o artigo 115 do Código de Processo Civil Italiano veda o julgador de realizar, de ofício, investigações, reservando às partes a iniciativa de produção do material probatório⁸⁶⁹. Dino Buoncristiani considera que o artigo 2.697 do Código Civil deixa ao monopólio da parte tanto a alegação dos fatos a serem provados quanto a indicação da fonte da prova, cabendo ao juiz, nos termos do artigo 115 do Código de Processo Civil, apenas a possibilidade de formalização do meio de prova⁸⁷⁰. O entendimento tem raízes na edição do Código de Processo Civil de 1940 sob o regime fascista, como indica Girolamo Monteleone, segundo o qual o reforço do princípio da autoridade do Estado se projeta e se traduz no processo em confirmação da autoridade do juiz⁸⁷¹.

Em sentido contrário, Giuseppe Verde indica que presente combinação entre os princípios dispositivo e inquisitivo, que seriam igualmente representados⁸⁷². Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo reconhecem que, no sistema processual italiano, tem sido admitida, em estreita função de descoberta da verdade, uma área sempre ampla de iniciativa instrutória e de poderes integrativos ou supletórios atribuídos ao juiz, de ofício, na admissão e produção de determinada prova. Age na integração das provas produzidas por iniciativa das partes, sem que seja inibido pela consumação da decadência ou da preclusão em seu desfavor, porém, sujeitando-se ao exercício do contraditório⁸⁷³. Massimo Fabiani, igualmente, assenta que, se a demanda e a alegação dos fatos principais é monopólio das partes, um sistema integrativo com a possibilidade da produção de prova, de ofício, pelo juiz não se confunde com um processo inquisitivo. O papel do julgador na coleta de provas não substitui a iniciativa dos litigantes, ficando circunscrito ao conjunto de pretensões e alegações dos fatos que as amparam.

⁸⁶⁷ O novo processo civil de cognição na Itália. Tradução Clayton Maranhão. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 65, p. 73-91, novembro de 1995, p. 74 e 82.

⁸⁶⁸ *Spiegazioni di diritto processuale civile*, v. I. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 592-593.

⁸⁶⁹ *Manuale di diritto processuale civile*. 18. ed. Milano: Giuffré, 2012, p. 35.

⁸⁷⁰ *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 90.

⁸⁷¹ Sulla relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del codice di procedura civile del 1865. Due codici a confronto. *Scritti sul processo civile*, v. I. Roma: Aracne, 2012, p. 222-232, p. 230; Il processo civile alla luce dell'art. III cost.: linee generali di una necessaria e possibile riforma del processo civile. *Scritti sul processo civile*, v. I. Roma: Aracne, 2012, p. 233-246, p. 240.

⁸⁷² *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008, p. 103.

⁸⁷³ *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011, p. 222-223 e 227.

Proibido o uso de sua ciência privada, o juiz não se transformará em um investigador, procurando novos fatos sobre os quais, então, inserirá as provas oficiais⁸⁷⁴.

Em Portugal, o juiz assume amplos poderes de produção, de ofício, de provas, que foram reforçados desde as reformas de 1995 e 1996 do diploma processual anteriormente vigente. O Código de Processo Civil atual propugna, em seu artigo 411, que “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo officiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”. No mesmo passo, o artigo 607, 1, dispõe que “encerrada a audiência final, o processo é concluso ao juiz, para ser proferida sentença no prazo de 30 dias; se não se julgar suficientemente esclarecido, o juiz pode ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias”. Especificamente, sem provocação dos litigantes, o julgador pode impor a exibição de documentos às partes, terceiros e autoridades públicas (artigo 436), a colheita do depoimento pessoal das partes (artigo 452, 1), a produção da prova pericial (artigos 477 e 487), realizar inspeções (artigo 490, 1) e a oitiva de testemunhas (artigo 526).

Os poderes instrutórios do juiz geram controvérsias na doutrina processual portuguesa. Para José Lebre de Freitas, o “papel do juiz-árbitro encontra-se definitivamente ultrapassado”⁸⁷⁵. Na mesma linha, Paulo Pimenta acrescenta que são “poderes-deveres ou poderes funcionais, não estando, pois, na disponibilidade do juiz a opção entre exercer ou deixar de exercer tais poderes”, ou seja, quando “se aperceba de que a realização de certa diligência probatória é necessária para o apuramento da verdade e a justa composição do litígio, o juiz está vinculado à prática do ato”⁸⁷⁶. Em sentido contrário, segundo Miguel Teixeira de Sousa, os fatos “sobre os quais o tribunal pode exercer estes poderes inquisitórios com a finalidade de apurar a verdade ou de obter a justa composição do litígio são precisamente os factos instrumentais”⁸⁷⁷. Não obstante os poderes que lhe forma outorgados, Elisabeth Fernandez dá conta de que, mesmo após as reformas processuais dos anos de 1995 e 1996, “o juiz continuou a ser, na prática, o convidado de

⁸⁷⁴ Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo. *Judicium*. Pisa: Pacini, p. 1-48, 2010, p. 41.

⁸⁷⁵ *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 178.

⁸⁷⁶ *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 30.

⁸⁷⁷ Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abril a junho de 1997, p. 180.

pedra do processo”, contudo, a “causa da inércia ou da passividade do julgador no processo já não tinha origem legal, mas judicial”. Enfim, “os juízes não têm querido exercer o papel de ‘investigadores’”⁸⁷⁸.

6.3 O ônus da prova e sua distribuição

A decisão judicial deve fundar-se nas alegações veiculadas pelas partes, assim como nas provas por estas produzidas ou determinadas pelo juiz, de ofício, no exercício de seus poderes instrutórios. Alegações de fato não impugnadas especificamente, notórios, confessados, não controvertidos ou presumidos por lei verdadeiros não dependem de prova (artigos 341, *caput*, e 374, inciso I a IV). Todas as outras alegações devem ser comprovadas para a formação de um juízo positivo no convencimento judicial. Para propiciar o julgamento das pretensões exercidas no processo, o legislador estabelece regras acerca da produção das provas necessárias a comprovar as alegações deduzidas. As regras, no caso, estatuem situações jurídico-subjetivas às partes na forma de ônus.

O julgador não pode escusar-se da prolação do seu julgamento (*non liquet*). As regras sobre os ônus de prova, por conseguinte, auxiliam-no a formar um juízo, positivo ou negativo, sobre a pretensão deduzida, não obstante a incerteza sobre os fatos alegados para lhe dar substrato, porque lhe indicam o modo de chegar a uma decisão em semelhante caso⁸⁷⁹. A parte que não se desincumbir do ônus de prova que lhe é imposto arcará com a consequência da desconsideração pelo juiz da alegação que deveria comprovar. Vige, em matéria probatória, o princípio do interesse. Incumbe, pois, às partes comprovar suas alegações. Em “uma função *lato sensu* epistêmica da regra do ônus da prova: se as partes fizerem o que ela prevê, será apurada a verdade dos fatos e o processo se concluirá com uma decisão justa enquanto fundada sobre a correta aplicação da norma que rege o caso. E, assim, alcança-se ao fim - não somente privado e individual - que é visado, a princípio, pela administração da justiça”⁸⁸⁰. Vem ao encontro da segurança jurídica, permitindo “aos

⁸⁷⁸ Atenuação do princípio dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho, t. XLIX, p. 279-292, julho a dezembro de 2000, p. 282 e 288.

⁸⁷⁹ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução Ernesto Krotoschin. Santiago: Olejnik, 2017, p. 15.

⁸⁸⁰ TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves

possíveis litigantes saber de antemão quem sofrerá os efeitos da falta de prova, de acordo como o ônus tiverem sido previamente distribuídos pelo legislador (distribuição *ope legis*)”⁸⁸¹.

Entre os variados ônus em matéria probatória, como regra, o autor deve produzir os documentos que amparam suas alegações na petição inicial, ao passo que o réu deve carrear-los na sua contestação (artigo 434). Os litigantes têm não só o ônus de requerer a produção da prova pericial que lhe aproveita, como também adiantar as despesas necessárias para a sua produção (artigo 95). A parte deve arrolar suas testemunhas no prazo assinalado pelo juiz e, designada audiência para saneamento compartilhado, apresentar na oportunidade o seu rol (artigo 357, §§4º e 5º).

O ônus de provar vincula-se ao ônus de alegar; quem fez uma alegação tem a necessidade de comprová-la, caso seja contraposta pelo adversário⁸⁸². Ao autor compete a prova das alegações dos fatos constitutivos e violadores do seu direito; enquanto ao réu cabe a prova das alegações dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do adversário (artigo 373, *caput*, combinado com os seus incisos I e II)⁸⁸³. A enunciação das regras gerais de distribuição dos ônus probatórios já era extraída da obra de Leo Rosenberg⁸⁸⁴. O autor, ainda, deve se desincumbir do ônus de provar o preenchimento de alguns pressupostos processuais, enquanto o réu de outros⁸⁸⁵. A título de exemplo, quando necessário, o demandante deve comprovar a sua capacidade, a personalidade jurídica do outro litigante e a regularidade da demanda proposta. O demandado tem que provar a existência de litispendência, coisa julgada, perempção, convenção de arbitragem e confusão entre credor e devedor. Em geral, pois, o ônus de prova é distribuído segundo a posição ocupada pela parte nos polos da relação processual e a natureza da alegação de fato feita.

Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013, p. 425.

⁸⁸¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Processo (in)civil e (in)segurança jurídica*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 184.

⁸⁸² BÜLOW, Oskar Von. *A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 261.

⁸⁸³ Na Itália, vige regra semelhante no artigo 2.697 do seu Código Civil.

⁸⁸⁴ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução Ernesto Krotoschin. Santiago: Olejnik, 2017, p. 133-134.

⁸⁸⁵ BÜLOW, Oskar Von. *A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 265.

As regras de distribuição do ônus de prova consistem em regras de julgamento⁸⁸⁶. Não produzida a prova necessária da sua alegação, a parte não alcançará resultado favorável na formação do convencimento do julgador. O litigante, entretanto, somente pode ter imposto o ônus se for capaz dele se desincumbir⁸⁸⁷. Se o meio de prova da alegação do autor, por exemplo, o instrumento do contrato que as partes celebraram, estiver em poder do réu, não pode se exigir que o junte aos autos.

As regras ordinárias do ônus da prova comportam, em alguns casos, alteração pela convenção das partes ou pela lei. Logo, o ônus de prova pode ser atribuído de forma diversa ao modelo geral estabelecido pelo legislador. Nesses casos, dissocia-se o ônus de provar do ônus de alegar. Quando da modificação do ônus probatório, ainda, a parte deve afirmar os fatos que lhe aproveitam, em que pese a incumbência da produção da prova seja imposta ao seu adversário. Destarte, a modificação do ônus probatório não altera o ônus de afirmar.

A mudança do ônus da prova pode ocorrer por convenção das partes antes ou no curso do processo (artigo 373, §§3º e 4º). É negócio jurídico processual típico que já era agasalhado no artigo 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973. O acordo não é admitido se recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (artigo 373, §3º, incisos I e II). O juiz, como nos negócios jurídicos atípicos, ainda, exerce sobre ele controle, repelindo-o “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (artigo 190, parágrafo único).

⁸⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e as provas. *Temas de direito processual*, 1. série, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71, p. 61; COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 139; FABIANI, Massimo. Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo. *Judicium*. Pisa: Pacini, p. 1-48, 2010, p. 42; FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*, v. II. Coordenação MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020, p. 711-738, p. 720-721; TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013, p. 425.

⁸⁸⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 67.

As modificações operadas pelo próprio legislador da regra geral de repartição do ônus probatório baseiam-se em presunções legais relativas, buscam privilegiar a posição processual de um determinado sujeito ou são impostas pela facilidade em se desincumbir do ônus por uma das partes⁸⁸⁸. Almeja-se evitar a iniquidade no caso concreto da incidência das regras estáticas ordinárias estabelecidas pelo legislador para sua distribuição entre as partes⁸⁸⁹. No diploma processual vigente, verifica-se, afora os demais casos previstos em lei, nas hipóteses da impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório pela parte ou da maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário pelo adversário (artigo 373, §1º)⁸⁹⁰. Da modificação do ônus da prova, no mesmo passo, não pode resultar impossibilidade ou excessiva dificuldade ao adversário da parte a quem aproveita (artigo 373, §2º). Positiva-se à proibição da imposição da produção de prova diabólica (*probatio diabolica*), como, por exemplo, na exigência de comprovação de alegação de fato negativo⁸⁹¹. É vedada sua imposição tanto ao onerado inicialmente quanto ao seu adversário. Afinal, ao “impossível ninguém pode ser compelido”⁸⁹². Se a prova é difícil a ambos os litigantes, incide a regra geral insculpida no artigo 373, *caput*, combinado com os seus incisos I e II. O deslocamento do *onus probandi* só será aceitável se, em relação às alegações de fato que objetiva, o réu estiver em reais possibilidades de prová-las, pois caso contrário, quando dificuldades probatórias afetem a todas as partes, a inversão do respectivo ônus processual não encontra justificativa e se constituiria em afronta aos

⁸⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e as provas. *Temas de direito processual*, 1. série, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71, p. 60; TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013, p. 426.

⁸⁸⁹ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas “do ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951, p. 945.

⁸⁹⁰ Na Espanha, o artigo 217.7, positiva regra semelhante ao dispor que o órgão julgador deve ter presente na definição do ônus a disponibilidade e facilidade de provar de cada uma das partes.

⁸⁹¹ “A prova direta, como se chama, a prova material ou a prova imediata é rigorosamente impossível num caso dessa espécie. Impor ao autor que a faça significa, em verdade, impor-lhe a chamada prova diabólica - expressão do velho ACURSIO - a prova tida por impossível” (STJ, REsp 823.122/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 14/11/2007).

⁸⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 102, p. 62-74, 2011, p. 71.

princípios fundadores da distribuição do esforço probatório, mas nesta oportunidade, contra a viabilidade de sucesso do réu⁸⁹³.

O artigo 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/90 também acolhe a alteração do ônus da prova em favor dos consumidores nos processos que tem por objeto relações de consumo. Objetiva a facilitação da defesa dos seus direitos, com reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade, que pode ser técnica, científica, incluindo a jurídica, e fática ou socioeconômica⁸⁹⁴. Exige a conjugação dos requisitos da verossimilhança das alegações da petição inicial com a sua hipossuficiência frente ao fornecedor, que “é a parte detentora dos dados da produção do bem e que se encontra em uma melhor posição para fornecê-las ao magistrado”⁸⁹⁵. A despeito do emprego no dispositivo da partícula “ou” na redação do dispositivo, os dois requisitos devem ser cumulados⁸⁹⁶.

A atribuição diversa do ônus da prova pode, portanto, ser predeterminada pelo legislador, como exceção às regras ordinárias, ou se consumir pelo julgador no curso do processo, com observância das peculiaridades do caso concreto. A experiência mostra que, em determinadas conjunturas, o apriorismo em matéria probatória pode funcionar mal⁸⁹⁷. Acolheu-se, então, a teoria da carga dinâmica da prova, segundo a qual “cabe ao juiz, verificando qual parte teria melhores condições de produzir determinada prova (conhecimentos técnicos, informações específicas e relevantes para o julgamento ou até mesmo melhor facilidade na demonstração de determinado fato), impor que uma das

⁸⁹³ PEYRANO, Jorge W.. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 205-224, março de 2013, p. 222-223.

⁸⁹⁴ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. Tese de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 32.

⁸⁹⁵ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, n. 57, p. 94-102, abril a junho de 1995, p. 99.

⁸⁹⁶ FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*, v. II. Coordenação MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020, p. 711-738, p. 730; GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, v. 3, p. 583-593, setembro a dezembro de 1996, p. 584. Contra HILL, Flávia Pereira. A inversão do ônus da prova na CLT e no CDC. *Boletim Científico*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, n. 22-23, p. 31-55, janeiro a junho de 2007, p. 36-37.

⁸⁹⁷ PEYRANO, Jorge W.. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 205-224, março de 2013, p. 208.

partes o faça, a fim de facilitar o conhecimento de um fato necessário para decidir”⁸⁹⁸⁻⁸⁹⁹. A distribuição dinâmica do ônus de prova de forma diversa da “regra geral” prevista pelo legislador, porém, deve ser admitida, exclusivamente, nessas situações excepcionais⁹⁰⁰ e abarcar alegações de fatos específicas, não todo o objeto da prova⁹⁰¹. Assim, não deve ser aplicada “para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado”⁹⁰².

A diferente atribuição do ônus de prova não depende de pedido da parte. Contudo, deve ser sempre objeto da decisão de saneamento do processo e organização da prova, de forma fundamentada, a fim de permitir à parte a quem desfavorece desincumbir-se do ônus que veio a lhe ser imposto (artigo 373, §1º), com observância da prévia manifestação dos litigantes (artigo 10). Aliada à sua consagração em lei, a providência tem aptidão de dissipar os fundamentos das críticas sobre a adoção da teoria a carga dinâmica da prova, evitando, em especial, a vulneração do contraditório⁹⁰³.

A necessidade de sua prévia definição na decisão saneadora, no entanto, não subtrai do ônus da prova seu caráter de regra de julgamento, consagrada na

⁸⁹⁸ CASTRO, Daniel Penteadado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 162.

⁸⁹⁹ Mesmo à mingua de previsão expressa no Código de Processo Civil de 1973, reconhecia-se a possibilidade de inversão dinâmica do ônus da prova (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas “do ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951, p. 947).

⁹⁰⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização da prova. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenação MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilher Rizzo. São Paulo: Atlas, 2012, p. 374-388, p. 382; PRÜTTING. Hanns. Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. Tradução Álvaro J. Pérez-Ragone. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, n. 1, p. 453 - 464, 2010, p. 462; PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no Novo Código de Processo Civil. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251, p. 232.

⁹⁰¹ PEYRANO, Jorge W.. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 205-224, março de 2013, p. 222.

⁹⁰² KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas “do ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951, p. 947.

⁹⁰³ Veja-se as críticas à teoria da carga dinâmica da prova em TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013, p. 427-431.

máxima “fato não provado é fato inexistente”, a ser aplicada no momento da prolação da sentença⁹⁰⁴. Definitivamente, o ônus da prova é uma regra de fechamento do sistema jurídico processual que permite a solução do conflito, sem embargo da falta ou insuficiência das provas colhidas⁹⁰⁵. Dá-se tão-somente a imposição ao juiz do dever de alertar sobre a possibilidade de sua ocorrência no caso concreto, garantindo que a parte não seja surpreendida e tenha a possibilidade de produzir as provas que lhe competem.

Não se constitui em inversão do ônus da prova a imposição de que a parte produza com sua petição inicial e com sua resposta à demanda a prova documental que detenha em seu poder necessária à comprovação das alegações que deduziu. Definitivamente, é ônus que lhe é diretamente atribuído pelo artigo 434, *caput*, a tornar despiciendo o alerta prévio para justificar o julgamento do mérito. Como enuncia Francesco Carnelutti, como “quem tem interesse em afirmar um fato tem interesse também em obter e, especificamente, em preconstituir a sua prova”. Logo, “quando esta não é exibida, isso quer dizer que o fato não existiu. Assim, quando se não exhibe a quitação, há que concluir que o devedor não pagou. O princípio exposto traduz-se no chamado ônus da prova. Com efeito a produção da prova de um fato torna-se ônus para a parte que tem interesse na sua afirmação”⁹⁰⁶.

Para modificação dos ônus probatórios, a fundamentação é essencial, pautando-se nos critérios eleitos pelo legislador, a fim de evitar que o seu emprego indiscriminado “possa contribuir para a sua vulgarização, comprometendo o valor segurança jurídica e estimulando decisões arbitrárias”⁹⁰⁷. A alteração do ônus probatório não modifica

⁹⁰⁴ CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167-168; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 81. Contra Paulo Henrique dos Santos Lucon e Guilherme Recena Costa, reputando que o ônus da prova não constitui “regra de julgamento, mas regra fundada nos poderes de direção do juiz” (Formalismo processual e dinamização da prova. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenação MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilher Rizzo. São Paulo: Atlas, 2012, p. 374-388, p. 384). No mesmo passo, trilha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerando o ônus de prova “regra de instrução” (REsp 1286273/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, j. 08/06/2021; REsp 422.778/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 29/02/2012).

⁹⁰⁵ PEYRANO, Jorge W.. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 185, p. 107-116, julho de 2010, p. 4 (RT *on line*).

⁹⁰⁶ *Teoria geral do direito*. Tradução Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 541.

⁹⁰⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização da prova. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenação MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilher Rizzo. São Paulo: Atlas, 2012, p. 374-388, p. 383.

o ônus do adiantamento das despesas da prova⁹⁰⁸. Mais adequada, porém, seria a associação dos ônus, impondo à parte que interessa a produção da prova cuidar do seu custeio, resguardado o seu ressarcimento em caso de sucesso na demanda. No processo civil, a disponibilidade do direito não altera as regras do ônus probatórios⁹⁰⁹. Em que pese indisponível o direito alegado, o autor remanesce com o ônus de provar os fatos que lhe são constitutivos e violadores. Em demanda pedindo o pagamento de alimentos, deve comprovar a existência e a extensão da necessidade de recebê-los, ressalvada a aplicação de alguma hipótese de mudança do ônus da prova.

Assim, o ônus de provar é a incumbência atribuída ao litigante de comprovar as alegações de fato que lhe aproveitam. Por conhecer as regras de sua repartição de antemão, permite a avaliação da probabilidade de sucesso no exercício da sua pretensão ao demandante e na formulação da sua oposição ao demandado, assim como inibe o demandismo, evitando a propositura de demandas despidas de substrato probatório mínimo⁹¹⁰. Vem, pois, ao encontro do imperativo de segurança e previsibilidade jurídica⁹¹¹. Não se pode conceber, pois, sua fixação ao arrepio das regras estatuídas pelo legislador. Assim, não se admite sua alteração contra os ditames legais sob o fundamento de um dever de colaboração imposto às partes “para que produza provas contra si e no interesse comum”⁹¹².

⁹⁰⁸ STJ, REsp 1313866/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 15/06/2021; AgRg no Ag 634.444/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 11/10/2005, DJ 12/12/2005; HILL, Flávia Pereira. A inversão do ônus da prova na CLT e no CDC. *Boletim Científico*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, n. 22-23, p. 31-55, janeiro a junho de 2007, p. 52; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização da prova. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenação MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilher Rizzo. São Paulo: Atlas, 2012, p. 374-388, p. 385.

⁹⁰⁹ Em sentido contrário, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 239.

⁹¹⁰ PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no Novo Código de Processo Civil. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251, p. 235.

⁹¹¹ PRÜTTING, Hanns. Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. Tradução Álvaro J. Pérez-Ragone. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, n. 1, p. 453 - 464, 2010, p. 462.; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 205, p. 116-159, março de 2012, p. 126.

⁹¹² PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no Novo Código de Processo Civil. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251, p. 236-237. Em sentido contrário, Daniel Mitidiero, para quem a dinamização do ônus de prova “encontra-se em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração”, atribuindo-se o encargo “a quem se encontre em melhores condições de provar” (*Processo justo, colaboração e ônus da prova*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 1, p. 67-77, janeiro a março de 2012, p. 74-75).

6.4 Negócios jurídicos processuais em matéria probatória

As convenções processuais podem regular a matéria probatória. Podendo regular o processo e não somente o procedimento, por seu intermédio, é permitida a restrição do objeto da prova e disciplinar aspectos da sua produção⁹¹³. Não há qualquer justificativa, portanto, para que se impeça as partes fixar os pontos que não comportam controvérsia em juízo. É cabível a delimitação dos pontos pacíficos, a estipulação do custeio da produção da prova pericial eventualmente necessária, a restrição do número legal de testemunhas a serem ouvidas, entre tantas outras possibilidades.

O pacto, no entanto, limita-se a dispor sobre situações jurídico-processuais das partes. Em consequência, não é possível por meio do negócio jurídico processual limitar o exercício dos seus poderes-deveres pelo juiz⁹¹⁴. Como se extrai do artigo 190, os litigantes podem, exclusivamente, dispor sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Não se admite, pois, a restrição dos poderes instrutórios de que o artigo 370 investe o julgador, tampouco da sua atividade de valoração dos elementos de prova produzidos nos autos.

⁹¹³ Joan Pico i Junoy entende que as convenções processuais podem potencializar ou favorecer a atividade probatória. Porém, as garantias fundamentais do processo não inegociáveis, não podendo admitir estipulação pelas partes quando implicam limite à sua atuação ou do juiz. Assim, poderiam permitir ao julgador a máxima atividade probatória ou lhe facilitar a cognição dos fatos, por exemplo, prevendo a possibilidade de o litigante pleitear seu próprio depoimento pessoal e estabelecendo os ônus de prova (Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 153-154, janeiro a abril de 2020, p. 154-155, 159 e 162).

⁹¹⁴ No mesmo sentido, José Carlos Baptista Puoli, para quem “aspectos dos poderes-deveres do juiz, dentre os quais o já referido poder instrutório, jamais poderão ser submetidos a limites postos pelas partes de uma demanda” (Negócio jurídico processual: use com moderação (no prelo)). Na direção oposta, Giovani dos Santos Ravagnani, afirma que celebrada “a convenção probatória, limitados estão os poderes instrutórios do juiz. As convenções probatórias, com esteio no princípio dispositivo, servem de baliza para a investigação da verdade e a apuração dos fatos concernentes ao processo. O juiz está vinculado às escolhas que vierem a ser feitas pelas partes, nos termos do artigo 190 do Código de Processo Civil, ainda no campo da atividade instrutória e da atividade probatória” (*Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 205). Adotando posição intermediária, Maria Celia Nogueira Pinto Borgo entende que no saneamento compartilhado, na delimitação consensual das questões de fato e de direito e na convenção atípica que exclua ou limite os meios de prova, os poderes instrutórios do juiz podem ser limitados. Nas demais convenções processuais atípicas, há inaptidão para restrição dos poderes instrutórios (*Convenções processuais em matéria de prova: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do processo civil democrático*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 213-214).

Há quem repute possível à parte renunciar a determinado meio de prova⁹¹⁵. A disposição, todavia, não obsta o juiz de determinar a sua produção⁹¹⁶. Aliás, a convivência dos dispositivos no Código de Processo Civil pareceu estranha e até certo ponto incongruente a Joan Pico i Junoy, que indaga como ficarão os negócios jurídicos processuais em matéria probatória se o juiz pode ordenar, igualmente, as provas que não quiseram as partes que fossem produzidas? E conclui que o médico ou o juiz, que devem tratar determinada patologia ou conflito, respectivamente, para fazê-lo devem ter liberdade para identificar e ordenar os meios de diagnósticos ou provas que acreditam oportunas e valorar os seus resultados conforme estimem convenientes para determinar corretamente a melhor terapia ou aplicar a devida norma jurídica que resolva o conflito⁹¹⁷.

Evidentemente, se o juiz determina a produção da prova, a parte não tem a obrigação de levá-la a efeito. O que se verifica é um simples ônus que, caso descumprido, sujeita-a a consequência prevista em lei. Na hipótese de o litigante deixar de recolher os honorários periciais ou não apresentar rol de testemunhas, o julgador, simplesmente, considerará não comprovada em desfavor da parte a quem atribuído o ônus probatório a alegação que dependia da produção da prova técnica ou oral.

Ao cuidar de matéria probatória, a decisão sobre a validade do seu conteúdo pode ficar relegada para a audiência de saneamento do processo e organização da prova, após sua discussão com as partes. Se oportuno para seu debate, audiência deve ser designada (artigo 357, §3º).

⁹¹⁵ SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *Negócios processuais*. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 563-586, p. 540; GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *Negócios processuais*. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 587-596, p. 552.

⁹¹⁶ Nesse mesmo diapasão, Eduardo Talamini, para quem um “ajuste a esse respeito pode ter a natureza de ato de verdade. As partes indicam que apenas se produzirá prova oral, porque reputam que isso basta para a reconstrução histórica dos fatos. Se o juiz concorda com essa apreciação das partes, defere apenas tal prova. Ou seja, ele toma para si essa deliberação”. Sem embargo, admite a estipulação da convenção processual, como ato de vontade, quando “declarada e conscientemente, a parte opta por uma solução mais simples, mas que pode, todavia, suprimir-lhe o direito material” (Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-pra-chamar.pdf. Acesso em 27 de setembro de 2021, p. 13-14).

⁹¹⁷ Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. *Revista Electrónica de Derecho Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 153-154, janeiro a abril de 2020, p. 158 e 163.

6.5 Conclusão parcial

1. O juiz valora a prova produzida, segundo o seu livre convencimento, devendo motivar a sua formação. Em contraditório, as partes devem participar da produção dos elementos probatórios quando ocorrida no processo e sempre ter a possibilidade de influenciar na sua valoração pelo juiz. Os litigantes, assim, podem impugnar a admissibilidade e o conteúdo de um documento; inquirir diretamente o adversário e as testemunhas arroladas; formular quesitos ao perito e nomear seus assistentes técnicos; acompanhar a inspeção judicial e esclarecer os pontos que entendam relevantes. As partes e os terceiros podem ser compelidos a contribuir com a produção de provas. As primeiras têm um ônus, cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis na convicção do juiz. Os últimos têm imposto um dever e sujeitam-se a multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias, em caso de seu descumprimento.

2. É admitida no processo civil a prova emprestada, por iniciativa das partes ou do juiz. Ao ser acolhida nos autos, é imprescindível que seja garantido o exercício do contraditório no que toca à sua admissibilidade e ao seu conteúdo. O litigante a quem prejudica deve ter participado da sua produção no processo do qual se origina. Recebida como prova emprestada, influenciará na formação da convicção do julgador segundo seu caráter originário. Do contrário, o seu valor será aquele conferido à prova documental.

3. A prova ilícita é proscrita constitucionalmente. Contudo, excepcionalmente, respeitado o contraditório, pode ser admitida no processo a formar o convencimento do juiz. Para tanto, deve se dar a ponderação no caso concreto entre os valores que a norma violada visa a proteger e aqueles que consagram a prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, com recurso ao princípio da proporcionalidade.

4. Os litigantes são titulares do monopólio da propositura da demanda e da alegação dos fatos que esteiam suas pretensões. Contudo, o juiz é dotado de poderes instrutórios para o seu julgamento, com a determinação da produção das provas necessárias para a solução dos pontos controvertidos. Deve, no entanto, sempre observar o contraditório e não ir além do

objeto litigioso do processo formado pelas partes. O julgador, ainda, deve controlar a utilidade e a necessidade das provas requeridas pelos sujeitos parciais, rejeitando sua produção caso inaptas a trazer esclarecimentos para deslinde da controvérsia. Portanto, partes e juiz atuam de forma complementar na instrução processual, havendo uma zona de confluência do exercício de suas situações jurídico-processuais. Não obstante, os litigantes ao produzir suas provas não almejam cooperar com a prolação de uma decisão justa. Ao contrário, pretendem alcançar a prestação da tutela jurisdicional em seu favor. Não se identifica, pois, em matéria de provas cooperação entre os sujeitos processuais e, tampouco, das partes com a justiça da decisão.

5. A comprovação das alegações de fato destinadas a formação do convencimento judicial é conferida às partes. As regras que a disciplinam são estatuídas na forma de ônus. Vigem na sua distribuição, ordinariamente, o princípio do interesse, devendo cada litigante provar as suas próprias alegações. As regras ordinárias do ônus probatório podem ser modificadas pela convenção das partes ou pela lei, com a dissociação do ônus de provar e do ônus de alegar. É admissível que o julgador atue, de ofício, na inversão do ônus de prova. Exige prévio contraditório, fundamentação adequada e alerta na decisão de saneamento do processo e organização da prova. A alteração do ônus de provar deve respeitar as regras estipuladas excepcionalmente pelo legislador. Em consequência, inadmissível a sua consecução com amparo no dever de colaboração. Ao arrepio da lei, a parte não pode ser compelida a produzir provas contra si e no interesse comum.

6. Convenções processuais podem ser celebradas pelos litigantes a fim de restringir o objeto da prova e regular aspectos de sua produção. Todavia, não podem avançar sobre o exercício dos seus poderes-deveres instrutórios pelo julgador, tampouco influenciar na sua valoração dos elementos de prova produzidos nos autos.

7 FASE DECISÓRIA

Na condução do processo, o juiz impulsiona os atos procedimentais, decide questões incidentais surgidas e culmina por proferir o provimento jurisdicional final. Igualmente, pratica atos para a colheita de elementos para a formação de seu convencimento, documentação dos autos e exercício do poder de polícia (artigo 360). Os primeiros são pronunciamentos judiciais; os segundos, atos materiais⁹¹⁸. Os pronunciamentos do juiz consistem, segundo o artigo 203 do novo Código de Processo Civil, em despachos, decisões interlocutórias e sentenças. Quando proferidos por órgãos colegiados, assumem vestes de acórdãos, correspondendo ao resultado dos votos dos seus integrantes. Contudo, não há a alteração da natureza do pronunciamento judicial.

Os despachos são atos de condução e ordenação do processo, praticados de ofício ou a requerimento da parte e desvestidos de caráter decisório. As decisões interlocutórias assumem carga decisória e são prolatadas no desenrolar do procedimento, contudo, não se enquadram no conceito de sentença. A sentença consiste no provimento jurisdicional que retrata uma das hipóteses arroladas pelos artigos 485 e 487 do Código de Processo Civil, tendente a encerrar a fase cognitiva, a fase de cumprimento de sentença ou o processo de execução fundado em título executivo extrajudicial. O conceito somente tem aplicação excepcionada nos procedimentos especiais que eventualmente contenham uma fase de conhecimento subdividida em duas subfases, com a prolação de duas decisões de mérito, de sorte que a primeira não a finaliza. A definição veio a ser consagrada no artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, que conjugou os conceitos retratados no artigo 162, §1º, do Código de Processo Civil de 1973 antes e depois do advento

⁹¹⁸ Na lição de Giuseppe Chiovenda, a atividade judicial não envolve, necessariamente, “exercício imediato de comando; por exemplo: contam-se simples pedidos de determinados atos dirigidos a outra autoridade; verificam-se atos puramente materiais que têm importância jurídica por conduzirem o material de cognição do domínio do magistrado (interrogatórios, audição de testemunhas, inspeção de objetos e lugares ...)” (*Instituições de direito processual civil*. Tradução: Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 979).

da Lei n. 11.232/05⁹¹⁹. Disse-se, com acerto, que o conceito legal vigente é “até criticável, mas menos imperfeito”⁹²⁰.

Não há correspondência entre o conteúdo da decisão e a sua natureza. Sentenças podem julgar as pretensões exercidas, mas também dar por solução ao processo sua extinção, sem resolução do mérito. Decisões interlocutórias podem, por sua vez, extinguir parcialmente o processo, sem sua resolução, ou proceder ao julgamento do mérito (artigos 354, parágrafo único, e 356). O artigo 1.015, *caput*, combinado com o inciso II, não deixa dúvidas de que a decisão que julgar parcialmente o mérito é interlocutória e não sentença, por não encerrar a fase de conhecimento⁹²¹.

7.1 Motivação

⁹¹⁹ Inicialmente, a sentença era o ato pelo qual o juiz colocava termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Severamente criticado o conceito topológico (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença (Lei nº 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 39, p. 78-85, junho 2006, p. 78-79; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 493), foi substituído por conceito típico, vinculado ao conteúdo do ato judicial, a fim de se adequar ao modelo sincrético de execução introduzido pela Lei n. 11.232/05. Com a modificação operada, a sentença tornou-se o ato judicial que tinha por objeto quaisquer das hipóteses dos artigos 267 e 269. Entretanto, a definição trazida propiciava a prolação de diversas sentenças no curso do processo, porquanto sempre que verificada uma das situações dos artigos 267 e 269, como na exclusão de litisconsorte, o provimento era uma sentença. Não bastasse deostar da acepção generalizadamente consagrada, segundo a qual a sentença é o ato judicial final (JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 301), o conceito típico gerou problema pela inviável impugnação de sentenças proferidas no curso processo por meio de apelação, que seria o recurso cabível na linha do artigo 513, uma vez que não admitia a forma de instrumento e a marcha processual deveria prosseguir em primeiro grau de jurisdição.

⁹²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas reflexões sobre o sistema recursal no novo Código de Processo Civil. *Cadernos Jurídicos*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, v. 16, p. 27-31, 2015, p. 29.

⁹²¹ CARVALHO FILHO, Antônio. Os atos dos s processuais no CPC/15. *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. V. I. Coordenação SANTANA, Alexandra Ávalo Santana; ANDRADE NETO, José de. Campo Grande: Contemplar, 2015, p. 529-552, p. 544; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Inovações do Código de Processo Civil de 2015 e seus reflexos em matéria recursal. *O Novo Código de Processo Civil*. Organização MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, 2016, p. 307-319, p. 311; OLIVEIRA, Pedro Miranda. O regime especial do agravo de instrumento contra a decisão parcial de mérito. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 264, p. 183-204, fevereiro 2017, p. 184-185; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 963. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, ante a redação dada ao artigo 162, §1º, pela Lei n. 11.232/05, colhia-se posicionamento no sentido de assumir o provimento jurisdicional vestes de sentença parcial (cf. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A “interlocutória faz de conta” e o “recurso ornitorrinco”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 73-96, janeiro 2012, p. 74-76). O conceito de sentença expresso no artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, exigindo que ponha fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extinga a execução, põe uma pá de cal na discussão.

O dever de motivação das decisões judiciais é fator de garantia das partes e da sociedade no Estado Democrático de Direito. Justifica a atuação do Estado-juiz na regulação dos direitos e obrigações dos indivíduos que integram seu corpo. Assumindo o aparato estatal o exercício da jurisdição, o seu controle é exercido por meio da exigência de fundamentação dos seus provimentos⁹²². Com vistas a assegurar a correta administração da justiça pelo Poder Judiciário, o seu complemento realiza-se pela publicidade de todos os seus atos, ressalvadas excepcionais hipóteses em que o envolvimento de outros valores impõe o seu sigilo para aqueles que não intervêm no processo. Como assenta Nicola Framarino dei Malatesta, os “fundamentos da sentença são o meio prático, que torna possível a verificação da sociedade por meio de uma apreciação sucessiva à do magistrado. A obrigação de fundamentar a decisão obriga, por um lado, o juiz a declarar as razões do seu próprio convencimento, e torna, por outro, possível à sociedade fiscalizar essa convicção”⁹²³. Confere-se transparência aos cidadãos do exercício da função jurisdicional⁹²⁴.

Firme na visão garantista da motivação e publicidade das decisões judiciais como decorrência do exercício legítimo do poder, a Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. A sua consagração em âmbito constitucional concorre para assegurar a imparcialidade do julgador e o controle de legalidade das suas decisões⁹²⁵. A obrigatoriedade da fundamentação é uma norma cujo destinatário é o juiz, que não somente deve ser imparcial, mas sua imparcialidade deve poder ser verificada em cada decisão concreta⁹²⁶.

⁹²² PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 215.

⁹²³ *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 66.

⁹²⁴ BENANTI, Emanuela. *La motivazione della sentenza civile*. Tese de Doutorado. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2015, p. 56.

⁹²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual*, 2. Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95, p. 87.

⁹²⁶ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 355.

Como leciona Francesco Paolo Luiso, a motivação permite o controle extra e endo processual das decisões. Fora do processo, é instrumento para a efetiva realização da participação popular na administração da justiça, servindo a permitir a verificação, a quem não é parte no processo, dos caminhos, das vezes, das formas, dos critérios com os quais o juiz revolve as controvérsias específicas. É um espelho da garantia que admite à coletividade controlar a função dos agentes públicos que constituem um dos poderes fundamentais do Estado. A motivação serve a dar transparência e controle ao modo de exercício do poder. Dentro do processo, é um instrumento de técnica processual, que permite e realiza concretamente a atuação dos direitos de ação e de defesa, dando à parte a possibilidade de verificar a justiça e a concretização das normas da ordem jurídica na decisão. Em especial ao vencido, não se conformando com o conteúdo do provimento jurisdicional desfavorável, permite o seu controle por meio do exercício do poder de impugná-lo⁹²⁷.

A fundamentação do *decisum* constitui-se em um requisito indispensável por reconstruir o seu *iter* lógico e, ao mesmo tempo, possibilitar a verificação de que corresponde o seu resultado aos ditames do ordenamento jurídico e da razão, evitando que o julgador possa solucionar o conflito com base na própria intuição e de seus critérios subjetivos⁹²⁸. Da mesma forma que os seus fundamentos permitem o esclarecimento dos pedidos, os motivos tornam possível a compreensão do dispositivo⁹²⁹. A formulação pelo julgador das razões do seu convencimento permite, pois, a formação de juízo acerca da sua adstrição às normas constitucionais e infraconstitucionais⁹³⁰.

⁹²⁷ *Diritto processuale civile*, v. I. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2015, p. 44-45.

⁹²⁸ BALENA, Giampiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I. 4. ed. Bari: Cacucci, 2015, p. 69; LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença. Tradução Tereza Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 79-81, janeiro a março de 1983, p. 2 (RT *on line*).

⁹²⁹ BRUS, Florence. *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 195.

⁹³⁰ “Trata-se de permitir, com isto, que haja a ‘fiscalização’ sobre o acerto da decisão que, num sistema de legalidade, deve pautar a solução do litígio naquilo que efetivamente materialize a vontade da lei, excluídos parâmetros outros que, até podem ser da preferência pessoal do julgador mas, por não terem sido acolhidos pelo legislador, não podem servir de critério para julgar demandas. Mas não é só, posto que, ao conhecer a motivação, as partes podem verificar os elementos que integram a racionalidade da decisão, podendo dela recorrer em caso de ali não se encontrar o critério conferido pela lei para aquele tipo de caso concreto. Noutro giro, resta ainda salientar que esta exigência constitucional tem também por meta a de deixar claro que o Poder Judiciário presta contas à sociedade, conferindo as condições para que haja sadia ‘fiscalização’ da atividade judicial” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Motivação das decisões judiciais: uma análise crítica do §1º do artigo 489 do CPC*. *Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem do Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Organização BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 437-453, p. 439).

Provimentos jurisdicionais motivados são garantia de sua legitimidade e remédio contra o arbítrio⁹³¹. Uma decisão acertada mal fundamentada não satisfaz a necessidade de justiça⁹³². O Estado-juiz não julga os litígios conforme a livre escolha de seus órgãos, porém segundo as soluções previamente previstas pelo legislador que, para tanto, é eleito por aqueles que se submeterão à autoridade estatal. Nesta sede, reside um grave equívoco de alguns juízes. Às vezes imbuídos das melhores intenções ao acreditarem que assim agindo estão fazendo justiça no caso concreto, julgam conforme suas convicções pessoais. Olvidam, no entanto, que suas escolhas não podem sobrepujar àquelas da própria sociedade, consagradas no ordenamento jurídico e feitas por meio de seus representantes legitimamente eleitos. O solipsismo, sim, é manifestação de injustiça.

Ao funcionar como instrumento interpretativo da decisão judicial e iluminar os limites objetivos da coisa julgada que vem a revesti-la com sua autoridade, a fundamentação permite às partes envolvidas no litígio o exato conhecimento da sua influência nas suas esferas jurídicas⁹³³. Com a possibilidade de a questão prejudicial decidida assumir a autoridade da coisa julgada material, na forma do artigo 503, §§1º e 2º, a adequada motivação do julgado torna-se ainda mais relevantes. Constitui-se como “exceção à regra geral de que a coisa julgada apenas imunizaria os elementos decididos em caráter principal, ao permitir que aquela autoridade se formasse sobre questões analisadas incidentalmente, como razões de decidir”⁹³⁴.

⁹³¹ “A decisão não pode mais ser vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão-só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo, na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 168, p. 107-141, fevereiro de 2009, p. 137).

⁹³² BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 301.

⁹³³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 223-233, outubro a dezembro de 1989, p. 1 (RT *on line*); TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 339-341.

⁹³⁴ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 359.

Com efeito, portanto, motivação vem a possibilitar o exercício de seus direitos pelas partes e o controle do Poder Judiciário pela sociedade. Tem, assim, uma função endoprocessual, atuando com referência aos sujeitos da relação processual, e uma função extraprocessual, transcendendo os litigantes e julgadores que nela intervêm, com a abertura da possibilidade de um controle difuso com a publicidade dos fundamentos dos provimentos jurisdicionais⁹³⁵. Permite “um controle popular sobre o exercício do poder jurisdicional, o que vem modernamente definido como a função política da motivação das decisões, que não tem como destinatários apenas as partes e o juiz competente para julgar o futuro recurso”⁹³⁶.

É, nesse diapasão, um princípio que deve informar a administração da justiça, permitindo a aferição da conformidade do exercício do poder com a ordem jurídica que o outorga aos seus órgãos⁹³⁷. Torna efetivas as garantias de independência e de sujeição do juiz à lei⁹³⁸. Ao fundamentar sua decisão, o juiz atribui ao ato caráter democrático, visando a assegurar que aqueles que a ela se sujeitarão devem fazê-lo não só por imposição da força estatal, mas porque seu conteúdo é derivado da escolha realizada pelo próprio corpo social, por meio de seus representantes legitimamente eleitos⁹³⁹. Logo, decisão imotivada é decisão ilegítima e arbitrária, porque não admite a constatação da sua adstrição ao modelo de solução previsto pelo ente que a sociedade outorgou poder para discipliná-la.

A exigência de motivação liga-se, igualmente, ao exercício do contraditório⁹⁴⁰. As partes têm o direito de ser ouvidas, tendo as questões arguidas e as

⁹³⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 156-159

⁹³⁶ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 122.

⁹³⁷ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 360.

⁹³⁸ BENANTI, Emanuela. *La motivazione della sentenza civile*. Tese de Doutorado. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2015, p. 49.

⁹³⁹ “Toda a carga legitimadora do sistema jurisdicional depende da adequada fundamentação dos provimentos judiciais, como garantia de que a participação democrática será sempre a base da conclusão adotada pelos magistrados” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 269, p. 421-432, julho de 2017, p. 424)

⁹⁴⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Inovações do Código de Processo Civil de 2015 e seus reflexos em matéria recursal. *O Novo Código de Processo Civil*. Organização MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, 2016, p. 307-319, p. 314-315; LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 18. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 37; THEODORO JÚNIOR,

provas produzidas consideradas pelo juiz ao proferir sua decisão, o que somente é possível constatar com sua devida fundamentação⁹⁴¹. Assim, “o conteúdo da motivação deve refletir o exame pelo juiz dos argumentos trazidos no exercício do contraditório pelas partes sobre as questões discutidas no processo, mostrando aqueles adotados pela decisão e as razões pelas quais os demais teriam sido rejeitados”⁹⁴². Por outro giro, sem o perfeito conhecimento dos fundamentos que amparam a emissão do comando pelo julgador, fica cerceada a parte de debatê-lo, sobretudo em sua impugnação⁹⁴³. O manejo da via recursal exige do recorrente que alinhe as razões do seu inconformismo, sob pena de negativa de conhecimento. Por conseguinte, são requisitos para sua admissibilidade, gerando irregularidade formal a sua omissão ou defeito (artigo 932, inciso III)⁹⁴⁴. De fato, “só o conhecimento das razões de decidir pode permitir que os interessados recorram adequadamente e que os órgãos superiores controlem com segurança a justiça e a legalidade das decisões submetidas à sua revisão”⁹⁴⁵.

No modelo de precedentes vinculantes, o dever de fundamentação é de especial relevância, atuando na sua formação e na sua aplicação. É uma via de mão dupla, portanto, devendo ser observado pelos juízes de primeiro grau, tribunais ordinários e tribunais de sobreposição. Com efeito, a “necessidade de seguir precedentes não pode ser seriamente contestada no Estado Constitucional. Estado Constitucional é Estado em que há juridicidade e segurança jurídica”⁹⁴⁶. O atendimento aos ditames de motivação adequada confere aderência aos precedentes obrigatórios e segurança jurídica às relações sociais.

Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 102, p. 62-74, 2011, p. 72.

⁹⁴¹ ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603, p. 600; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual*, 2. Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95, p. 88; TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 357.

⁹⁴² SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 134-135.

⁹⁴³ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 338-339.

⁹⁴⁴ STF, Súmula n. 284; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 147-148; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 164; SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 102-104.

⁹⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual*, 2. Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95, p. 86.

⁹⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 206, p. 61-78, abril de 2012, p. 69.

Deve, pois, ser vista “como condição do funcionamento eficaz dos mecanismos destinados a promover a uniformização da jurisprudência, para a qual são as teses jurídicas que importam, e não as conclusões nuas dos julgados”⁹⁴⁷. O julgador deve se preocupar, sobretudo, com a identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e as operações de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) no julgamento dos casos concretos.

Quando exigida, a fundamentação é condição de validade das decisões judiciais, reforçando o artigo 11 o preceito constitucional. Atos materiais não são pronunciamentos do juiz e, por conseguinte, sua própria natureza afasta a necessidade de motivação. Os despachos são atos que não implicam deliberação, ou seja, decorrem da imperiosidade da lei sem margem a escolhas valorativas. Logo, também, prescindem de fundamentação⁹⁴⁸. Decisões interlocutórias e sentenças ostentam carga decisória, a exigir motivação. As decisões interlocutórias e as sentenças que extinguem o processo, sem resolução de mérito, exigem fundamentação limitada, respectivamente, à solução das questões que solucionam e à causa de desfecho anômalo do processo. A decisão interlocutória parcial e a sentença que julgam o mérito do processo, porém, decidindo as pretensões deduzidas pelas partes, necessitam de motivação exhaustiva, com o enfrentamento de todas as questões que influenciem no seu acolhimento ou rejeição.

A fundamentação é elemento essencial da sentença em conjunto ao relatório e ao dispositivo (artigo 489, inciso I a III)⁹⁴⁹. Há a “necessidade, esta, sim, impostergável – de o juiz, em qualquer nível, pôr o maior empenho possível na fundamentação da sua decisão, sobretudo no tocante à matéria de fato, e, portanto, à

⁹⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual*, 2. Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95, p. 87.

⁹⁴⁸ Na mesma direção, mesmo diante da antiga redação do artigo 111, §1º, da sua Constituição, que exigia a motivação de todos os provimentos jurisdicionais, trilha a doutrina italiana (BALENA. Giampiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I. 4. ed. Bari: Cacucci, 2015, p. 69).

⁹⁴⁹ A importância do relatório não passou despercebida por Carlos Frederico Bastos Pereira. Segundo conclui, na “sua função descritiva, o relatório registra os principais acontecimentos do processo e por meio dele o juiz mostra para as partes e para a sociedade em geral que estudou o caso prestes a ser decidido; na sua função preparatória, o relatório tem o condão de delimitar e organizar o material que constará da fundamentação. Além disso, o relatório tem um papel importante, embora não fundamental, para o bom funcionamento do sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015 porque auxilia na identificação dos fundamentos determinantes” (O relatório como elemento essencial da decisão judicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 23, p. 186-212, janeiro a abril de 2022, p. 208).

valoração das provas”⁹⁵⁰. No Código de Processo Civil de 2015, a motivação das decisões judiciais ostenta regramento pormenorizado⁹⁵¹. Nesse passo, o artigo 489, § 1º, deu contornos de maior concretude à disposição constitucional, explicitando, em rol exemplificativo, o que não se considera uma decisão judicial fundamentada⁹⁵². Todas as hipóteses arroladas correspondem a decisões que são maculadas de invalidade ao se amoldarem ao modelo legal, aplicando-se tanto às decisões interlocutórias quanto às sentenças. De seu turno, o artigo 491, *caput*, exigiu, como regra, nas decisões que condenam ao pagamento de quantia a definição da extensão da obrigação, do índice de correção monetária, da taxa de juros, do termo inicial de ambos e da periodicidade da capitalização dos juros, se o caso.

Por meio da adequada fundamentação das suas decisões, o julgador permite, internamente ao processo, o adequado exercício de suas situações jurídico-processuais pelos litigantes, de modo a permitir a formação do seu convencimento para a prolação de uma decisão justa. Com a prolação de seu provimento final, julgando o conjunto das pretensões exercidas, dá conhecimento às partes que se submeterão aos seus efeitos dos fatos que tomou em conta e das normas jurídicas eleitas no processo de sua elaboração, revestindo-as de legitimidade e permitindo o exercício de eventual irresignação pela via recursal. Externamente à relação processual, ao alinhar os fundamentos das suas decisões, o juiz torna possível o controle do exercício do seu poder por toda a sociedade.

7.2 Correlação entre decisão de mérito e conjunto dos pedidos

⁹⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, p. 114-126, outubro a dezembro de 1994, p. 126.

⁹⁵¹ Para William Santos Ferreira, o “artigo 489, § 1º – dever de fundamentação estruturada – funciona como um mecanismo de fechamento do sistema cooperativo brasileiro, pois de nada adiantaria o juiz consultar as partes, permitindo um amplo debate das questões fático-jurídicas da causa, para, posteriormente, ignorá-lo solenemente” (Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (*case management*)). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 305, p. 111-137, julho de 2020, p. 5 (RT *on line*)).

⁹⁵² Sobre o tema, MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 16, p. 2-28, julho a dezembro de 2015, p. 18-19 e 24-25; PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: uma análise crítica do §1º do artigo 489 do CPC. *Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem do Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Organização BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 437-453, p. 438 e 444-448.

Exercendo a parte o seu direito de ação, com a formulação de seu pedido de tutela jurisdicional, o juiz tem o dever de decidir⁹⁵³. Em consequência, deve, necessariamente, julgar todas as pretensões veiculadas, uma vez preenchidos os seus requisitos de admissibilidade. Deve, porém, limitar-se a julgar as pretensões na sua exata medida como consequência do princípio da inércia jurisdicional ou da demanda⁹⁵⁴. Ora, se é tarefa dos litigantes delimitar os direitos e obrigações objeto do processo, consequência lógica que o julgador venha a desempenhar sua função, estritamente, dentro desse quadro. Logo, “o princípio da demanda não representa apenas uma garantia negativa – consistente em impedir o juiz de ir além do pedido da parte –, mas configura também um dever positivo – que impõe a apreciação da totalidade do pedido”⁹⁵⁵.

Por conseguinte, o provimento jurisdicional de mérito deve se ater às demandas deduzidas. A força normativa da demanda judicial deve ser entendida no sentido de que constitui o fundamento e o limite intrínseco do poder decisório do julgador, portanto, estabelecendo o conteúdo da decisão de mérito e, se necessário, auxiliando sua interpretação⁹⁵⁶. Extrai-se da assertiva a regra da congruência, adstrição ou correlação entre o provimento jurisdicional e as demandas propostas pelas partes⁹⁵⁷. A decisão de mérito, pois, não pode ir além, tampouco ficar aquém do seu conteúdo, sob pena de padecer de nulidade. Está-se no “domínio da disponibilidade das partes sobre o processo, pois o autor, enquanto titular do interesse feito valer em juízo, é quem melhor saberá o que pretende obter do recurso à via judicial”⁹⁵⁸.

⁹⁵³ GRASSO, Eduardo. La regola della corrispondenza, tra il chiesto e il pronunciato e nullità da ultra e da extrapetitione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XX, segunda série, p. 387-429, 1965, p. 395; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 103.

⁹⁵⁴ No processo civil soviético, o juiz não estava a elas limitado, podendo julgar para além do pedido (TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIAN V. *Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas*. Tradução Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978, p. 57).

⁹⁵⁵ ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603, p. 592.

⁹⁵⁶ BARLETTA, Antonino. Extra e ultra petizione. *Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 17-18.

⁹⁵⁷ Sergio Cruz Arenhart observa que “a preservação do direito de colaboração das partes - e a efetiva consideração pelo juiz dos atos praticados pelos interessados - na decisão estatal é fundamental para a legitimação da decisão. E esta colaboração só é possível se as partes têm prévia ciência do objeto que será decidido pelo Judiciário” (Reflexões sobre o princípio da demanda. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603, p. 593-594)

⁹⁵⁸ PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 23.

A decisão de mérito é *extra petita* nas hipóteses em que não corresponda às demandas veiculadas. Assim, confere bem da vida ou nova situação jurídica não pleiteada, outorga modalidade de tutela jurisdicional diversa da pedida, funda-se em causa de pedir não arrolada ou impõe a tutela jurisdicional a favor ou em desfavor de quem não foi invocada. A decisão de mérito é *ultra petita* se transborda do conjunto das demandas. Logo, concede à parte além do bem da vida ou da nova situação jurídica postulada. Ambas violam aos artigos 141 e 492, *caput*. A decisão de mérito é *citra petita* caso não julgue a integralidade das demandas postas. Destarte, deixa de apreciar pretensão exercida de obtenção de um bem da vida ou de uma nova situação jurídica, ou, ainda, uma de suas causas de pedir. Vai, então, de encontro ao disposto pelo artigo 490. Validamente, se cabe ao autor “eleger os fatos (essenciais) e fundamentos jurídicos (ligados a esses fatos essenciais) que entende corretos, não pode o juiz, sem a sua anuência, modificá-los, em afronta à regra da demanda e da correlação”⁹⁵⁹.

Considere-se demanda pedindo a condenação do demandado ao ressarcimento por danos materiais emergentes no importe de R\$5.000,00 e, cumulativamente, por lucros cessantes no montante de R\$10.000,00, em razão de acidente no trânsito de veículos automotores. É decisão de mérito *extra petita* aquela que condena à reparação por danos morais, decisão de mérito *ultra petita* aquela que condena ao ressarcimento por danos materiais emergentes de R\$10.000,00, e decisão de mérito *citra petita* aquela que se limita a decidir sobre os lucros cessantes. Em demanda em que se postula pela resolução do contrato de locação, com seu despejo e condenação do réu ao pagamento de R\$3.000,00 por aluguéis inadimplidos, é decisão de mérito *extra petita* que impõe multa por infringência do contrato de locação, decisão de mérito *ultra petita* que condena a pagar R\$6.000,00 e decisão de mérito *citra petita* que não aprecia o despejo.

Com efeito, portanto, decisões de mérito que vão além ou ficam aquém das demandas deduzidas pelas partes são maculadas de nulidade. Todavia, transitadas em julgado, o vício fica sanado. *Citra petita* o julgado, fica franqueada a propositura de nova demanda ao demandante, com dedução do pedido não decidido, já que o que se reveste da

⁹⁵⁹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 156.

autoridade da coisa julgada material são os seus capítulos, não as pretensões exercidas⁹⁶⁰. *Ultra ou extra petita* o provimento jurisdicional, o demandado fica sujeito aos seus efeitos, ultrapassado o prazo para ajuizamento da ação rescisória⁹⁶¹.

Todavia, deduzidas demandas diversas em um mesmo processo, em que uma delas é subordinada à outra, inexistente vício de omissão no julgado na oportunidade de julgamento da procedência da principal. A demanda subordinada somente deverá ser objeto de cognição na hipótese de improcedência da subordinante. Em demanda objetivando a resolução do contrato, com restituição dos valores pagos, ou o abatimento proporcional do preço, somente é *citra petita o decisum* que rejeita o primeiro pedido e não decide o segundo.

Correção monetária, juros legais⁹⁶², honorários advocatícios e outros encargos gerados pela sucumbência, parcelas vincendas, sanção por litigância de má-fé, entre outros, são efeitos produzidos pela lei, em que pese a ausência de pedido pela parte (artigos 81, *caput*, 82, §2º, 322, §1º, 323)⁹⁶³. Prescindindo de requerimento do litigante, a declaração de vontade é indiferente ao seu acolhimento pelo julgador em sua decisão. Entretanto, ausente pronunciamento do julgador, não poderá o vencedor executar o vencido, sob o fundamento de condenação implícita ou exigi-los por meio da propositura de demanda diversa. Assente que “condenação ‘implícita’ é condenação *inexistente*”⁹⁶⁴, faltando, pois, título executivo para o cumprimento de sentença. Ficam, no entanto, ressalvados os honorários advocatícios de sucumbência, uma vez que, caso omissa sua fixação na decisão

⁹⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração em outro processo. *Temas de direito processual*, 2. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 241-252, p. 243; MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 195; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Atualização Remo Caponi. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 192.

⁹⁶¹ Contra Teresa Celina de Arruda Alvim, que defende que a sentença *extra petita* é inexistente, porque faltante o pedido que se constituiria em pressuposto processual de sua existência. Assim seria atacável, a qualquer tempo, por ação declaratória de inexistência (*Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 308, 312 e 472).

⁹⁶² Os juros podem ser compensatórios e moratórios. Os primeiros representam a remuneração pela utilização do capital alheio. Os segundos consistem em penalização pelo adimplemento imperfeito ou inadimplemento de uma obrigação. Em regra, os juros compensatórios são convencionais, embora possam decorrer da lei, enquanto os juros moratórios decorrem da lei ou do contrato (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. II. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 379).

⁹⁶³ STF, Súmula n. 256; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, t. II. Tradução José Casás y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 407; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 659; TJÁDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 28.

⁹⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Ações cumuladas. Necessidade de julgamento explícito de todas. *Temas de direito processual*, 2. série. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 143.

transitada em julgado, remanesce ao advogado o direito autônomo de ação para o exercício da pretensão de sua apuração e cobrança (artigo 85, §18)⁹⁶⁵.

Todos os efeitos decorrentes da lei são exceções à regra da congruência, adstrição ou correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda. Necessariamente, devem ser objeto da decisão de mérito. Há efeitos, no entanto, que derivam da mera prolação do provimento jurisdicional, por imperativo legal, independentemente não só de pedido da parte, mas também de pronunciamento expresso do juiz. A decisão se consubstancia em fato jurídico que vem a se subsumir ao modelo legal e desencadeia a produção dos efeitos previstos⁹⁶⁶. São os denominados “efeitos secundários da sentença”⁹⁶⁷. Assim ocorre na hipoteca judiciária, valendo a decisão condenatória ao pagamento de prestação em dinheiro e a que converte a obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa em prestação pecuniária como títulos aptos à sua constituição, por força do artigo 495, *caput*⁹⁶⁸. Nesse sentido, o §2º do dispositivo proclama que a hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.

Admite-se, ainda, sem expressa previsão legal, excepcionalmente, a produção pela sentença de alteração na esfera de direitos e obrigações das partes sem pedido expresso por qualquer delas. São efeitos que decorrem da natureza da relação jurídica que foi modificada pelo próprio julgamento. Verifica-se, por exemplo, na resolução do contrato. Em razão da restauração das partes ao *status quo ante*, por imposição do direito material, a devolução das prestações recebidas por cada contratante é de rigor. Do mesmo modo, constata-se na ação rescisória de uma sentença já executada. Uma vez julgada procedente, os valores levantados pelo exequente devem ser repetidos, sem a necessidade de prévio processo de conhecimento.

⁹⁶⁵ Não mais prevalece o entendimento jurisprudencial segundo o qual não poderia o vencedor cobrá-los em ação própria, como consagrado na Súmula n. 453 do Superior Tribunal de Justiça.

⁹⁶⁶ NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 35.

⁹⁶⁷ COSTA, Moacyr Lobo da. Efeitos secundários da sentença *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, p. 7-18, outubro a dezembro de 1983, p. 1 (RT *on line*). LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada material*. Tradução Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e, dos textos posteriores a 1945, Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 72.

⁹⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Ações cumuladas. Necessidade de julgamento explícito de todas. *Temas de direito processual*, 2. série. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 133-145, p. 143.

A imposição de correlação com a sentença obsta ao julgador dar à parte mais ou menos ou, então, coisa diversa do que pediu, salvo expressa disposição legal. Ilumina a disciplina da matéria os princípios da inércia jurisdicional ou da demanda, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa⁹⁶⁹, os quais o legislador visa, sistematicamente, a preservar. A interpretação extensiva do pedido ou a admissão da prolação de decisão de mérito para além dos seus limites permitiria ao aparato estatal imiscuir-se na esfera individual das partes sem provocação e prejudicaria o exercício pelo réu da sua defesa, impedindo se opusesse adequadamente à pretensão exercida⁹⁷⁰. A ausência de decisão sobre a pretensão formulada negaria o acesso à justiça assumido como compromisso pelo Estado-juiz na função de sua administração. Sem a fixação do *thema decidendum*, os litigantes teriam suprimida a possibilidade de deduzir os argumentos e produzir as provas necessárias para a outorga da tutela jurisdicional em seu favor.

O conhecimento dos efeitos derivados da lei ou da própria natureza da relação jurídica objeto do processo, em linha de princípio, não exige que o juiz concite as partes à prévia manifestação. Nesse passo, em que pese não tenha havido contraditório efetivo sobre os honorários de sucumbência, o juiz proferirá sua decisão, contendo a disposição sobre o custeio do processo. E assim se sucede com os índices de correção monetária, taxa de juros legais, entre tantos outros pontos que a decisão de mérito deve

⁹⁶⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII. Coordenação GOUVÊA José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85; DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299-348, p. 304-305; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 204-207; TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 26-27. Especificamente, conferindo maior importância ao contraditório e à ampla defesa frente ao princípio da inércia jurisdicional ou da demanda no que toca à certeza e determinação do pedido, à sua interpretação restritiva e à necessidade de adstrição da sentença aos seus limites, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre pedido e sentença. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 26, p. 52-59, janeiro a março 1996, *passim*; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. São Paulo: Revista Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 34-35; TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 89.

⁹⁷⁰ Não pode surpreender a ideia de que a obrigação de correspondência entre o requerido e o pronunciado se liga, ao lado do princípio da demanda, também ao princípio da defesa, não sendo ilógico tal concorrência entre regras técnicas do processo, empregada mais de uma vez para conseguir escopos diverso com o mesmo meio (GRASSO, Eduardo. La regola della corrispondenza, tra il chiesto e il pronunciato e nullità da ultra e da extrapetitione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XX, segunda série, p. 387-429, 1965, p. 401).

conter. Não há, no caso, indevida surpresa e, portanto, inaplicável o disposto pelo artigo 10. Enfim, como se extrai do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, todos se sujeitam aos efeitos da lei, não se admitindo a alegação de seu desconhecimento. Diante da “autorização legal expressa, o demandado passa a receber informações suficientes (diretamente da lei), para que possa, se desejar, reagir adequadamente”⁹⁷¹.

Evidentemente, os litigantes podem manifestar-se em suas peças processuais sobre todos os efeitos legais que incidem sobre a hipótese *sub judice*, buscando a formação do convencimento do julgador em seu favor. Assim, podem postular que se aplique, juros moratórios de um por cento ao mês sobre o débito, ao invés da taxa SELIC. Por sua vez, o juiz deve suscitar o debate sobre ponto que repute mereça melhor esclarecimento, embora sua solução decorra da imposição legal. Por exemplo, entendendo que o julgamento da demanda pode resultar em anulação do contrato e, não detendo elementos para decisão acerca da restauração do *status quo ante*, deve instaurar o contraditório. Celebrado compromisso de compra e venda, cujo resultado do processo pode resultar em anulação, na hipótese de não debatido o montante da contraprestação paga pelo promissário-comprador, devem autor e réu ter oportunidade de se manifestar.

7.3 Embargos de declaração

O Código de Processo Civil prevê como recurso os embargos de declaração para fins de melhoria da prestação jurisdicional. O seu julgamento ocorre pelo próprio órgão prolator do *decisum*. Servem para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material (artigo 1.022, incisos I a III), bem como para prequestionar matérias a fim de abrir a via dos recursos extraordinários (artigo 1.025). Tem por objeto qualquer modalidade de provimento jurisdicional, ou sejam, atuam para aclarar sentenças, decisões interlocutórias e despachos⁹⁷². São, portanto, um meio para seu

⁹⁷¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 211.

⁹⁷² MALLETT, Estêvão. Embargos de declaração. Coordenação COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany. *Recursos trabalhistas: Estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala*. São Paulo: LTr, 2003, p. 30-54, p. 39; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Inovações. Alterações. Supressões comentadas*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015, p. 569.

aperfeiçoamento⁹⁷³. Não se prestam, porém, para o ataque a atos ordinatórios praticados pela Serventia, os quais devem ser alvo de requerimento de sua revisão dirigido ao juiz (artigo 203, §4º).

O provimento jurisdicional é obscuro quando lhe falta clareza sobre questão sobre a qual decidiu. É contraditório ao se desarmonizarem suas próprias proposições, tornando-o incongruente. É omissivo se deixa de tomar em conta ponto relevante levantado por qualquer dos litigantes ou que devia ser conhecido de ofício, o que inclui súmulas e precedentes vinculantes (artigo 1.022, parágrafo único, inciso I, combinado com o artigo 927)⁹⁷⁴. Destarte, questões não introduzidas no processo, mas que o julgador tinha obrigação de conhecer sem provocação, por imposição legal, podem ser objeto dos embargos de declaração⁹⁷⁵. O erro material que os embargos de declaração buscam afastar “decorre de imprópria consideração de atos ou de documentos da causa” e não aqueles relacionados “com má valoração da prova ou com imprópria interpretação do direito incidente”⁹⁷⁶. É inexatidão material ou equívoco de cálculo que, aliás, admite correção, de ofício ou por simples petição da parte, a qualquer tempo (artigo 494, inciso I). Os embargos de declaração não se valem, pois, para sanar *errores in procedendo e errores in iudicando*.

Os embargos de declaração comportam oposição no prazo de cinco dias, devendo indicar, especificamente, a obscuridade, contradição, omissão ou erro material que visam a extirpar (artigo 1.023, *caput*), sob pena da negativa do seu conhecimento⁹⁷⁷. Sempre que vislumbrado pelo juiz que seu acolhimento imporá a modificação da decisão embargada, a parte adversa deve ser instada a se manifestar em cinco dias (artigo 1.023, §2º)⁹⁷⁸. Interrompem o prazo para a interposição do recurso eventualmente cabível a fim de

⁹⁷³ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Embargos de declaração. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 77, n. 633, p. 11-23, julho de 1988, p. 1 (RT *on line*).

⁹⁷⁴ O Superior Tribunal de Justiça tem reputado cabível, no caso, a oposição de embargos de declaração inclusive para adequar o julgado embargado a precedentes obrigatórios supervenientes à sua prolação (EDcl no AgRg no Ag 937.717/AP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 24/04/2018).

⁹⁷⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 47.

⁹⁷⁶ MALLETT, Estêvão. Embargos de declaração. Coordenação COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irandy. *Recursos trabalhistas: Estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala*. São Paulo: LTr, 2003, p. 30-54, p. 36.

⁹⁷⁷ STJ, EDcl no AgInt nos EAREsp 1.064.251/GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Corte Especial, j. 16/12/2021; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 561.

⁹⁷⁸ A ausência de intimação da parte adversa ao embargante é reputada causa de nulidade pelo Superior Tribunal de Justiça (AgInt no REsp 1644737/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j.

impugná-la, mas não contém os efeitos da decisão contra a qual manejados, salvo disposição expressa em contrário do seu julgador, o que exige seja “demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação” (artigo 1.026, *caput* e 1º). O efeito interruptivo somente não se produz quando intempestivos⁹⁷⁹.

Não ostentam efeito infringente direto, ou seja, não podem ser usados para a alteração do provimento jurisdicional. Contudo, ao ser sanado o vício que o inquinava, nada impede que do esclarecimento resulte alteração dos seus fundamentos e até o julgamento da pretensão de forma diversa. Basta que seja conferida ao adversário do embargante a possibilidade de exercício do contraditório⁹⁸⁰. Reconhecida a extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de recolhimento da taxa judiciária, do acolhimento dos embargos de declaração oposto pelo autor para reconhecer a omissão da consideração das guias próprias juntadas aos autos pode suceder o prosseguimento do processo ou decisão sobre o mérito, se preenchidos os seus demais pressupostos e desnecessárias outras provas. Julgada procedente a demanda que almejava a cobrança de crédito, do acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo réu para sanar a omissão sobre o instrumento de quitação pode implicar a sua improcedência.

Não incide no seu julgamento a proibição da *reformatio in peius*⁹⁸¹. Em consequência, pode resultar em decisão desfavorável ao embargante. Imagine-se demanda em que pedidos ressarcimento por danos materiais emergentes de R\$10.000,00, ressarcimento por lucros cessantes de R\$100.000,00 e reparação por dano moral de R\$10.000,00. É julgada parcialmente procedente para julgar acolher o primeiro e rejeitar o último dos pleitos, com repartição pela metade do custeio do processo. Opostos embargos de declaração pelo autor para extirpar a omissão sobre o pedido olvidado, o julgamento de

29/06/2020; AgInt na PET no AREsp 1578280/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 29/06/2020; REsp 1749605/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 04/12/2018).

⁹⁷⁹ STJ, AgInt no REsp 1892498/GO, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 30/08/2021.

⁹⁸⁰ STJ, AgInt no AREsp 1745260/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 27/09/2021; DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Embargos de declaração. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 89-108, abril a junho de 2001, p. 8 (RT *on line*).

⁹⁸¹ ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 47; MALLETT, Estêvão. Embargos de declaração. Coordenação COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany. *Recursos trabalhistas: Estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala*. São Paulo: LTr, 2003, p. 30-54, p. 48; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Embargos de declaração. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 77, n. 633, p. 11-23, julho de 1988, p. 2 (RT *on line*).

sua improcedência implica sua sucumbência substancial, arcando, exclusivamente, com as despesas processuais e o pagamento de honorários ao advogado da parte adversa (artigo 86, parágrafo único). Do mesmo modo, em demanda julgada procedente para resolver o contrato de compra e venda por vício redibitório da coisa, os embargos opostos pelo demandado para apreciação da alegação de decadência não enfrentada podem resultar no julgamento de extinção do direito potestativo do demandante. A alteração do julgado, pois, “pode ser radical”, atuando ao juiz, “nesse estrito objetivo” de aclará-lo, “com a mesmíssima liberdade que a lei lhe asseguraria se estivesse a compô-lo”, após corrigir o vício⁹⁸².

Com hipóteses vinculadas de cabimento voltadas a aclarar o julgado, a sua oposição com finalidade protelatória é sancionada com multa de 2% sobre o valor atualizado da causa e, em caso de reiteração, de 10% sobre a mesma base de cálculo, quando obstada a interposição de outro recurso até seu recolhimento (artigo 1.026, §§2º a 4º). Houve preocupação do legislador “com o comportamento desleal das partes no processo” e, assim, “cuidou de dispor sobre a eventualidade de recurso sem fundamentação minimamente razoável, com objetivo apenas procrastinatório”⁹⁸³. Eventual penalização do embargante, no entanto, deve se limitar aos casos em que extirpe de dúvidas o intento de distender indevidamente o trâmite do processo, daí o emprego pelo legislador da locução “manifestamente protelatórios”. Tratando-se de requisito para interposição dos recursos extraordinário e especial, o seu uso com finalidade de prequestionamento afasta a pecha de protelatórios⁹⁸⁴.

Por meio dos embargos de declaração, em que pese objetivar a prestação da tutela jurisdicional em seu favor, o litigante contribui com a sua melhoria, colocando-se como um veículo adequado para o estabelecimento do diálogo após a prolação da decisão com o juiz. Com o seu emprego, a decisão evitada de obscuridade, contradição, omissão ou erro material tem seu vício reparado, a exigir a sua adequada apreciação pelo julgador, aclarando ou corrigindo o provimento prolatado. São importante remédio processual para a interpretação das decisões judiciais⁹⁸⁵, permitindo a sua integração pelo

⁹⁸² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Embargos de declaração. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 77, n. 633, p. 11-23, julho de 1988, p. 9 (RT *on line*).

⁹⁸³ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Embargos de declaração. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 89-108, abril a junho de 2001, p. 7 (RT *on line*).

⁹⁸⁴ STJ, Súmula n. 98.

⁹⁸⁵ MALLETT, Estêvão. Embargos de declaração. Coordenação COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Iwany. *Recursos trabalhistas: Estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala*. São Paulo: LTr, 2003, p. 30-54.

órgão jurisdicional que a proferiu. Todavia, a utilização dos embargos de declaração pelo litigante para corrigir vício do *decisum* não é um ônus de que deve se desincumbir. Logo, inexistente óbice para interposição, desde logo, do recurso cabível para impugná-lo, descabendo se falar em preclusão⁹⁸⁶.

7.4 Conclusão parcial

1. A motivação das decisões judiciais é fator de garantia das partes e da sociedade. Assegura a imparcialidade do juiz e a adequação do seu provimento aos ditames do ordenamento jurídico. A sua fundamentação possibilita a adequada interpretação da decisão e compreensão dos limites objetivos da coisa julgada que vem a ser formar. Logo, proporciona o exato conhecimento pelos litigantes da sua influência nas suas esferas de direitos e obrigações e o controle pela sociedade do exercício do poder pelo aparato estatal. Internamente ao processo, proporciona o adequado exercício de suas situações jurídico-processuais pelos litigantes. A exigência de fundamentação liga-se, ainda, ao exercício do contraditório. Por seu intermédio, constata-se a consideração pelo juiz em sua decisão das alegações das partes e das provas produzidas. De outro lado, permite o seu debate pelos litigantes, sobretudo com a interposição do recurso porventura cabível. No modelo de precedentes obrigatórios, a motivação é de extrema importância. Confere aderência aos precedentes vinculantes e segurança jurídica às relações sociais.

2. O juiz deve decidir todas as pretensões formuladas pelas partes sempre que presentes os pressupostos de admissibilidade para seu julgamento. Ao proferir sua decisão, fica vinculado às demandas deduzidas, não podendo outorgar menos, mais ou coisa diversa do que pedido pelas partes. Consagra-se a regra da congruência, adstrição ou correlação entre o provimento jurisdicional e as demandas veiculadas pelos litigantes. Por meio de sua consagração, obsta-

p. 27; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 316.

⁹⁸⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.230; GRECO, Leonardo. Embargos de declaração. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 5, n. 7, p. 418-436, janeiro a junho de 2011, p. 433.

se ao Estado-juiz invadir a esfera jurídica individual sem provocação e afiança-se que possam exercer adequadamente o contraditório.

3. Os embargos de declaração são remédio processual para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Permitem o estabelecimento de diálogo entre as partes e o juiz, após a prolação da decisão judicial, com aptidão de melhorar a sua qualidade e concorrer para a sua adequada interpretação.

8 FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E PROCESSO DE EXECUÇÃO FUNDADO EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

A crise de adimplemento pode exigir prévia fase de conhecimento ou permitir, desde logo, a prática de atos dirigidos à satisfação do credor. No primeiro caso, a sua solução realiza-se no mesmo processo, em posterior fase de cumprimento da decisão de mérito (artigos 523 a 538). No segundo caso, ocorre diretamente por meio de processo de execução fundado em título executivo extrajudicial (artigos 771 a 925). Em alguns casos, no entanto, diante da singeleza da atividade a ser exercida, pode ser praticada na própria fase de conhecimento. Por exemplo, em demanda que visa à declaração de inexigibilidade de débito e exclusão do nome do demandante dos órgãos de proteção ao crédito como devedor, após o julgamento de procedência, o cumprimento da decisão pode exigir simples expedição de ofício ao órgão mantenedor do cadastro de inadimplentes, a dispensar instauração de fase autônoma.

A fase de cumprimento de sentença é adequada para a efetivação prática das decisões emanadas da autoridade judicial brasileira, com competência civil, que reconheçam uma obrigação a ser cumprida pelo devedor (artigo 515)⁹⁸⁷. Processam-se em fase integrante do mesmo processo em que proferidas. De seu turno, admitem a satisfação do credor da obrigação que retratam por processo autônomo de execução documentos dotados pela lei de eficácia executiva sem prévio acerto (artigo 784).

A diversidade de formas de exercício da pretensão executiva pauta-se na natureza judicial e extrajudicial, respectivamente, do título que a ampara. Todavia, a fase de cumprimento de sentença não deixa de se consubstanciar como execução, com

⁹⁸⁷ O procedimento também é empregado para se exigir o cumprimento de decisões homologatórias de autocomposição judicial ou extrajudicial de qualquer natureza; formais e certidões de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; créditos de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; sentenças penais condenatórias transitadas em julgado; sentenças arbitrais; sentenças estrangeiras homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça; decisões interlocutórias estrangeiras, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça.

caráter idêntico àquela desenvolvida em processo autônomo⁹⁸⁸. De fato, “ao fim e ao cabo, há diferença na ordem dos atos: em um caso, começa-se por tutela executiva, com possibilidade de contraditório amplo e cognição posteriores; em outro, primeiramente reconhece-se o direito, em atividade cognitiva, e depois se busca a satisfação em concreto)”⁹⁸⁹.

A execução não busca a resolução de uma crise de certeza. Ao contrário, objetiva a prática de atos satisfativos. Em consequência, a relação entre os sujeitos processuais no curso da execução não se identifica completamente com aquela verificada na fase de conhecimento. Impõe-se, então, o seu estudo de forma apartada, com destaque aos pontos de interesse ao tema de distribuição de trabalho entre juiz e partes.

8.1 As crises jurídicas e as modalidades de tutelas jurisdicionais

As crises jurídicas originam-se da insatisfação acerca da distribuição dos bens da vida e das situações jurídico-substanciais. Abrem a possibilidade àquele que se afirma lesado em seu complexo de posições jurídicas de se dirigir perante o órgão detentor do poder jurisdicional para reclamar tutela de seu direito reputado violado. Portanto, a tutela jurisdicional consiste na proteção a ser outorgada pelo Estado-juiz à situação posta sob seu julgamento em conformidade às normas consagradas na ordem jurídica⁹⁹⁰. Busca-se com sua outorga restabelecer as partes envolvidas no litígio à medida do possível à situação abstrata prevista pelo legislador. A tutela jurisdicional é fruto do processo como os efeitos que produz nas relações sociais, não da sentença como ato processual⁹⁹¹. As crises jurídicas assumem

⁹⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 33.

⁹⁸⁹ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Tutela Executiva e prescrição. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil – passado, presente e futuro*. Organização ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 251-304, p. 267.

⁹⁹⁰ Para Ricardo de Barros Leonel, a “tutela jurisdicional foi o polo metodológico fundamental em torno do qual o legislador, no CPC/2015, procurou edificar a sua obra” (Código de Processo Civil de 2015 em perspectiva. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Prof. José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenação YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Salvador: JusPordivm, 2018, p. 693-711, p. 705).

⁹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351-392, p. 366.

variadas formas e os ordenamentos jurídicos preveem diferentes modalidades de tutela jurisdicional para debelá-las.

A crise de certeza origina-se quando presente dúvida objetiva acerca de direitos e obrigações ou da existência, inexistência ou modo de ser de relações jurídicas⁹⁹². A tutela jurisdicional adequada corresponde à tutela cognitivo-declaratória, por meio da prolação de decisão de mérito declaratória, outorgando certeza jurídica aos envolvidos no conflito⁹⁹³.

A crise de situação jurídica envolve a criação, alteração ou extinção de uma relação jurídica⁹⁹⁴. Validamente, “existem situações em que o sujeito tem direito a uma nova situação perante o direito substancial, seja para obter um *status* jurídico antes não desfrutado ou integrar uma nova relação jurídica, seja para liberar-se dos vínculos representativos de um ou de outra, ou ainda para alterar a estrutura dessa vinculação”⁹⁹⁵. Tutela cognitivo-constitutiva, portanto, é aquela voltada a modificar uma dada situação jurídica e efetiva-se por meio de decisão de mérito constitutiva, por resistência de um dos sujeitos que a integram ou exigência da ordem jurídica⁹⁹⁶.

A crise de adimplemento configura-se com alegada existência de um direito insatisfeito, porque aquele que deveria cumpri-lo espontaneamente não o fez⁹⁹⁷. Reclama tutela cognitiva-condenatória ou executiva, com a finalidade de atribuição do bem da vida⁹⁹⁸. É necessário, por conta do inadimplemento, impor ao devedor uma conduta ou prestação⁹⁹⁹. Realiza-se por intermédio de decisão de mérito condenatória, que não outorgará

⁹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 149.

⁹⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 513; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150.

⁹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151.

⁹⁹⁵ *Idem*. Momento de eficácia da sentença constitutiva. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, pp. 949-972, p. 951.

⁹⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 513.

⁹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150.

⁹⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 524.

⁹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Momento de eficácia da sentença constitutiva. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, pp. 949-972, p. 954.

satisfação plena do direito, porquanto dependerá posteriormente de uma conduta do respectivo obrigado ou da realização de execução forçada; ou diretamente por execução forçada, sem prévia fase de conhecimento, que exige esteja o afirmado credor na posse de documento que o legislador reputa ostentando a certeza necessária (título executivo extrajudicial)¹⁰⁰⁰. No último caso, há “‘importante’ grau de certeza a respeito da existência do direito”, organizando o legislador “procedimento cuja preocupação seja eminentemente prática”¹⁰⁰¹.

É possível o surgimento concomitante de mais de uma crise: de certeza e de modificação jurídica, de certeza e de adimplemento, de modificação jurídica e de adimplemento; de certeza, de modificação jurídica e de adimplemento¹⁰⁰². Por conseguinte, medida de rigor a outorga de mais de uma forma de tutela jurisdicional. Por exemplo, pode-se postular, conjuntamente, pela desconstituição de um contrato, declaração de inexigibilidade de um débito dele decorrente e condenação à indenização das perdas e danos.

Há, porém, quem agregue às três modalidades de tutela duas outras: executiva *lato sensu* e mandamental¹⁰⁰³. Dar-se-ia em ambas a produção de efeito jurídico pela decisão judicial, com a realização *in natura* do direito pleiteado. Ou seja, a execução, com a prática de atos de sub-rogação, não seria necessária. Em verdade, contudo, “o que as

¹⁰⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150.

¹⁰⁰¹ PUOLI, José Carlos Baptista. Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015. *Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues*. Organização AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; DELLORE, Luiz; BUENO, Júlio César; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 361-378, p. 363.

¹⁰⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 529; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 155.

¹⁰⁰³ Com bem anota José Roberto dos Santos Bedaque, a classificação quinária “é teoricamente criticável, visto que fundadas em critérios heterogêneos”. Ausente “diferença ontológica entre condenar, possibilitando o uso de meio de sub-rogação, e ordenar o adimplemento, com ou sem o uso de meios de coerção”. O critério empregado não parte da “natureza da crise de direito material, mas na forma de efetivar o comando emergente da sentença” (*Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 519-521). Enfim, “podemos classificar as sentenças de acordo com o conteúdo, ou de acordo com os efeitos. O que decididamente não podemos é passar, no meio do caminho, de um critério a outro” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. Temas de direito processual*, 8. série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-142, p. 141). Logo, a tutela executiva *lato sensu* e a tutela mandamental seriam, em sua essência, condenatórias.

distingue é tão-somente o procedimento adotado para efetivá-las praticamente”¹⁰⁰⁴. Desde logo, a tutela cognitivo-executiva *lato sensu* efetivar-se-ia praticamente no mesmo processo, independentemente de execução¹⁰⁰⁵. A tutela cognitivo-mandamental conteria a emanção de um comando, uma ordem emitida pelo juiz a alguém, acompanhada, ou não, de sanção por seu descumprimento, por afronta à autoridade estatal¹⁰⁰⁶.

8.2 A execução civil

Executar é dar efetividade prática a um “concreto preceito jurídico”, designando tanto atos pelos quais o obrigado cumpre espontaneamente o seu dever (a execução espontânea), como aqueles com que o Poder Judiciário lhe impõe a situação que devia ter sido produzida e não o foi (execução forçada)¹⁰⁰⁷. A execução espontânea é constatada na prestação de um serviço conforme o pactuado. A execução forçada é realizada quando o devedor resiste a prestar o serviço que se obrigou e vem a ser compelido judicialmente com a cominação de multa. A execução espontânea ocorre no cumprimento de um contrato no qual alguém paga certa quantia que se obrigou como contraprestação por um bem. A execução forçada verifica-se na hipótese do devedor desta certa quantia, porque não fez o seu pagamento, tem retirado o numerário do seu patrimônio, com sua entrega ao seu credor.

Os atos executivos são estruturados de forma a permitir a ““agressão” à esfera de direitos do devedor que resiste ao cumprimento da obrigação”¹⁰⁰⁸. A execução

¹⁰⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 535.

¹⁰⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Cumprimento” e “execução” de sentença: esclarecimentos conceituais. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 42, p. 56-68, setembro de 2006, p. 62.

¹⁰⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 539-530; PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 119.

¹⁰⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 33.

¹⁰⁰⁸ PUOLI, José Carlos Baptista. Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015. *Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues*. Organização AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; DELLORE, Luiz; BUENO, Júlio César; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 361-378, p. 364.

forçada ocorre por atos de coerção ou sub-rogação. As medidas de coerção voltam-se a afastar a resistência do obrigado, para lhe fazer cumprir a obrigação que assumiu, com a imposição de situação desvantajosa suficiente a lhe compelir ao adimplemento. Por sua vez, as medidas de sub-rogação correspondem à adoção de atividades práticas sobre as posições jurídicas ativas do devedor, inclusive com a retirada de seus bens e posterior expropriação, destinando-se o produto ao seu credor. Os artigos 139, inciso IV, e 497 trazem uma exaltação à tutela específica das obrigações. A execução específica, *in natura* ou em espécie implica restauração direta do interesse sacrificado. Atribui ao credor o mesmo direito que teria caso cumprida pelo devedor espontaneamente a sua obrigação. É prioritária nas execuções das obrigações de fazer, não fazer e dar.

Portanto, o aparato estatal adota medidas destinadas a propiciar a satisfação de um direito, tanto compelindo o respectivo obrigado quanto atuando diretamente sobre o seu patrimônio, mesmo contra a sua vontade¹⁰⁰⁹. Pressiona-o a adimplir sua obrigação ou aliena forçadamente os seus bens para destinar o seu produto à satisfação do seu credor. Os efeitos decorrentes do poder jurisdicional são inevitáveis e efetivam-se imperativamente, mesmo sem a colaboração do sujeito contra quem se voltam.

O ordenamento jurídico não é dotado de coercitividade automática. Não basta a mera afirmação do direito, devendo a ela ser agregada a sanção nele prevista, o que é papel do processo de conhecimento, em especial por meio da sentença condenatória. Em sentido amplo, sanção é “toda e qualquer medida estabelecida pelo ordenamento para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância”¹⁰¹⁰. A atividade executiva destina-se à aplicação da sanção. No processo de execução, a própria lei

¹⁰⁰⁹ “A colaboração do executado com o juiz, na execução, deve representar para ele um mal menor, para que se sinta estimulado a comportar-se lealmente e a beneficiar-se de sua conduta. Se o comportamento leal do executado lhe acarretar prejuízo econômico ou patrimonial superior do que o desleal, será incorreto incluir o princípio da lealdade entre os princípios gerais do processo de execução, porque somente podem considerar-se princípios de um determinado sistema normativo aquelas diretrizes gerais a que as normas particulares dão aplicação efetiva e cujo descumprimento é sancionado de tal modo a tornar consideravelmente desvantajosa sua violação. Não quero dizer com isso que a lealdade não seja também um imperativo moral, mas apenas que, se além de moral, não for protegida por um sistema de sanções jurídicas que gerem para os contendores um interesse palpável, economicamente apreciável, será utópico supor que as partes a respeitem, em detrimento dos seus interesses econômicos e patrimoniais” (GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo. Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, p. 34-66, abril a junho de 1999, p. 21 (RT *on line*)).

¹⁰¹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 169.

incorpora o elemento sancionatório ao título executivo extrajudicial. Especificamente, a sanção executiva consiste “em atos práticos de invasão patrimonial ou de pressão sobre a vontade da pessoa, destinados a impor resultados efetivos, referentes às relações entre dois ou mais sujeitos”¹⁰¹¹.

Na execução, deve-se buscar o equilíbrio entre a satisfação integral do credor e a ausência de imposição de oneração excessiva ao devedor. Definitivamente, o seu desenvolvimento “encontra-se pautado por dois princípios básicos e direcionados em sentidos diversos (princípios da eficiência e da menor onerosidade), cujo ponto de equilíbrio é o norte a seguir”¹⁰¹². Os atos executivos, desse modo, devem observar aos seus limites políticos, os quais se referem à pessoa e ao patrimônio do obrigado, bem como aos meios postos pelo ordenamento processual para a satisfação do credor¹⁰¹³. Deve-se sempre buscar a satisfação do crédito do exequente, com emprego do meio mais efetivo e menos oneroso ao executado e ao próprio aparato estatal.

Em conformidade ao artigo 805, *caput*, “quando por vários modos o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. A prática dos atos executivos representa, “inexoravelmente, sacrifício à esfera jurídica do executado”, contudo, não deve ir “além do que seja estritamente necessário à satisfação do direito exequendo”¹⁰¹⁴. A disposição “representa o núcleo de um verdadeiro sistema de proteção ao devedor contra excessos executivos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, sabendo-se que essa proteção constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência à humanização”¹⁰¹⁵. Entretanto, em consonância ao parágrafo único do dispositivo, “ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

¹⁰¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 32.

¹⁰¹² FERNANDES, Sergio Ricardo de Arruda. A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 411-421, p. 413.

¹⁰¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 47.

¹⁰¹⁴ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 147.

¹⁰¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 49-50.

Ao imperativo de preservação da dignidade do executado aliam-se, ainda, as restrições que a execução deve respeitar e são decorrentes da natureza das coisas. Destarte, tratando-se de obrigação de dar, caso a coisa a ser prestada foi perdida ou destruída, torna-se impossível a execução específica e, assim, necessária a sua conversão em pecúnia, mesmo sem pedido do credor (artigos 499 e 809, *caput*). Da mesma forma, cuidando-se de obrigação de fazer de caráter personalíssimo, não comportando, pois, satisfação por ato de terceiro, se as medidas coercitivas sobre a vontade do devedor não tiverem sucesso, não há outra opção ao credor que não a sua conversão em pecúnia (artigo 821, parágrafo único).

Em que pese a necessidade de ponderação da menor onerosidade ao executado, o fim da execução é a satisfação do exequente, com a entrega em seu favor do bem da vida ou da nova situação jurídica a que faz jus. Logo, o devedor deve responder com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações (artigo 789), com a interpretação restritiva de todas as exceções à regra legal¹⁰¹⁶. Merecem, portanto, interpretação estrita os dispositivos que retratam hipóteses de impenhorabilidade, com destaque aos artigos 833 do Código de Processo Civil, 1.711 a 1.722 do Código Civil e 1º da Lei n. 8.009/90¹⁰¹⁷.

8.3 A instauração da fase de cumprimento de sentença ou do processo de execução fundado em título executivo extrajudicial

¹⁰¹⁶ Como assenta Carlos Maximiliano, se é possível ao intérprete “considerar um texto como afirmado do princípio, regra geral; o outro, como dispositivo de exceção; o que estritamente não cabe neste, deixa-se para a esfera de domínio daquele” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 111). No mesmo passo, Washington de Barros Monteiro assinala que a “antiga Introdução ao Código Civil continha a seguinte regra interpretativa (artigo 6º): ‘a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica’. Tal preceito consagrava o velho adágio *exceptio strictissimae juris* ou *exceptiones sunt strictissimae interpretationes*. Tão sensível era a procedência desse princípio, tão elementar a verdade nele contida, que o mesmo deixou até de figurar na moderna Lei de Introdução, no que andou bem, porquanto, como ensina CLOVIS, o preceito é mais de livro elementar, destinado ao ensino de direito” (Da interpretação das Leis. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 57, p. 142-151, 1962, p. 150).

¹⁰¹⁷ A “triste realidade da execução burocrática e condescendente, que ao longo dos tempos se apresenta como um verdadeiro paraíso dos maus pagadores, impõe que o disposto no art. 805 do Código de Processo Civil seja interpretado à luz da garantia do acesso à justiça, sob pena de fadar o sistema à ineficiência e pôr em risco a efetividade” do processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 51).

Toda decisão judicial cujos efeitos, desde logo, produzem-se deve ser objeto da outorga de mecanismos para o seu cumprimento. Não observada espontaneamente, pode ser iniciada a prática de atos executivos. Embora não transitada em julgado, liberada a sua eficácia pela ausência de previsão de recurso que a contenha, é admitida a sua execução provisória, que assume a mesma forma que a definitiva, com algumas restrições, em especial no que toca ao levantamento de numerário, à expropriação de bens e a realização de outros atos dos quais possa resultar grave dano ao executado, que podem exigir caução (artigos 520 e 521). A instauração da fase de cumprimento de sentença provisório ou definitivo realiza-se por requerimento do exequente, acompanhado de demonstrativo atualizado do seu débito, como se extrai dos artigos 522 e 523, *caput*.

Há atos jurídicos que o legislador torna, igualmente, portador de eficácia executiva. O título executivo é documento arrolado em lei que retrata obrigação certa, líquida e exigível (artigos 783 e 784). Assim, o desencadeamento da tutela executiva não é efeito que decorre da norma material, mas sim da norma processual. A eficácia executiva não é intrínseca ao ato. A instauração do processo de execução estestado em título executivo extrajudicial dá-se por meio de petição inicial, como se constata do artigo 798.

Ao se iniciar a fase de cumprimento de sentença ou o processo de execução amparado em título executivo extrajudicial, está-se diante da propositura de uma demanda pelo exequente. Nos modelos processuais em geral, tanto quanto a demanda inicial e a interposição de recurso contra as decisões que as prejudicam, a demanda executiva é relegada à iniciativa das partes¹⁰¹⁸. Nesse passo, a “atuação do juiz na execução traz as marcas da inércia (CPC, arts. 2º, 513, § 1º, 520, inc. I, 522, 523, 528 etc.), da inevitabilidade, da imparcialidade e da impessoalidade”, de molde que proibida instauração da “execução *ex officio* ainda quando fundada esta em título judicial porque sem a iniciativa do credor, pelos modos adequados segundo a lei, jamais é autorizado o exercício da jurisdição”¹⁰¹⁹. Em consequência, a instauração da fase de cumprimento de sentença ou do processo de execução estestado em título executivo extrajudicial depende de iniciativa do litigante que se afirma

¹⁰¹⁸ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional*, v. I. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 265.

¹⁰¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 43.

credor. Salvo expressa disposição legal, o julgador não pode adotar qualquer ato para a satisfação do litigante, embora sagrado vencedor na fase de conhecimento.

Para o manuseio da ação de execução, é mister deter a parte exequente título executivo a ampará-la, sob pena de lhe faltar interesse de agir. Os títulos executivos, de seu turno, encontram-se previstos em lei, em *numerus clausus*. Portanto, para o exercício da pretensão executiva, indispensável que reste configurada, *in casu*, uma das hipóteses legais. O seu controle deve ser feito pelo juiz, independentemente de provocação da parte. Assim, verificando que o exequente não detém título executivo ou que a obrigação que retrata não é certa, líquida e exigível, deve, desde logo, determinar a emenda da petição inicial para amoldar o pleito de tutela jurisdicional ao documento comprovador do crédito, sob pena de seu indeferimento.

8.4 Atos de sub-rogação e de coerção.

Na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial, o aparato estatal age com o objetivo de conferir ao credor, concretamente, o bem da vida ou a nova situação da vida a que tem direito. A fase de conhecimento “situa-se, sempre, no estrito plano jurídico”, ao passo que na execução adotam-se “providências adequadas à reparação efectiva do direito violado”¹⁰²⁰. A tutela jurisdicional executiva, por conseguinte, é alcançada por atos práticos e não, como no processo ou fase de conhecimento, por meio de decisões¹⁰²¹. Enquanto a tutela cognitiva volta-se a outorgar a prestação jurisdicional a quem tem razão, a tutela executiva atua em favor do exequente.

A execução pode ser direta ou indireta. A execução direta realiza-se pela constrição e expropriação de bens do devedor. O Estado-juiz apreende fisicamente o bem, deposita-o, avalia-o, aliena-o e destina o produto auferido ao credor. A execução

¹⁰²⁰ PINTO, Rui. O processo civil português: diagnóstico e cura. *Revista Julgar*. Coimbra: Coimbra, n. 17, p. 135-149, 2012, p. 142.

¹⁰²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 45.

indireta cuida da imposição de medidas de coerção sobre o devedor para cumprimento da execução. Pode se dar por meio dissuasão ou incentivo¹⁰²². Realiza-se, por exemplo, a primeira pela imposição de multa; faz-se a segunda com a isenção ou redução dos custos do processo. Os mecanismos de sub-rogação e coerção convivem nas execuções de pagar quantia, fazer, não-fazer e dar¹⁰²³.

Os atos de sub-rogação ocorrem segundo pleiteado pelo exequente na busca da satisfação de seu crédito pecuniário. Na forma do artigo 829, §2º, a indicação dos bens a ser objeto de constrição judicial, desde o início, é realizada pelo credor. O juiz, no entanto, tem o dever de auxílio, facilitando a identificação dos bens do executado que podem se voltar à sua satisfação¹⁰²⁴. O óbice à sua constrição e expropriação levanta-se nos estreitos lindes das regras de impenhorabilidade de bens do devedor. Definitivamente, “considerando que a execução é promovida no interesse do credor, respeitada a menor onerosidade para o devedor quando houver mais de um modo para sua efetivação, segue-se que o juiz terá de adotar como diretriz a apreensão de bens necessários e suficientes para esse fim, sem levar em conta razões de conveniência ou oportunidade”¹⁰²⁵.

Os atos de coerção, generalizadamente, admitem atuação pelo julgador independentemente de provocação. Somente necessitam de provocação da parte quando exigida por lei. O seu principal mecanismo é a cominação de multa (*astreintes*), que se deve pautar pela razoabilidade e não acarretar enriquecimento indevido do credor. O artigo 536, §1º, estabelece, ainda, como medidas de apoio à tutela específica, exemplificativamente, além da imposição de multa, “a busca e apreensão, a remoção de

¹⁰²² A “estrutura dos módulos executivos pode ser redesenhada, por meio da arquitetura de escolhas, para estimular comportamentos dos sujeitos processuais a partir da aplicação de medidas indutivas em sentido amplo (*nudges*)” (NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: o potencial do uso de *nudges* nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa – parte 1. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 323, p. 149-176, janeiro de 2022, p. 14 (RT *on line*)).

¹⁰²³ TALAMINI, Eduardo. Poder Geral de adoção de medidas executivas: e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 27-57, p. 36.

¹⁰²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163.

¹⁰²⁵ LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*, n. 274, p. 79-97, dezembro de 2017, p. 93. Na direção contrária, Leonardo Greco entende que a “responsabilidade de subordinar os atos executórios ao critério da menor onerosidade possível para o devedor, obriga o juiz a despir-se da função de mero aplicador da lei, para proferir decisões fundadas nos critérios de conveniência e oportunidade” (A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, p. 34-66, abril a junho de 1999, p. 13 (RT *on line*)).

pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”. Compete sempre ao juiz adotá-las com vistas à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar, embora ausente pleito expresso do exequente (artigos 536, *caput*, e 538, §3º), com eleição daquela que considere mais adequada¹⁰²⁶.

Todavia, medidas coercitivas podem ter previsão para compelir ao adimplemento da obrigação de pagar quantia certa, como faz os artigos 523, §1º, e 528, §3º, 517, 782, §3º. Cominam, respectivamente, multa e honorários advocatícios para hipótese da ausência de pagamento espontâneo no prazo de quinze dias; prisão ante a ausência de cumprimento do dever de prestar alimentos, sem justificativa; o ato cambial de protesto e a inclusão do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, dando mais publicidade ao inadimplemento.

Portanto, o juiz não pode proceder à constrição e expropriação de bens do devedor, de ofício. Veja-se que o artigo 854, *caput*, que trata da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, e exige requerimento do exequente. Igualmente, é-lhe defeso escolher o bem da vida ou a nova situação jurídica destinados à satisfação do credor. Compete-lhe, porém, adotar atos de coerção nas obrigações de pagar quantia certa, fazer, não fazer e dar, conquanto sem provação dos litigantes¹⁰²⁷. Nesse diapasão, as medidas de apoio à efetivação da tutela executiva, “em todas as hipóteses, não adotáveis independentemente da vontade do vencido e com dispensa da sua colaboração; até, eventualmente, com recurso à ‘força policial’”¹⁰²⁸.

8.5 A adoção de medidas atípicas como apoio à efetivação da tutela executiva

¹⁰²⁶ HILL, Flávia Pereira. Comentários à execução das obrigações de fazer e não fazer no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 15, p. 165-194, janeiro a junho de 2015, p. 169.

¹⁰²⁷ ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603, p. 596.

¹⁰²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Cumprimento” e “execução” de sentença: esclarecimentos conceituais. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 42, p. 56-68, setembro de 2006, p. 63.

O Código de Processo Civil contemplou medidas atípicas para a tutela de direito do credor, em seu artigo 139, inciso IV¹⁰²⁹. Incumbe ao juiz, pois, mediante provocação do exequente ou de ofício, “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas pecuniária”. O julgador não mais se limita à possibilidade de adoção de técnicas previstas expressamente pelo legislador para a sua satisfação. A “atipicidade não é, por si só, um obstáculo”¹⁰³⁰. Houve clara preocupação com a efetividade da execução.

As medidas atípicas podem ser direcionadas contra terceiros que eventualmente tenham imposto a si algum dever processual, admitindo até a constrição imediata de valores de seu patrimônio¹⁰³¹. Aplicam-se nas execuções definitivas e provisórias, como deixa extrema de dúvidas o artigo 297¹⁰³²; bem como nas execuções amparadas em títulos judiciais e extrajudiciais¹⁰³³. Aliás, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a “teor do § 3º do art. 537 do CPC/2015, é imperioso concluir que as *astreintes*, devidas desde o dia em que configurado o descumprimento da ordem judicial, podem ser

¹⁰²⁹ Analisando o modelo italiano de execução mediante medidas coercitivas frente aos modelos francês, alemão, austríaco e anglo-saxões, Andrea Proto Pisani concluiu que todos são a favor da introdução de um sistema geral atípico, com a possibilidade de o legislador estabelecer medidas atípicas, com a sua restrição ao cumprimento das obrigações não-fungíveis e clara individualização dos seus limites (Condanna (e misure coercitive). *Il Foro Italiano*. Roma: Società Editrice Il Foro Italiano, v. 130, p. 1-5, janeiro de 2007, p. 5). Leonardo Greco identifica que se inserem “numa concepção contemporânea de gestão cooperativa do processo e da democracia deliberativa nas relações Estado-cidadão, cujo sucesso pressupõe fundamentalmente o esforço dos principais protagonistas do processo e do apoio da doutrina, que devem lançar luzes para que aqueles possam desempenhar adequadamente as suas funções” (Coações indiretas na execução pecuniária. *Medidas executivas atípicas*. 2. ed. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 395-420, p. 420)

¹⁰³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*. Organização LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 73-79, p. 75.

¹⁰³¹ TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso do WhatsApp. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 379-402, p. 396.

¹⁰³² SCOPEL, Adriano Sayão. Ainda sobre as medidas executivas atípicas: aplicabilidade no cumprimento provisório de sentença para pagamento de quantia certa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 302, p. 139-157, abril de 2020, p. 10 (RT *on line*); TALAMINI, Eduardo. Poder Geral de adoção de medidas executivas: e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 27-57, p. 39.

¹⁰³³ DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 267, p. 227-272, maio de 2017, p. 22 (RT *on line*). Contra Eduardo Talamini, para quem a execução indireta das obrigações de fazer, não fazer e dar fundadas em título extrajudicial exaure-se na multa prevista no artigo 814. As medidas atípicas ficariam restritas a “assegurar a observância de deveres processuais de colaboração e não obstrução da atividade executiva” (Poder Geral de adoção de medidas executivas: e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 27-57, p. 39, 45 e 56).

objeto de execução provisória antes da confirmação da tutela provisória por sentença de mérito”¹⁰³⁴. Assim, caminha a Corte para a superação do precedente vinculante construído sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, segundo o qual a “multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo”¹⁰³⁵.

Como medidas de apoio à efetivação da tutela executiva, o seu emprego no processo não depende de requerimento dos litigantes, tampouco a ele fica vinculado¹⁰³⁶. Independentemente de provocação, as medidas atípicas podem ser alteradas ou suprimidas, caso ineficazes ou desnecessárias. Eventualmente, o juiz pode até a vir a alterar a obrigação de forma a torná-la mais gravosa ao devedor¹⁰³⁷. Assim, imposta obrigação de não fazer consistente na cessação do barulho excessivo, a recalcitrância no seu cumprimento, pode acarretar o fechamento do estabelecimento. Do mesmo modo, obrigado o executado a suprimir e se abster de veicular conteúdo desabonador do nome e imagem do exequente, a manutenção da violação pode lhe sujeitar a suspensão do uso das suas contas nas redes sociais por meios das quais venha descumprindo o seu dever.

Nas obrigações de dar, fazer e não fazer, desde logo, as medidas de apoio à sua execução específica, mesmo atípicas, podem ter atuação, a fim de levar o devedor a cumprir seu dever, de forma voluntária, ainda que não espontaneamente. Todas têm por preferência o alcance da tutela específica ou do resultado prático equivalente e, somente com o seu insucesso, dar-se-á sua transformação em perdas e danos¹⁰³⁸. Nas obrigações de pagar

¹⁰³⁴ REsp 1958679/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 23/11/2021.

¹⁰³⁵ REsp 1200856/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, j. em 01/07/2014.

¹⁰³⁶ “O direito italiano diverge do quanto disposto pelo legislador francês e brasileiro. Lembramos que de acordo com o art. 461, § 4º, do CPC brasileiro de 1973 (conforme o art. 537, caput, do CPC brasileiro de 2015) e com o art. L 131-1 do Code de procédures civiles d’exécution francês, a multa pode ser imposta de ofício, independentemente de pedido do autor” (BONATO, Giovanni. As reformas da execução na Itália. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 6, n. 3, p. 129-158, setembro a dezembro de 2015, p. 153).

¹⁰³⁷ “Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Daí a extrema dificuldade de estabelecer limites de sua legitimidade, sem destruir-lhe a essência: a medida coercitiva deve configurar efetiva ameaça ao réu, apta a demovê-lo da intenção de transgredir, e, simultaneamente, não afrontar os princípios” da proporcionalidade e razoabilidade (TALAMINI, Eduardo. Poder Geral de adoção de medidas executivas: e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 27-57, p. 31-32).

¹⁰³⁸ O “adimplemento voluntário – ainda que obtido mediante indução (isto é, indiretamente), - é amplamente mais vantajoso para o Estado, que não precisa empreender o longo e custoso caminho dos atos de sub-rogação;

quantia certa, o seu uso deve ser subsidiário¹⁰³⁹, uma vez que, se o devedor possui patrimônio conhecido, as técnicas de sub-rogação mostram-se, em princípio, adequadas ao alcance da tutela específica. Entretanto, “o emprego da execução direta (penhora e expropriação), quando há patrimônio penhorável, não pode ser exatamente qualificado como um direito do devedor”, sob pena de se reconhecer que, invariavelmente, “o credor estaria compelido a suportar todos os encargos adicionais que a atuação dos meios executivos (até a expropriação) gera”¹⁰⁴⁰.

Evidentemente, caso o devedor não ostente bens para o adimplemento de pagamento de quantia, a utilização das medidas atípicas não tem aptidão para alcançar o objetivo de satisfação do credor, ficando obstada. Os meios de coerção visam ao cumprimento de um dever, não servindo como simples pena ou instrumento de vingança. A ausência de patrimônio é limite natural da execução. Nesse caso, é ilegítima a adoção de medidas atípicas. Para tanto, exige-se indicação de que o devedor ostente meios para pagamento da dívida e não o faz, não bastando o mero insucesso na tentativa de localização de bens passíveis de penhora, sem a produção sequer de indícios de que tenha havido a sua ocultação voltada a obstar a satisfação do credor¹⁰⁴¹.

e para o credor, que do mesmo modo pode obter a satisfação de forma abreviada e menos onerosa” (YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*. Organização LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 73-79, p. 75).

¹⁰³⁹ Na mesma direção, DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 267, p. 227-272, maio de 2017, p. 22 (RT *on line*); GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. *Medidas executivas atípicas. Medidas executivas atípicas*. 2. ed. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 395-420, p. 412. Em sentido contrário, José Carlos Baptista Puoli considera que “se equivocou o legislador ao, em redação ‘muito ampla’ permitir (sem qualquer ressalva limitadora que pudesse bem especificar a hipótese de incidência da parte final da norma) que tais tipos de providências sejam determinadas ‘inclusive nas ações que tenham objeto prestação pecuniária’”. Ao “permitir o uso de regime atípico e ‘ilimitado’ de sanções” o “legislador, num excesso de voluntarismo”, incorreu em inconstitucionalidade (Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015. *Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues*. Organização AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; DELLORE, Luiz; BUENO, Júlio César; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 361-378, p. 362 e 367).

¹⁰⁴⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*. Organização LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 73-79, p. 77.

¹⁰⁴¹ “Será preciso cuidado para não fazer ilações ou indevidas presunções. Mas, parece inegável que a assumida aparência de titularidade de patrimônio, sem que esse possa ser impactado no processo porque fora do respectivo alcance, é um dado a ser considerado; tanto mais em tempos de auto exposição em redes sociais – potencialmente mais eficazes, em determinadas situações, do que informações disponíveis pela Receita Federal” (YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas

O Superior Tribunal de Justiça, em julgados, reconheceu que as medidas atípicas podem ser utilizadas para compelir à satisfação de obrigações de pagar quantia certa, com necessidade de prévio esgotamento dos meios típicos para a satisfação do débito. Devem, pois, ser necessárias, lógicas e proporcionais. O contraditório deve ser instaurado e a decisão que as aplica motivada¹⁰⁴². Proclamou que “as medidas de satisfação do crédito devem observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a serem adotadas as providências mais eficazes e menos gravosas ao executado”¹⁰⁴³. Exigiu, ao menos, “a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável”¹⁰⁴⁴. Ainda, vetou “a utilização do instituto como penalidade processual”¹⁰⁴⁵. Atendidos aos requisitos consagrados no seu seio, a Corte já acolheu a possibilidade de “restrição de saída do país sem prévia garantia da execução” e de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação¹⁰⁴⁶. A constitucionalidade das medidas atípicas está posta perante o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941, que ainda pende de julgamento.

Com efeito, portanto, o manejo das medidas atípicas deve sempre observar a necessidade, a proporcionalidade e a utilidade da medida, assim como a menor onerosidade ao devedor. Deve ter equilíbrio com o recebimento do seu crédito pelo credor e aptidão de concorrer para o cumprimento de sua obrigação pelo devedor, sem lhe acarretar sacrifício maior do que necessário. Há limites no seu emprego extraídos da ordem jurídica como o respeito à dignidade da pessoa humana e a proibição da prisão civil, exceto ao devedor de alimentos (artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal; artigo 7º, 7, do Pacto de São José da Costa Rica; STF, Súmula vinculante n. 25). A restrição de liberdade é vedada embora para a efetivação de direitos sem conteúdo patrimonial, como o direito a medicamentos, tratamento médico, vagas em instituições hospitalares ou de ensino¹⁰⁴⁷. Negou, no entanto, como medida atípica “a quebra de sigilo bancário destinada

obrigações de pagamento de quantia. *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*. Organização LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 73-79, p. 78-79).

¹⁰⁴² RHC 97.876/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 05/06/2018.

¹⁰⁴³ AgInt no REsp 1837680/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 23/03/2020.

¹⁰⁴⁴ REsp 1896421/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 06/04/2021

¹⁰⁴⁵ AgInt no AREsp 1495012/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 29/10/2019.

¹⁰⁴⁶ HC 558.313/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 23/06/2020; HC 99.606/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 13/11/2018.

¹⁰⁴⁷ Contra, admitindo, desde que observados certos parâmetros, a prisão civil como medida atípica para a efetivação de direitos sem conteúdo patrimonial, DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; CUNHA, Leonardo

tão somente à satisfação do crédito exequendo (visando à tutela de um direito patrimonial disponível, isto é, um interesse eminentemente privado)”, porque “constitui mitigação desproporcional desse direito fundamental - que decorre dos direitos constitucionais à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, da CF/1988) e do sigilo de dados (art. 5º, XII, da CF/1988)”¹⁰⁴⁸.

O emprego de medidas atípicas exige respeito ao devido processo legal, observância do contraditório, que pode ser diferido, caso presente excepcional risco de inviabilizá-lo, e devida motivação. O executado deve ser intimado a cumprir sua obrigação, em prazo razoável, com a cominação do meio coercitivo na hipótese de recalcitrância. Deve poder se manifestar, trazendo elementos a indicar a impossibilidade de adimplemento ou a inadequação da medida que lhe serve de apoio. Idênticas garantias se aplicam ao terceiro contra quem venham a ser eventualmente dirigidas¹⁰⁴⁹. O juiz deve alinhar as razões da formação da sua convicção quando da sua efetiva aplicação à luz do caso concreto.

Em consequência, o juiz pode fazer incidir contra o executado medidas de apoio, não só nas obrigações de dar, fazer e não fazer, mas também nas obrigações de pagar quantia certa, contanto ausente pleito do exequente. Não somente as medidas típicas previstas pelo legislador, porém, igualmente, outras tendentes ao cumprimento do seu dever podem ser empregadas pelo julgador em desfavor do devedor com vistas a propiciar a satisfação do credor.

8.6 Exercício do contraditório e defesa do executado

Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 267, p. 227-272, maio de 2017, p. 23 (RT *on line*); TALAMINI, Eduardo. Poder Geral de adoção de medidas executivas: e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 27-57, p. 33.

¹⁰⁴⁸ REsp 1951176/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 19/10/2021.

¹⁰⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso do WhatsApp. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 379-402, p. 391.

O fim primordial da fase ou processo de execução consiste na satisfação do crédito do exequente retratado no título executivo. O exercício da sua defesa pelo executado é restringido ou relegado para a instauração de processo de conhecimento autônomo. Todavia, na execução, por imposição constitucional, as garantias do devido processo legal e do contraditório estão presentes, atuando em favor do exequente e do executado, com informação de seus atos e possibilidade de reação, de sorte a assegurar que ambos influenciem no convencimento judicial¹⁰⁵⁰.

Os atos de sub-rogação e coerção, bem como as medidas de efetivação da tutela executiva, realizam-se segundo postulação do credor ou, quando admitido, pelo juiz, de ofício. O executado é intimado após sua consumação. Evita-se, assim, que, tomando conhecimento previamente, embarace sua efetivação, sobretudo no que toca à constrição de seus bens, adotando conduta voltada a ocultá-los. Em consequência, em linha de princípio, o contraditório exercido pelo executado sobre os atos executivos é diferido. Algumas exceções são identificadas no texto legal, como a sua prévia manifestação à substituição, redução ou ampliação da penhora, assim como adjudicação de seus bens (artigos 853, 874 e 876, §1º). Estrutura-se, pois, a execução com a aplicação da técnica de “inversão do contraditório”, baseando-se as decisões “exclusivamente em postulações do exequente e proferidas com base em cognição sumária”¹⁰⁵¹. Não obstante, o contraditório está presente na execução e “é garantia de equilíbrio entre a exigência de satisfação do credor e a de respeito ao devedor e ao seu patrimônio”¹⁰⁵².

A defesa do executado, na fase de cumprimento de sentença, é levada a efeito por meio de impugnação, com caráter de incidente processual segundo posição doutrinária prevalente¹⁰⁵³. As questões que pode veicular ao crivo judicial são limitadas

¹⁰⁵⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela processual do direito do executado (20 anos de vigência do CPC). *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 61, p. 99-120, julho 1994, p. 100-101; MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 49; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 137-138.

¹⁰⁵¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 141.

¹⁰⁵² GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, p. 34-66, abril a junho de 1999, p. 18 (RT *on line*).

¹⁰⁵³ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Metamorfose dos embargos. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 26, n. 85, p. 57-62, maio de 2006, p. 58; CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei nº 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 26, n. 85, p. 13-35, maio de 2006, p. 25. Heitor Vitor Mendonça Sica defende que a impugnação tem natureza de ação,

àquelas insculpidas no artigo 525, 1º. O rol estrito justifica-se pela prévia tutela cognitiva precedente à fase de execução, cuja estabilidade das questões decididas é imperativo de efetividade, segurança e razoável duração do processo. Há, pois, limitação vertical e horizontal da cognição, com restrição das alegações que comportam formulação e das provas que admitem produção¹⁰⁵⁴. É-lhe lícito, igualmente, por simples petições, arguir “todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes” e “as questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes” (artigos 518 e 525, §11).

Assim, a retirada da autonomia do processo de execução fundado em título executivo judicial não subtraiu a possibilidade do exercício da sua defesa pelo executado. Contudo, igualmente presentes os imperativos de segurança e estabilidade. Portanto, as questões que foram ou deveriam ter sido arguidas na fase de conhecimento não podem ser objeto de debate na fase de cumprimento de sentença, revestindo-se a decisão que ampara a pretensão executiva de estabilidade pela preclusão (cumprimento provisório) ou coisa julgada (cumprimento definitivo). Como assenta Antonio do Passo Cabral, preclusão e coisa julgada “possuem características muito próximas”, decorrendo “de exigências formalísticas, garantistas, de racionalização da atividade processual, de redução dos custos, de economia e eficiência”. Ambas “possuem efeitos comuns, como a proibição de repetição do ato, fortes na dimensão publicista de conferir paz e segurança jurídica”¹⁰⁵⁵.

A defesa do executado, no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial, deve ocorrer por meio de embargos, como se observa do artigo 914, cuja natureza é de ação na doutrina dominante¹⁰⁵⁶. Como não houve fase antecedente à

implicando propositura de verdadeira demanda, ao se debater contra o excesso na execução ou suscitar causa modificativa ou extintiva da obrigação em execução. No demais casos, tratando de questões processuais, assume caráter de defesa (*Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151).

¹⁰⁵⁴ MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 49.

¹⁰⁵⁵ As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Coordenação DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 25-60, p. 45.

¹⁰⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela processual do direito do executado (20 anos de vigência do CPC). *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 61, p. 99-120, julho 1994, p. 103; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. Campinas: Bookseller, 2003, p. 210. Heitor Vitor Mendonça Sica assinala que são ação quando deduzem verdadeira demanda, com matérias de mérito em seu bojo, e defesa nas hipóteses que veiculam defesas processuais ou contra a execução em si (*Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 145).

formação do título perante o juízo, a gama de questões que admite sejam suscitadas pelo executado não comporta restrição¹⁰⁵⁷. É permitido, ainda, maneje simples petição, concebida como “exceção de pré-executividade”, quando visar a veicular matérias cognoscíveis de ofício ou que não dependam de dilação probatória¹⁰⁵⁸. O meio processual, inicialmente admitido “apenas para veicular vícios concernentes à válida constituição do processo e ao regular exercício da ação executiva, vem tendo dilatada sua abrangência para alcançar também questões relativas ao próprio direito material de crédito, como no caso da prescrição”¹⁰⁵⁹. No mais, aplicam-se as disposições dos artigos 518 e 525, §11, por força do artigo 771, parágrafo único, ao processo autônomo de execução, deixando extreme de dúvidas a possibilidade do executado se debater contra a presença dos requisitos de sua admissibilidade e os atos executivos empregados em desfavor do seu patrimônio.

8.7 A cognição do juiz na execução civil

A execução, preponderantemente, não busca a solução da crise jurídica com a prolação de um provimento jurisdicional, mas sim por meio de atos concreto que almejam a satisfação da obrigação, com ou sem a participação do devedor. Enrico Tullio Liebman contrapõe cognição e execução. Na “cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico”; na “execução, ao contrário, a atividade do órgão jurisdicional é prevalentemente prática e material”. Não haveria equilíbrio entre as partes, com redução do contraditório, de modo que o executado será “ouvido só na medida em que sua colaboração possa ser útil e podendo pretender unicamente que os dispositivos da lei não

¹⁰⁵⁷ “Essa regra geral é bastante coerente, porque os títulos extrajudiciais não estão resguardados pela estabilidade da coisa julgada e, portanto, impedir que o executado sustentasse determinado tipo de defesa seria, no mínimo, um atentado à garantia constitucional da ampla defesa e do acesso à justiça” (BONIZZII, Marcelo José Magalhães. Primeiras impressões sobre a tutela do executado no NCPC. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 283-293, p. 289).

¹⁰⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 1072; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

¹⁰⁵⁹ FERNANDES, Sergio Ricardo de Arruda. A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 411-421, p. 413-415.

sejam ultrapassados”¹⁰⁶⁰. Na lição de Humberto Theodoro Junior, “no processo de conhecimento, o juiz julga (decide); no processo de execução, o juiz realiza (executa)”¹⁰⁶¹.

Entretanto, não só de atos materiais, com sub-rogações e coerções, compõe-se a execução. No seu curso, o juiz recebe requerimentos das partes sobre os quais precisa decidir¹⁰⁶². Conhece, ainda, de questões de ofício. No seu início, a título de exemplo, já deve verificar se a pretensão executiva exercida se amolda ao título executivo, negando ou restringindo o seu exercício. Portanto embora na “sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual”¹⁰⁶³, o juiz exerce cognição na execução examinando e decidindo com base em alegações e provas. Não se sustenta, pois, a visão de que durante o seu curso, “controvérsia e contraditório podem reaparecer, mas isto somente em novo processo de cognição de caráter incidente (embargos)”¹⁰⁶⁴. De fato, a “preponderância da atividade prática está muito longe de significar que na execução não deva existir cognição e que execução e cognição devam necessariamente exercer-se em processos autônomos”¹⁰⁶⁵.

Na execução, as decisões interlocutórias almejam preparar, permitir ou dimensionar a outorga da tutela jurisdicional executiva, que se consuma com a entrega do bem da vida ou a constituição da nova situação jurídica em favor do exequente. De seu turno, a sentença proferida fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial não julga a pretensão executiva e, como regra, não tem por conteúdo a existência, inexistência ou valor do crédito do exequente.

Nesse passo, o juiz decide sobre os requisitos para exercício da pretensão executiva, a regularidade da relação processual e dos atos materiais a serem adotados em seu transcurso. Entre tantas questões, deve decidir sobre ordem de penhora dos bens, impenhorabilidades, excessiva oneração do executado, resultado da avaliação, forma e validade dos atos de expropriação, medidas a serem empregadas em apoio à tutela específica. Como ensina José Roberto dos Santos Bedaque, constata-se a existência de

¹⁰⁶⁰ *Processo de execução*. Araraquara: Best Book, 2003, p. 64-65.

¹⁰⁶¹ *Curso de direito processual civil*, v. III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 317 (*ebook*).

¹⁰⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 59.

¹⁰⁶³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

¹⁰⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araraquara: Best Book, 2003, p. 64-65.

¹⁰⁶⁵ GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, p. 34-66, abril a junho de 1999, p. 13 (RT *on line*).

cognição na execução precedendo à prática de atos executivos, “com o fim de fornecer ao juiz elementos de convicção acerca da regularidade dos atos executivos individualmente considerados, assim como no que toca aos requisitos de admissibilidade da tutela executiva”¹⁰⁶⁶.

Questões afetas à relação material podem, eventualmente, ser postas à cognição do julgador no curso da execução. Logo, excepcionalmente, fora da impugnação e dos embargos à execução, pode ocorrer sua veiculação. O que não se admite é a dilação probatória. Portanto, a possibilidade de conhecimento pelo juiz de aspectos da relação material deve ficar restrita a questões cuja solução não exija produção de provas. Então, podem ser veiculadas por simples petição, independentemente de formalidades, com o objetivo de acarretar a inadmissibilidade da tutela executiva. Como bem aclara Heitor Vitor Mendonça Sica, nos “embargos à execução, a cognição é plena e exauriente; na impugnação ao cumprimento de sentença é limitada e exauriente; na exceção de pré-executividade, é plena e exauriente *secundum eventum probationis*; e nas petições posteriores às defesas típicas, é parcial e exauriente”¹⁰⁶⁷.

Não se decide o mérito na execução. Não ocorre, pois, propriamente, julgamento da pretensão exercida, porém mera declaração de satisfação do exequente e encerramento dos atos executivos contra o executado¹⁰⁶⁸. Em regra, somente na impugnação à fase de cumprimento de sentença ou nos embargos à execução é admissível o julgamento da pretensão executiva; na execução, não¹⁰⁶⁹. Todavia, a relegação da apreciação das questões de mérito do procedimento executivo ao incidente de impugnação instaurado ou à ação autônoma de conhecimento, na qual se consubstanciam os embargos à execução, não significa que não havia mérito na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução.

A satisfação pode ocorrer por ato do próprio executado, de terceiro que vem a cumprir a obrigação em seu lugar ou do Estado-juiz, por meio de atividades de

¹⁰⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. *Processo e Constituição: estudo em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson e ARRUDA ALVIM, Teresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 364.

¹⁰⁶⁷ *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 153.

¹⁰⁶⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 477.

¹⁰⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299-348, p. 330.

sub-rogação. A declaração da satisfação do exequente exige sua intimação para que se manifeste acerca da sua efetiva verificação, resultando presumida do silêncio. Não concordando, o juiz deve decidir se houve a quitação, ou não, do débito exequendo, acrescido de correção monetária, juros, despesas processuais e honorários advocatícios¹⁰⁷⁰. Deve-se reconhecer a estabilidade da decisão que declara satisfeito o crédito exequendo, não se admitindo que o exequente postule por eventual diferença que reputa ainda devida em processo autônomo¹⁰⁷¹. Protege-se o executado, inibindo o novo exercício da pretensão executiva com esteio na mesma obrigação¹⁰⁷². Contudo, não tendo opostos embargos à execução, o executado tem franqueada a possibilidade de discussão da relação material subjacente à execução em processo autônomo próprio¹⁰⁷³. De fato, a sentença que declara a satisfação do crédito restringe-se a extinguir o processo, sobre o qual produz efeitos, passando ao largo de dispor acerca do direito material que lhe é subjacente¹⁰⁷⁴.

Diverge a doutrina, no entanto, sobre a estabilidade da sentença que coloca fim à fase ou processo de execução, fundada na satisfação do credor, na forma do artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil. Para Araken de Assis, “o único efeito do pronunciamento judicial respeita à extinção da relação processual executiva (coisa julgada formal)”, admitido, pois, novo processo pleiteando “resíduos não satisfeitos do crédito”¹⁰⁷⁵. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, reveste-se a sentença de imutabilidade, não havendo “razão plausível para tratar diferentemente fenômenos substancialmente iguais, apenas em razão da técnica segundo a qual no processo de execução não há cognição”¹⁰⁷⁶.

A execução, igualmente, pode ter desfecho por conta da procedência dos embargos opostos ou de outra ação que venha a afetar a executividade do título (ação declaratória de nulidade do título executivo, ação rescisória etc.), bem como pela guarida de

¹⁰⁷⁰ MENDES, Anderson Cortez. *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. 2. ed. Coordenação CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; CUNHA, Fernando Antonio Maia da; RIGOLIN, Antonio; SANTOS, Silas Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 969.

¹⁰⁷¹ STJ, REsp 1.143.471/PR, Corte Especial, rel. Min. Luiz Fux, j. 03.02.2010.

¹⁰⁷² MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 219.

¹⁰⁷³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela processual do direito do executado (20 anos de vigência do CPC). *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 61, p. 99-120, julho 1994, p. 107-112.

¹⁰⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 60-61.

¹⁰⁷⁵ *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 479.

¹⁰⁷⁶ Cognição e decisões do juiz no processo executivo. *Processo e Constituição: estudo em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson e ARRUDA ALVIM, Teresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 372

defesas incidentais manejadas pelo executado. Em que pese restrito o conhecimento do mérito no processo executivo, no qual prevalece a prática de atos materiais, presente a cognição. Ao menos nas questões em que desnecessária a dilação probatória, é conferida a possibilidade ao julgador de conhecer da relação substancial entre exequente e executado. Assim se verifica, por exemplo, nas alegações de prescrição, de pagamento, novação ou compensação documentalmente comprovados. As sentenças que acolhem defesas substanciais no curso do processo de execução são de mérito e têm aptidão para se revestirem do manto da coisa julgada material¹⁰⁷⁷.

Os doutrinadores, todavia, não alcançam consenso acerca da imunização pela coisa julgada material da decisão que vem a decidir a relação material havida entre as partes no curso da execução. Leonardo Greco entende que a “sentença no processo de execução, mesmo quando declara o direito material entre as partes, não adquire a imutabilidade da coisa julgada, ou seja, não gera a certeza desse direito material que impeça volte ele a ser rediscutido em outro processo”, de forma que somente “haverá coisa julgada quanto ao direito material em decorrência da sentença nos embargos do devedor e nos limites desta”¹⁰⁷⁸. Diversamente, José Roberto dos Santos Bedaque “conclui pela eficácia material e pela possível imutabilidade das sentenças que, acolhendo defesas substanciais admitidas na execução, ponham termo ao processo”¹⁰⁷⁹. Nessa mesma esteira, Heitor Vitor Mendonça aponta que “nos embargos, impugnação e simples petição, a efetiva apreciação da matéria de mérito veiculada pelo executado (para acolhimento ou rejeição) produzirá decisão apta à formação da coisa julgada material”¹⁰⁸⁰.

8.8 O modelo de distribuição de trabalho entre juiz e partes na execução civil

¹⁰⁷⁷ MENDES, Anderson Cortez. *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. 2. ed. Coordenação CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; CUNHA, Fernando Antonio Maia da; RIGOLIN, Antonio; SANTOS, Silas Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 969-970.

¹⁰⁷⁸ A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, p. 34-66, abril a junho de 1999, p. 16 (RT *on line*).

¹⁰⁷⁹ Cognição e decisões do juiz no processo executivo. *Processo e Constituição: estudo em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson e ARRUDA ALVIM, Teresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

¹⁰⁸⁰ *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 154-155.

Na fase de cumprimento de sentença e no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial, verifica-se a prática de atos pelas partes, pelo juiz e por auxiliares da justiça. O exequente dá-lhe início por requerimento ou petição inicial, postula pela pesquisa, penhora e expropriação dos bens integrantes do patrimônio do executado destinados à sua satisfação, pleiteia a imposição ou abstenção de condutas. O executado exerce o contraditório, embora de forma diferida, e pode se opor à pretensão executiva contra si exercida. O juiz pratica atos materiais voltados à integração do executado ao processo e à satisfação do exequente, assim como profere decisões. Os auxiliares de justiça realizam atos concretos como penhora, depósito, avaliação etc.

O modelo de distribuição de trabalho entre partes e juiz na execução civil é, marcadamente, dispositivo ou adversarial. Como se volta a execução à prática de atos destinados à satisfação do credor, segue, em linha de princípio, segundo suas postulações. O juiz atua na efetivação dos atos e na garantia do exercício do contraditório, exercendo cognição eventual sobre a sua regularidade, sobre os pressupostos processuais e sobre a pretensão executiva. Age inquisitorialmente em alguns pontos como na possibilidade de adoção de medidas de apoio à tutela específica. A cooperação na execução é inexistente.

Segundo o artigo 772 do Código de Processo Civil, o juiz pode, em qualquer momento do processo, ordenar o comparecimento das partes; advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça; determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável. Dispõe o artigo 773, *caput*, que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados”. Considera o artigo 774, *caput* combinado com o inciso V, ato atentatório à dignidade da justiça, a conduta do executado que “intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus”. Age o julgador, em todos os casos, de ofício ou provocado pelo exequente. Atua, por sua vez, o executado por imposição, não cooperando espontaneamente para a satisfação do seu adversário. Ao contrário do que se defende em

doutrina¹⁰⁸¹, o artigo 772, inciso III, o artigo 773 e o artigo 774, inciso V, não consagrariam hipótese de colaboração na execução civil.

Como regra, o processo instaura-se com a finalidade de solução do litígio pendente entre as partes. Pressupõe, afora os processos objetivos e necessários¹⁰⁸², a divergência. Na execução, o credor, detendo título executivo a amparar a veiculação de sua pretensão, assume posição de vantagem sobre o devedor. Se na fase de conhecimento pende incerteza sobre os direitos e obrigações que compõem a relação havida entre os litigantes, na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução estreado em título executivo extrajudicial, a crise é de satisfação. Nessa linha de ideias, afirma-se que, no processo em geral, a imposição de colaboração entre as partes é “no mínimo contraintuitiva”, devendo ocorrer entre estas e o juiz¹⁰⁸³. Na execução civil, certamente, a conclusão aplica-se com maior razão. Enfim, a tendência na execução é que o executado não colabore com os atos direcionados ao cumprimento de seu dever. Se a sua intenção fosse cooperar, adimpliria sua obrigação sem a necessidade de sua instauração.

8.9 Conclusão parcial

¹⁰⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158 e 163; *Idem*. *Processo justo, colaboração e ônus da prova*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 1, p. 67-77, janeiro a março de 2012, p.72; RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 2 - continuação). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 151-221, julho de 2015, p. 154.

¹⁰⁸² O processo objetivo consiste naquele no qual o responsável pela sua instauração não atua na defesa de situações subjetivas, porém age, fundamentalmente, com o escopo de garantir a tutela do interesse público (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.567). Assim, “não conhece partes”, tendo por finalidade “tutelar a ordem jurídica abstratamente considerada” e, assim, comportando instauração “independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico” (PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais da declaração de inconstitucionalidade*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 191). Os processos necessários versam sobre direitos e obrigações cuja regulação não é admitida pela vontade exclusiva das partes, exigindo o legislador sua intervenção para a incidência da norma jurídica, por vislumbrar um interesse geral (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Jurisdição voluntária: perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito da aplicação da discricionariedade judicial*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 77-84).

¹⁰⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104. Identifica-se, no entanto, posicionamento segundo o qual o dever de colaboração é “imposto” a todos os sujeitos processuais (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 168).

1. A execução busca a prática de atos concretos voltados à satisfação do credor. A atividade executiva é estruturada de forma a permitir a invasão da esfera jurídica do devedor que não cumpriu espontaneamente a obrigação que assumiu, por meio da realização de atos de coerção e de sub-rogação. A atuação do poder jurisdicional é inevitável e efetiva-se imperativamente, mesmo sem a colaboração ou contra a vontade do sujeito contra quem se volta.

2. Deve-se buscar o equilíbrio entre a satisfação do credor e a ausência de imposição de oneração excessiva ao devedor. Procura-se a satisfação do crédito do exequente, com emprego do meio mais efetivo e menos custoso ao executado e ao próprio Estado. Todavia, a despeito da exigência de se ponderar a menor oneração do devedor, a execução tem por finalidade satisfazer o credor, com a entrega em seu favor do bem da vida ou da nova situação jurídica a que faz jus.

3. A instauração da fase de cumprimento de sentença e o processo de execução fundado em título executivo extrajudicial ocorre pelo exequente. O juiz não pode iniciar, de ofício, a prática de atos para a sua satisfação, dependendo a sua atuação de provocação. Entretanto, compete-lhe controlar a regularidade da pretensão executiva exercida, em especial se esteada em título executivo que retrate obrigação certa, líquida e exigível.

4. Os atos de sub-rogação realizam-se segundo os requerimentos do exequente. O juiz deve auxiliar a identificação dos bens do executado. De seu turno, os atos de coerção, em linha de princípio, admitem atuação, de ofício, pelo julgador. Logo, o julgador não pode proceder à constrição e expropriação de bens do devedor, sem provocação. Contudo, inquisitorialmente, deve adotar as medidas de apoio à efetivação da tutela executiva não só nas obrigações de fazer, não fazer e dar, mas também de pagar quantia certa.

5. O juiz deve adotar medidas típicas e atípicas em desfavor do devedor, a fim de que satisfaça o seu credor. Portanto, não mais se limita a sua atuação às técnicas previstas expressamente pelo legislador para a prestação da tutela jurisdicional executiva. Age, mediante requerimento ou *ex officio*. Independentemente de provocação, as medidas podem ser alteradas ou suprimidas, caso ineficazes ou desnecessárias. Nas obrigações de dar, fazer e não fazer, devem ser empregadas, desde logo, como apoio à sua tutela específica. Nas obrigações de pagar quantia certa, têm papel subsidiário. A sua incidência exige o respeito

ao devido processo legal, a observância do contraditório, embora diferido, e a devida motivação.

6. O exercício da sua defesa pelo executado é restringido ou relegado para a instauração de processo de conhecimento autônomo. Não obstante, o devido processo legal e o contraditório estão presentes na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução de título extrajudicial, atuando em favor do exequente e do executado, com informação de seus atos, possibilidade de reação e influência no convencimento judicial.

7. A execução não se compõe apenas de atos materiais, com sub-rogações e coerções. No seu curso, o julgador recebe requerimentos das partes sobre os quais precisa decidir, assim como conhece questões de ofício. Por conseguinte, exerce cognição no bojo da execução, examinando e decidindo com base em alegações e provas.

8. O modelo de distribuição de trabalho entre partes e juiz na execução civil é, preponderantemente, dispositivo ou adversarial. Como se destina à prática de atos concretos com vistas à satisfação do exequente, segue, ordinariamente, segundo suas postulações. O juiz atua na efetivação dos atos e na garantia do exercício do contraditório, exercendo cognição eventual sobre a regularidade do processo, sobre os pressupostos processuais e sobre a pretensão executiva. Age inquisitorialmente em alguns pontos como na possibilidade de adoção de medidas de apoio à tutela específica. A cooperação é inexistente. O executado não atua contribuindo espontaneamente para satisfação do exequente, mas por imposição do julgador. Se fosse colaborar, teria cumprido espontaneamente sua obrigação, sem a necessidade de processo.

CONCLUSÃO

1. Não há um modelo de processo civil que imponha a cooperação entre os sujeitos processuais. Os litigantes não têm o dever de se auxiliar. Atuam no processo para fazer valer suas pretensões. O juiz é obrigado à adequada prestação jurisdicional, com justiça e em prazo razoável, mas não colabora para que uma parte ou outra venha a vencer.

2. A exigência de colaboração não pode implicar limitação das situações jurídicos-processuais que as partes detêm, segundo lhes foram conferidas pelo legislador. Enfim, não se pode obrigar um litigante que coopere com o sucesso da pretensão do outro, tampouco que o juiz ajude qualquer dos sujeitos parciais para além do âmbito de exercício de seus poderes-deveres.

3. A interação entre os sujeitos processuais em contraditório é correspondente ao que se reputa cooperação, tornando-se condição imprescindível sua amplificação para o alcance de uma prestação jurisdicional mais legítima e justa. Nessa esteira, no processo, a cooperação não vai além da ideia de contraditório, vista sob seus diversos ângulos, somada ao imperativo de atuar os sujeitos processuais de boa-fé. Fora desses limites, é inexigível a colaboração entre os litigantes, que agem no processo para se sagrarem vencedores. É o julgador o incumbido de cuidar do resultado justo e equo do processo.

4. O Código de Processo Civil de 2015 não consagrou um modelo cooperativo. O modelo processual civil vigente na ordem jurídica brasileira combina o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. Estão positivadas em seus dispositivos normas que conclamam a cooperação, desde que entendida como fomento do contraditório e imposição de boa-fé. Para além desses ditames, que, aliás, sempre informaram o processo, a cooperação não pode ser exigida do julgador e, em especial, dos litigantes entre si.

5. A cooperação ou colaboração entre partes e juiz não tem aptidão a resolver todos os males da administração da justiça. A sua imposição, desconsiderando o mecanismo de afirmação do ordenamento jurídico e solução de controvérsias no qual se constitui o processo, pode acarretar a excessiva duração do processo e a consagração de injustiça. Contudo,

correspondendo aos imperativos de garantia de maior participação das partes, por meio do exercício do contraditório, e de exigência de conduta leal e proba na busca da tutela jurisdicional em seu favor, pode, sim, contribuir para a construção de uma decisão mais legítima, justa e efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 166, p. 27-70, dezembro de 2008 (RT *on line*).

ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 257, p. 51-76, julho de 2016.

ALBERTO DOS REIS, José. *Proceso ordinario civil e commercial*, v. I. Coimbra: Coimbra, 1907.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. 3. ed. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma de México, 2000.

ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 85-110.

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O case management inglês: um sistema maduro? *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 5, n. 7, p. 287-335, janeiro a junho de 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, p. 7-31, julho de 2006 (RT on line).

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, p. 178-184, novembro de 1993.

ANDOLINA, Italo. *Il tempo e il processo*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 176, p. 259-274, outubro de 2009.

ANDREWS, Neil. *English civil procedure: a synopsis*. *Ritsumeikan University Law Review*. Kyoto: Faculdade de Direito da Universidade Ritsumeikan, n. 25, p. 25-61, 2008.

_____. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Teresa Celina de Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Relações entre a Corte e as partes na era do *case management*. Tradução Fernanda Medina Pantoja e Marcela Kohlbach Faria. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 181-203, março de 2013.

ANSANELLI, Vincenzo. Modulazioni della trattazione nella recente riforma italiana del processo civile: spunti minimi di raffronto comparato. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 213-238, janeiro a junho de 2016 (RT on line).

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. *Das obrigações em geral*, v. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARAÚJO, Justino Magno. Os poderes do juiz no processo civil moderno (visão crítica). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, p. 94-106, outubro a dezembro de 1983 (RT *on line*).

ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603.

ARIETA, Giovanni; SANTIS, Francesco de; Montesano, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 6. ed. Padova: Cedam, 2016.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 45-55, janeiro a março de 1992.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Prova emprestada. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 202, p. 403-415, dezembro de 2011.

ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Existe a chamada "discrecionabilidade judicial". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, abril a junho de 1993, p. 232-234.

_____. Limites à chamada "discrecionabilidade" judicial. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, outubro a dezembro de 1990, p. 157-166.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2014.

ATHAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, 2013.

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*, v. I. 3. ed. Padova: Cedam, 1999.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil*. Salvador: JusPodvum, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Um modelo de epistemologia judiciária: o controle lógico e racional do juízo de fato no processo penal*. Tese de Titularidade. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

BALENA, Giampiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I. 4. ed. Bari: Cacucci, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 8-11, p. 148-158, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, outubro a dezembro de 1996.

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*. Rio de Janeiro: Forense, v. 49, p. 51-68, janeiro a março de 1986.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual*, 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95.

_____. A nova definição de sentença (Lei nº 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 39, p. 78-85, junho 2006.

_____. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. *Temas de direito processual*, 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16-35.

_____. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 118, p. 75-88, novembro a dezembro de 2004 (RT *on line*).

_____. Ações cumuladas. Necessidade de julgamento explícito de todas. *Temas de direito processual*, 2. série. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1988.

_____. As presunções e as provas. *Temas de direito processual*, 1. série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71.

_____. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Temas de direito processual*, 8. Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199-210.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

_____. Correlação entre pedido e sentença. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 26, p. 52-59, janeiro a março 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Cumprimento” e “execução” de sentença: esclarecimentos conceituais. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 42, p. 56-68, setembro de 2006.

_____. Duelo e processo. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 19, n. 23, p. 115-125, janeiro a junho de 2003.

_____. O processo, as partes e a sociedade. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 125, p. 279-288, julho de 2005 (RT *on line*).

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 39-54.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 20, n. 26, p. 197-210, julho a dezembro de 2004.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual*, 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-51.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.

_____. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, p. 114-126, outubro a dezembro de 1994.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. *Temas de direito processual*, 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-142.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 109-135, outubro a dezembro de 1985 (RT *on line*).

BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARLETTA, Antonino. Extra e ultra petizione. *Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

BARONA VILAR, Silvia. Líneas generales y principios configuradores de la LEC. *Revista de Derecho da Universitat de València*. València: Universitat de València. n. 1, novembro de 2002. Disponível em <https://www.uv.es/revdret/archivo/num1/silvia.htm>. Acesso em 9 de dezembro de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 213, 149-162, julho a setembro de 1998.

BATISTA CINTRA, Lia Carolina. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

_____. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Relevância da vontade no processo, interpretação do ato postulatório e pedido “meramente” declaratório. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 239, p. 35-61, janeiro de 2015.

_____. Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 292, p. 83-125, junho de 2019, p. 13 (RT *on line*).

BAUR, Fritz. Da importância da dicção "iura novit curia". Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 169-177, julho a setembro de 1976.

_____. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985.

_____. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 186-199, julho a setembro de 1982.

_____. Transformações do processo civil. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, Vitória: Artes Gráficas, v. 7, p. 57-68, julho a setembro de 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação MARCATO, Antonio Carlos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005

_____. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 358-378.

_____. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 354, p. 187-195, março a abril de 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *Garantismo processual - garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coordenação BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. Coordenação BEDAQUE, José

Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. São Paulo: Revista Tribunais, 2002, p. 13-52.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiro, 2009.

BENANTI, Emanuela. *La motivazione della sentenza civile*. Tese de Doutorado. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2015

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BERTI, Giorgio. Diritti umani - nuovi diritti - trasformazione dello stato di diritto. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 7, p. 29-42, 2003.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I. Escrita em francês por Estevan Dumont e traduzida ao espanhol por C.M.V. Pais: Bossange Frères, 1825.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Diritto processuale civile italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

_____. *Teoria geral das obrigações*. Tradução Francisco Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BIAVATI, Paolo. Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. *1º Colóquio Brasil – Itália de Direito Processual Civil*. Coordenação ZUFELATO,

Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: *JusPodivm*, 2015, p. 205-224.

BONATO, Giovanni. As reformas da execução na Itália. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 6, n. 3, p. 129-158, setembro a dezembro de 2015.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Primeiras impressões sobre a tutela do executado no NCPC. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 283-293.

_____. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto. *Convenções processuais em matéria de prova: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do processo civil democrático*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Metamorfose dos embargos. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 26, n. 85, p. 57-62, maio de 2006.

BRUS, Florence. *Le principe dispositif et le procès civil*. Tese de Doutorado. Pau: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014.

BÜLOW, Oskar Von. *A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Coordenação DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25-60.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesses: sobre a migração entre polos da demanda. *40 anos da Teoria Geral do Processo. Passado, presente e futuro*. Organização ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 43-95.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, §1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, v. 25, p. 366-384, janeiro a abril de 2020.

_____; CAMPOS, Adriana Pereira; MOREIRA, Tainá da Silva. A atuação do juiz nas audiências de conciliação na hipótese de ausência de auxiliar da justiça. *Revista Argumentum*. Marília: Universidade de Marília, v. 21, n. 1, p. 315-337, janeiro a abril de 2020.

_____. Os desafios do juiz no CPC/2015. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. Recife: Justiça Federal de Pernambuco, v. 8, p. 321-342, 2015.

_____. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 208, p. 275-294, junho de 2012.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 3, n. 3, p. 3-35, agosto a dezembro de 2012.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 5, p. 23-51, 1950.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA JUNIOR, José Maria. Qual a interpretação do §2º do art. 357 do CPC? O que significa a delimitação das questões de direito pelas partes no saneamento do processo? *Revista Jurídica Eletrônica. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, n. 1, p. 99-117, dezembro de 2018 a janeiro de 2019.

CANOVA, Augusto Cerino. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. *Commentario del Codice di Procedura Civile*, I. II, t. I. Coordenação ALLORIO, Enrico. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*. Salvador: JusPodivm, v. 1, n. 2, p. 42-57, julho a setembro de 2010.

_____. Modelos e reformas do processo de conhecimento na Europa. Tradução Renata Vierai Maia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 77, p. 367-386, julho a dezembro de 2020.

_____. Rigidity e flessibilità del processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, n. 6, ano LXXI, 2. série, p. 1442-1458, novembro a dezembro de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Aspectos sociais e políticos do processo civil. *Processo, ideologia e sociedade*, v. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 311-377.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y tecnica del proceso. Tradução Aurélio Romo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 12, p. 97-182, outubro a dezembro de 1953.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei nº 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 26, n. 85, p. 13-35, maio de 2006.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2009.

_____. Dei rapporti giuridici processuali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XVII, p. 349-361, 1963.

_____. *Sistema de direito processual civil*, v. I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

_____. *Teoria geral do direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

CARVALHO FILHO, Antônio. Os atos dos sujeitos processuais no CPC/15. *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. V. I. Coordenação SANTANA, Alexandra Ávalo Santana; ANDRADE NETO, José de. Campo Grande: Contemplar, 2015, p. 529-552.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 175-205, abril de 2017.

CATAUDELLA, Antonino. *Fattispecie. Enciclopedia del diritto*, v. XVI, Milano: Giuffré, 1967.

CHASE, Oscar G; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda J; SORABJI, John; STÜRNER, Rolf; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo. *Civil Litigation in Comparative Context*. New York: New York University, 2017.

CHIARLONI, Sergio. Etica, formalismo processuale, abuso del processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 239, p. 105-117, janeiro de 2015.

CHILEKASE, Alegria Rodrigues Jaime. *Reexame das questões de facto em segunda instância*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

_____. *Principios de derecho procesal civil*, t. II. Tradução José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925.

CIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad). Tradução Adolfo Alvarado Velloso. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 27, p. 72-108, 2001.

CIPRIANI, Franco. Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti. *Il Foro Italiano*. Roma: Società Editrice Il Foro Italiano, v. 125, p. 24-29, fevereiro de 2002.

COELHO, Gláucia Mara. *Sistematização da assistência litisconsorcial no processo civil brasileiro: conceituação e qualificação jurídica*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Contraddittorio. *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, v. IV. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1989, p. 1-30.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. CONSOLO, Claudio. *Lezioni sul processo civile*, v. I. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011.

CONSOLO, Claudio. Domanda giudiziale. *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, v. VII. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998, p. 44-110.

_____. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, v. I. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 2015.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Moacyr Lobo da. Efeitos secundários da sentença *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, p. 7-18, outubro a dezembro de 1983 (RT *on line*).

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 190, p. 137-149, abril a junho de 2011.

_____. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Salvador: Juspodivm, 2020.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 277, p. 197–233, março de 2018 (RT *on line*).

_____. O novo Código de Processo Civil e o fortalecimento dos poderes judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 81-116, novembro de 2015.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2009.

_____. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 60, p. 63-77, março 1994.

_____. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 223-233, outubro a dezembro de 1989 (RT *on line*).

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII. Coordenação GOUVÊA José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Contra o processo autoritário. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC - Análise e proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 190, p. 257-269, dezembro de 2010 (RT *on line*).

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, n. 786, p. 57-67, 2001.

_____. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Organização OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 275-290.

_____. Tutela processual do direito do executado (20 anos de vigência do CPC). *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 61, p. 99-120, julho 1994.

CUNHA, José Vieira e. A audiência prévia no Código Revisto – 2013. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 201-212.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Embargos de declaração. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 89-108, abril a junho de 2001 (RT *on line*).

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DEGUCHI, Masahisa. Reform of Civil Procedure Law in Japan. *Ritsumeikan University Law Review*. Kyoto: Faculdade de Direito da Universidade Ritsumeikan, n. 17, março de 2000. Disponível em <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr17/03deguchi.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2021.

DEL CLARO, Roberto. *Direção material do processo*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, p. 37-57, abril a junho de 1986.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 23, p. 217-231, 1968.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Handel Martins. *Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 267, p. 227-272, maio de 2017 (RT *on line*).

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 207-217.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 127, p. 75-79, setembro de 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Causa de pedir e ônus de afirmar. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572-581.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. Institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 71-123.

_____. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Momento de eficácia da sentença constitutiva. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, pp. 949-972.

_____. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299-348.

_____. O regime jurídico das medidas urgentes. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58-13.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 213-244.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351-392.

DOMIT, Otavio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o NCPC e a Lei de Mediação. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao-17082015. Acesso em 24 de setembro de 2020.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FABIANI, Massimo. Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo. *Judicium*. Pisa: Pacini, p. 1-48, 2010. Disponível em <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/95/M.%20Fabiani.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2021.

FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar. Negócios jurídicos processuais unilaterais? *Negócios processuais*, t. II. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 111-136.

FARIA, Paulo Ramos. O instituto da gestão processual: breve comentário ao artigo 6.º do Código de Processo Civil português (excertos). *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 113-124.

FARO, Maria João Sousa. A audiência prévia. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p, 213-232.

FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. Tese de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

FAVERO, Gustavo Henrichs. *Contraditório participativo*. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2019.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDES, Sergio Ricardo de Arruda. A execução provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 411-421.

FERNANDEZ, Elisabeth. Atenuação do princípio dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho, t. XLIX, p. 279-292, julho a dezembro de 2000.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos*, v. I. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas. *Direito processual civil*, v. II. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2019.

FERREIRA, William Santos. A prova pericial no Novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 204-209, maio de 2015.

FERREIRA, William Santos. Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (*case management*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 305, p. 111-137, julho de 2020 (RT *on line*).

_____. Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. *Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro*. Organização JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 539-560.

_____. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*, v. II. Coordenação MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020, p. 711-738.

_____. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 188, p. 9-51, outubro de 2010.

FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. *Um novo processo civil: estudos americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 105-120.

FORNACIARI, Michele. L'abuso dell'abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, v. 72, n. 6, p. 1456-1474, 2017.

FRANÇA GOUVEIA, Mariana. O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, v. II-III, p. 595-617, abril a setembro de 2013.

FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. *O juiz e a contratualização dos litígios*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *Manual de direito processual civil*, v. II. São Paulo: Saraiva, 1974.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 269, p. 421-432, julho de 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

_____. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-154.

_____. SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, v. 82, n. 3, p. 165-187, julho a setembro de 2016.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, v. 3, p. 583-593, setembro a dezembro de 1996.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *Negócios processuais*. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 587-596.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. *Principais controvérsias no novo Código Civil*. Coordenação GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55-72.

GÓES, Gisele Fernandes. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização Humberto Theodoro Junior. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 172, p. 32–53, junho de 2009.

_____. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 91, p. 123-136, julho a setembro de 2015.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, anno LXV (II serie), n. 4, p. 826-848, julho a agosto de 2010.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966.

GRASSO, Eduardo. La regola della corrispondenza, tra il chiesto e il pronunciato e nullità da ultra e da extrapetitione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XX, segunda série, p. 387-429, 1965

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, p. 34-66, abril a junho de 1999 (RT *on line*).

_____. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 14, p. 296-330, junho a dezembro de 2014.

_____. Coações indiretas na execução pecuniária. *Medidas executivas atípicas*. 2. ed. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 395-420.

_____. Embargos de declaração. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 5, n. 7, p. 418-436, janeiro a junho de 2011.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução Ronaldo Luiz Kochem. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-134, abril de 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. Revisitando a teoria geral do processo. *Processo em jornadas*. Coordenação LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29-32.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Solução de conflitos e tutela processual adequada. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 13-30.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. II. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GURVICH, Mark Arkadévich. *Derecho procesal civil soviético*. Tradução Miguel Lubán. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma de México, 1971.

HABSCHEID, Walther Jakob. As bases do direito processual civil (Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977). Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11-12, p. 117-145, julho a dezembro de 1978.

_____. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. Tradução Angela Loaldi. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 3, p. 454-464, 1980.

HILL, Flávia Pereira. A inversão do ônus da prova na CLT e no CDC. *Boletim Científico*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, n. 22-23, p. 31-55, janeiro a junho de 2007.

_____. Comentários à execução das obrigações de fazer e não fazer no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 15, p. 165-194, janeiro a junho de 2015.

_____. O regime da estabilização da tutela antecipada. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Valença: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, p. 131-146, janeiro a junho de 2018.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002.

JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236 e 239.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-135.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KOCHEM, Ronaldo Luiz. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 251, p. 76-111, janeiro de 2016.

KOJIMA, Takeshi. Civil Procedure Reform in Japan, *Michigan Journal of International Law*. Michigan: Michigan Yearbook of International Legal Studies, v. 11, n. 4, p. 1.218-1.234, 1990.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas “do ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951.

LACERDA, Galeno Vellinho de. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

_____. O Código como sistema legal de adequação. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258.

LACERDA, Galeno Vellino de. O Código e o formalismo processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, v. 21, p. 13-20, 1983.

LAURIA TUCCI, Rogério. Julgamento conforme o estado do processo (temas polêmicos). *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 80, p. 34-47, 1985.

LEBRE DE FREITAS, José. *A ação declarativa comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.

_____. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.

_____. Sobre o novo código de processo civil (uma visão de fora). *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, ano 73, v. I, p. 23-61, janeiro a março de 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Código de Processo Civil de 2015 em perspectiva. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Prof. José Rogério Cruz e Tucci*. Coordenação YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Salvador: JusPordivm, 2018, p. 693-711.

_____. Fatos e atos jurídicos. Planos da existência, validade e eficácia, e a questão da *querela nullitatis*. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 199, p. 107-143, 2008.

_____. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença. Tradução Tereza Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 79-81, janeiro a março de 1983 (RT *on line*).

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada material*. Tradução Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e, dos textos posteriores a 1945, Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Embargos do executado*. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 15, p. 551-565, 1960.

_____. *Manual de direito processual civil*, v. I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

_____. *Processo de execução*. Araraquara: Bestbook, 2003.

LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícita no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 43, p. 138-141, julho a setembro de 1986.

_____. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 57-66, julho a setembro de 1980.

_____. O princípio da probidade no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 16, n. 61, p. 189-220, janeiro a março de 1979.

LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 274, dezembro de 2017, p. 79-97.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coordenação NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 873-904.

_____; COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização da prova. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Coordenação MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilher Rizzo. São Paulo: Atlas, 2012, p. 374-388.

_____. Inovações do Código de Processo Civil de 2015 e seus reflexos em matéria recursal. *O Novo Código de Processo Civil*. Organização MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, 2016, p. 307-319, p. 314-315.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 18. ed. Milano: Giuffré, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, v. I. 8. ed. Milano: Giuffré, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MALLET, Estêvão. Embargos de declaração. Coordenação COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany. *Recursos trabalhistas: Estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala*. São Paulo: LTr, 2003, p. 30-54.

MALLET, Estêvão. *Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”*. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 109, p. 389-414, janeiro a dezembro de 2014.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. I, 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. Coordenação MARQUES, Claudia Lima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, n. 57, p. 94-102, abril a junho de 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. *Cooperação e operosidade: a inobservância do dever de cooperação pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. Atualização AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Anderson Cortez. *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. 2. ed. Coordenação CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; CUNHA, Fernando Antonio Maia da; RIGOLIN, Antonio; SANTOS, Silas Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

_____. Comentários REsp 1.566.168. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, p. 195-204, agosto de 2017.

_____. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 16, p. 2-28, julho a dezembro de 2015.

_____; CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, p. 79-97, abril de 2017.

_____. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Luís Correia de. A adequação formal: o fim de um princípio. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, v. I-II, p. 213-240, janeiro a junho de 2021.

_____. O dispositivo: um princípio evanescente. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, v. I-II, p. 441-483, janeiro a junho de 2021.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Tratado de direito civil*, v. VI. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012

MICHELE, Gian Antonio. Teoria geral da prova. Tradução José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 161-168, julho a setembro de 1976 (RT on line).

MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, n. 63, p. 24-29, novembro a dezembro de 2014.

_____. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 194, p. 55-68, abril de 2011.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 206, p. 61-78, abril de 2012.

_____. *Processo justo, colaboração e ônus da prova*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 1, p. 67-77, janeiro a março de 2012.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio de 2010.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Embargos de declaração. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 77, n. 633, p. 11-23, julho de 1988 (RT *on line*).

_____. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, vol. 67, n. 1, p. 114-125, janeiro a março de 2001.

_____. Preclusão. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Organização OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 141-183.

MONTALVÃO MACHADO, Antônio. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. Da interpretação das Leis. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 57, p. 142-151, 1962.

MONTELEONE, Girolamo. Il processo civile alla luce dell'art. III cost.: linee generali di una necessaria e possibile riforma del processo civile. *Scritti sul processo civile*, v. I. Roma: Aracne, 2012, p. 233-246.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1. 7. ed. Padova: Cedam, 2015.

_____. Princìpi e ideologie del processo civile: impressioni di un "revisionista". *Scritti sul processo civile*, v. I. Roma: Aracne, 2012, p. 247-256.

_____. Sulla relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del Codice di Procedura Civile del 1865. Due codici a confronto. *Scritti sul processo civile*, v. I. Roma: Aracne, 2012, p. 222-232.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional*, v. I. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

MONTERO AROCA, Juan; _____; _____; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho jurisdiccional*, v. II. 23. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. *Revista de la Facultad Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 53, p. 583-668, 2000.

MOREIRA, Rui. Os princípios estruturantes do processo civil português e o projeto de uma nova Reforma do Processo Civil. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 59-83.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 125.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Inovações. Alterações. Supressões comentadas*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: o potencial do uso de *nudges* nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa – parte 1. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 323, p. 149-176, janeiro de 2022, p. 14 (RT *on line*).

OLIVA SANTOS, Andrés de la. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil*, v. I. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016.

_____. *Curso de derecho procesal civil*, v. II. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016.

_____. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005.

OLIVIERA ASCENSÃO, José de. *Direito civil: teoria geral*, v. II. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito civil: teoria geral*, v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A “interlocutória faz de conta” e o “recurso ornitorrinco”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 73-96, janeiro 2012.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. O regime especial do agravo de instrumento contra a decisão parcial de mérito. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 264, p. 183-204, fevereiro 2017.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Apontamentos sobre o saneamento e a organização do processo. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 192-197, maio de 2015.

_____. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

_____. *Jurisdição voluntária: perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito da aplicação da discricionariedade judicial*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Introducción al derecho procesal*. 6. ed. Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Tradução Isabel Lifante Vidal. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 14, p. 169-194, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 21. ed. Atualização Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O relatório como elemento essencial da decisão judicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 23, p. 186-212, janeiro a abril de 2022.

PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Tutela Executiva e prescrição. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil – passado, presente e futuro*. Organização ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz. São Paulo: Malheiros, 2013.

PEYRANO, Jorge W.. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 217, p. 205-224, março de 2013.

_____. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 185, p. 107-116, julho de 2010 (RT *on line*).

PEYSNER, John; SENEVIRATNE, Mary. *The management of civil cases: the courts and the post-Woolf landscape*, Nottingham: Department for Constitutional Affairs Nottingham Law School (part of Nottingham Trent University), 2005.

PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Derecho & Sociedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 28, p. 274-280, 2012.

_____. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 153-154, janeiro a abril de 2020.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvosso Gomes. *Efeitos processuais da declaração de inconstitucionalidade*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre as formalidades no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858.

PIMENTA, Paulo. Os temas da prova. *O novo processo civil: contributo da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, caderno 1. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 225-252.

_____. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015.

PINTO, Rui. O processo civil português: diagnóstico e cura. *Revista Julgar*. Coimbra: Coimbra, n. 17, p. 135-149, 2012.

PISSARA, Nuno Andrade. O conhecimento de factos supervenientes relativos ao mérito da causa pelo tribunal de recurso em processo civil. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, ano 72, v. I, p. 287-334, janeiro a março de 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

POTHIER, Robert Joseph, *Tratado das Obrigações*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

PROTO PISANI. Andrea. Condanna (e misure coercitive). *Il Foro Italiano*. Roma: Società Editrice Il Foro Italiano, v. 130, p. 1-5, janeiro de 2007.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Atualização Remo Caponi. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014.

_____. Público e privado no processo civil na Itália. Tradução de Myriam Filippis. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 23-42, 2001.

PRÜTTING. Hanns. Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. Tradução Álvaro J. Pérez-Ragone. *Revista Ius et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, n. 1, p. 453 - 464, 2010.

PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: uma análise crítica do §1º do artigo 489 do CPC. *Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem do Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Organização BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 437-453.

_____. Negócio jurídico processual: use com moderação (no prelo).

_____. O juiz, a aplicação do Direito e o novo CPC. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 131-136, maio de 2015.

_____. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no Novo Código de Processo Civil. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231-251.

_____. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PUOLI, José Carlos Baptista. Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015. *Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues*. Organização AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; DELLORE, Luiz; BUENO, Júlio César; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 361-378.

_____. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei nº 13.256/16. *Processo em jornadas*. Coordenação LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 496-507.

PÉREZ RAGONE, Álvaro J.; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*. Tradução com estudo introdutório ao processo civil alemão contemporâneo, incluindo artigos de Hanns Prütting e Sandra de Falco. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2006.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.

RHEE, Cornelis Hendrik (Remco) van. The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency. *Judicial case management and efficiency in civil litigation*. Organização RHEE, RHEE, Cornelis Hendrik (Remco) van. Antwerpen. Oxford: Intersentia, 2017, p. 11-25.

RICCI, Edoardo Flavio. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode conhecer de ofício. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 495-499.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações*. Tradução Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 2 - continuação). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 151-221, julho de 2015.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução Ernesto Krotoschin. Santiago: Olejnik, 2017.

_____. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenação Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, v. III. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, n. 55, p. 13-28, novembro a dezembro de 1978.

_____. Poder geral de cautela do juiz. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 887-897, outubro de 2011 (RT *on line*).

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 54(2), p. 212-229, 1959.

_____. Prova dos fatos notórios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 776, p. 743-754, junho de 2000 (RT *on line*).

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. II. 22. ed. Atualização Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2002.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: Cedam, 2000.

SCOPEL, Adriano Sayão. Ainda sobre as medidas executivas atípicas: aplicabilidade no cumprimento provisório de sentença para pagamento de quantia certa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 302, p. 139-157, abril de 2020 (RT *on line*).

SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Tradução Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana, 2003.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Livraria dos Advogados, 1968.

_____. Introdução ao direito processual civil alemão. Tradução José Manoel de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 55-61, julho a setembro de 1976 (RT *on line*).

SCHWARZER, William W; HIRSC, Alan. *The elements of case management: a pocket guide for judges*. 2. ed. Washington, DC: Federal Judicial Center, 2006.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 255, p. 435-460, maio de 2016 (RT *on line*).

_____. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 200, p. 13-70, outubro de 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Primeiras impressões sobre a “estabilização da tutela antecipada”. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 115-123, maio de 2015.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *Negócios processuais*. Coordenação CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 563-586.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*, São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

_____. *Responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUSA DINIS, Joaquim José de. Inovações e perspectivas no direito processual civil português. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 81, p. 326-336, março de 2001.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Tradução Andrés de la Oliva Santos. Santiago: Olejnik, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juizes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 28 de maio de 2015.

_____; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 90, p. 339-354, abril a junho de 2015.

_____. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em 28 de maio de 2015.

STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, p. 356-371, março de 2011.

SUGIYAMA, Etsuko, Simplified Civil Procedure in Japan. *Erasmus Law Review*. Rotterdam: Eleven International, v. 8, n. 4, p. 201-209, dezembro de 2015.

TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso do WhatsApp. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 379-402.

TALAMINI, Eduardo. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 134, p. 137-163, abril a junho de 1997.

_____. Poder Geral de adoção de medidas executivas: e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. *Medidas executivas atípicas*. Coordenação TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 27-57.

_____. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, p. 92-114, julho a setembro de 1998.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-pra-chamar.pdf. Acesso em 27 de setembro de 2021.

TANIGUSHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil Japonês de 1996 - um processo para o próximo século? Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 99, p. 50-73, julho a setembro de 2000 (RT *on line*).

TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. Disponível <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *La prueba de los hechos*. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Tradução Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Odilon Romano Neto, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Denise Maria Rodriguez Moraes, Márcio Carvalho Faria e Guilherme Luis Quaresma Batista Santos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-431, janeiro a junho de 2013.

_____. Precedente e jurisprudência. Tradução Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, julho a dezembro de 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Acesso em 8 de junho de 2020.

_____. Poderes probatorios de las partes y del juez en europa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. Tradução Clayton Maranhão. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, n. 65, p. 73-91, novembro de 1995.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, ano 55, v. II, p. 353-415, julho a setembro de 1995.

_____. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 174-184, abril a junho de 1997.

TEREBILOV, V.; POUTCHINSKI, V. K.; TADEVOSIAN V. *Princípios de processo civil da U.R.S.S. e das Repúblicas Federadas*. Tradução Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1978.

TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 107, p. 18-23, julho a setembro de 2002.

TESSARI, Cláudio. Os poderes do juiz de adaptação de procedimentos processuais no âmbito do CPC/15 como uma forma de preservar os direitos fundamentais das partes, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 278, p. 55-70, abril de 2018 (RT *on line*).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Abuso dos direitos processuais*. Coordenação BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.

_____. *Curso de direito processual civil*, v. III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 (ebook).

_____. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 102, p. 62-74, 2011.

_____. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 173-191, julho a setembro de 1981.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. legitimação processual das associações no direito brasileiro*. Disponível em <https://www.rkladvocacia.com/tutela-coletiva-dos-direitos-individuais-homogeneos-legitimacao-processual-das-associacoes-no-direito-brasileiro/>. Acesso em 21 de dezembro de 2021.

_____. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 168, p. 107-141, fevereiro de 2009.

TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 289, p. 167-188, março de 2019 (RT *on line*).

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177, p. 94-152, novembro de 2009.

VERDE, Giuseppe. *Profilli del processo civile*, v. I. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008.

_____. *Profilli del processo civile*, v. II. 4. ed. Napoli: Jovene, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Brasília: *Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 2, out. 2006, p. 101-107.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Cultura de sentença e cultura de pacificação. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Organização YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, MAURÍCIO Zanóide. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*. Organização LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 73-79.

_____. Brevíssimas reflexões sobre o sistema recursal no novo Código de Processo Civil. *Cadernos Jurídicos*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, v. 16, p. 27-31, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 126, p. 89-94, maio de 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 205, p. 116-159, março de 2012.

_____. *Processo (in)civil e (in)segurança jurídica*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

ZIEBARTH, Marco Antonio Batista de Moura. *Os poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

ZUFFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.