



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Nathália Cavalcante Fernandes

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO À
LUZ DA BOA-FÉ PROCESSUAL**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, área: Ciências Jurídico-Civilísticas,
menção Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel Andrade
de Mesquita e apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito.

Julho de 2019



Nathália Cavalcante Fernandes

**A Flexibilização do Princípio do Dispositivo à luz da Boa-Fé
Processual**
**Flexibilization of the Dispositive Principle in the light of the
Procedural Good Faith.**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Civilísticas/Menção Processo Civil.

Orientador: Professor Doutor Luís Miguel Andrade
Mesquita.

COIMBRA
2019

Aos meus pais, por me permitirem voar.

AGRADECIMENTOS

Ao meus pais, Augusto e Fátima e irmã Nayara, agradeço por tanto com todo meu amor.

Ao Tiago, meu grande amor, pela generosidade e paciência todos os dias ao longo dessa jornada, a tua boa-fé e lealdade me inspiram a acreditar em um mundo melhor.

Ao meu sobrinho Nicolas, luz da minha vida e fonte inesgotável de amor.

A minha melhor amiga Melina, sempre ao meu lado desafiando fusos e distâncias.

Aos amigos de uma vida inteira por compreenderem as minhas ausências e aos amigos que Coimbra me deu pelas incríveis trocas de ideais e especialmente, de afeto.

Aos meus refúgios acadêmicos, Biblioteca Municipal de Coimbra, Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a Sala de Mestrados e Sala de Revistas da Universidade de Coimbra, especialmente, as senhoras Gabriela, Fátima, Paula e Ana.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará pela oportunidade de aprimorar os meus conhecimentos em busca de novos instrumentos de concretização da Justiça.

À Dra. Luzia do Socorro, Juíza de direito, pelo apoio incondicional à realização desse sonho acadêmico, minha gratidão, carinho e respeito profundos.

Ao meu orientador Professor Doutor Miguel Mesquita, pelas valiosas lições nas sessões de mestrado que inspiram minha busca incessante pelo conhecimento e por um processo mais justo.

À Coimbra, meu primeiro lar, estarás sempre em meu coração.

FERNANDES, Nathália Cavalcante. A Flexibilização do princípio do dispositivo à luz da boa-fé. 110 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de discutir a flexibilização do princípio do dispositivo à luz da boa-fé processual. A concepção publicista de processo e o modelo cooperativo que se desenvolveram a partir do fenômeno da constitucionalização dos direitos na segunda metade do século XX, acentuaram o aspecto ético do processo, atribuindo a todos aqueles que dele participam deveres de atuação conforme a boa-fé objetiva. O formalismo valorativo rompeu com o formalismo exacerbado de outrora pautando-se na valorização do diálogo entre os sujeitos processuais, inaugurando o processo cooperativo em que as partes e o juiz formam uma verdadeira comunidade de trabalho com vistas a obtenção da justa composição do litígio em prazo razoável. Com isso, a rigidez do princípio do pedido na vertente da congruência entre os fatos alegados e a sentença precisa ser repensada, uma vez que, o sistema de preclusão rígida, a herança da concepção privatista de processo, não se coaduna com o processo civil moderno de modelo cooperativo. Com apoio da doutrina estrangeira, notadamente, alemã e italiana, esse trabalho busca analisar o desenvolvimento do dever de verdade e as válvulas de segurança existentes no direito comparado para propor possíveis soluções que possibilitem a flexibilização do princípio do pedido. O incremento dos poderes do juiz nos aspectos formal e material no âmbito do direito português se mostra como um passo importante na flexibilização aqui proposta. O juiz exerce um papel fundamental, inclusive como sujeito ativo do contraditório, no controle preventivo e repressivo da atuação das partes e seus procuradores em conformidade com a boa-fé. A partir dessas premissas, à luz do princípio da boa-fé e dos instrumentos de sanção, como as multas e indenizações impostas à parte que litiga de má fé, previstos nos ordenamentos brasileiro e português, apresenta-se uma proposta de aproveitamento dos fatos tardios, especialmente, quando de boa-fé em consonância com o critério da utilidade para a causa derivado do direito alemão.

Palavras-chave: 1. publicismo; 2. boa-fé processual; 3. processo cooperativo; 4. princípio do dispositivo; 5. fatos tardios.

ABSTRACT

The scope of the present work is to discuss the flexibilization of the dispositive principle in the light of procedural good faith. The publicist conception of the process and the cooperative model that developed from the phenomenon of the constitutionalization of rights in the second half of the twentieth century, accentuated the ethical aspect of the process, attributing to all those who participate in it duties of performance in accordance with objective good faith. The value formalism has broken with the exaggerated formalism of the past based on the valorization of the dialogue between the procedural subjects, inaugurating the cooperative process in which the parties and the judge form a true work community with a view to obtaining the fair composition of the litigation in term reasonable. Thus, the rigidity of the principle of order in the congruency between the alleged facts and the sentence needs to be rethought, since the rigid preclusion system, the inheritance of the privatist process conception, does not fit the modern civil process of cooperative model. With the support of the foreign doctrine, notably German and Italian, this work seeks to analyze the development of the duty of truth and the safety valves in comparative law to propose possible solutions that make the principle of request more flexible. The increase of the powers of the judge in the formal and material aspects of Portuguese law is shown as an important step in the flexibilization proposed here. The judge plays a fundamental role, including as an active subject of the adversary, in the preventive and repressive control of the performance of the parties and their attorneys in accordance with good faith. Based on these premises, in light of the principle of good faith and sanction instruments, such as fines and indemnities imposed on the party litigating in bad faith, provided for in the Brazilian and Portuguese laws, a proposal is made to take advantage of the late facts, especially when in good faith in accordance with the criterion of utility for the cause derived from German law.

Keywords: 1. publicism; 2. procedural good faith; 3. cooperative process; 4. dispositive principle; 5. belated facts.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

Art. – artigo.

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)

CRP – Constituição da República Portuguesa

Cf. – a conferir

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPCBr – Código de Processo Civil brasileiro

CPCI – Código de Processo Civil Italiano

CPCP – Código de Processo Civil português

CPR – *Civil Procedure Rules*

CPO – *Civilprozessordnung* alemã

DGPJ – Direção Geral de Política Judiciária

Id. – idem.

Ibid. – ibidem.

LEC – *Ley de Enjuiciamiento Civil*

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TRP – Tribunal da Relação do Porto.

ZPO – *Zivilprozessordnung* (Código de Processo Civil)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - AS ORIGENS DA BOA-FÉ PROCESSUAL.....	11
1.1 - DO LIBERALISMO PROCESSUAL AO MODELO SOCIAL DE FRANZ KLEIN.....	11
1.2 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E O FORMALISMO VALORATIVO	16
1.2.1 -O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA BOA-FÉ	20
1.3 - A BOA-FÉ PROCESSUAL COMO HERANÇA DE UM ESTADO AUTORITÁRIO?.....	22
CAPÍTULO 2 - A BOA-FÉ PROCESSUAL E O MODELO COOPERATIVO	25
2.1 - A BOA-FÉ COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO.....	25
2.2 - NOTAS SOBRE A BOA-FÉ PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO..	30
2.2.1 -O DEVER DE VERDADE - §138 DA ZPO ALEMÃ.....	30
2.2.2 -O DEVER DE LEALDADE E PROIBIDADE - O ARTIGO 88 DO CÓDIGO ITALIANO.....	32
2.3 - A LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ NO DIREITO LUSO BRASILEIRO	37
2.3.1 -SISTEMA PORTUGUÊS	37
2.3.2 -SISTEMA BRASILEIRO	40
2.4 - O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO.....	44
2.4.1 -OS DEVERES DE COOPERAÇÃO DAS PARTES E DO JUIZ.....	48
CAPÍTULO 3 - AS RELAÇÕES ENTRE O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E A BOA-FÉ.....	55
3.1 - O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E O PRINCÍPIO DO PEDIDO	55
3.2 - O ARTIGO 5º DO CÓDIGO DE PROCESSO PORTUGUÊS E A PRECLUSÃO RÍGIDA NA ALEGAÇÃO DOS FATOS.....	59
3.2.1 -A CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS NO CÓDIGO PORTUGUÊS	59
3.2.2 -A ESTABILIZAÇÃO DA INSTÂNCIA E O REGIME DE ALTERAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR.....	65
3.3 - A ESTABILIDADE DA DECISÃO DE SANEAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.....	69

3.3.1 -A FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO	69
3.3.2 -A DECISÃO DE SANEAMENTO E A RIGIDEZ DA PRECLUSÃO.....	71
CAPÍTULO 4 - ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO POR FATOS TARDIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	78
4.1 - O PAPEL DO JUIZ NA FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PEDIDO	78
4.2 - AS VÁLVULAS DE SEGURANÇA NO DIREITO COMPARADO	83
4.3 - O APROVEITAMENTO DOS FATOS TARDIOS: UMA PROPOSTA.....	87
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS.....	98
JURISPRUDÊNCIA.....	109

INTRODUÇÃO

Propõe-se com esse trabalho repensar a rigidez do princípio do pedido na vertente da congruência entre o pedido e a sentença à luz da boa-fé processual.

O princípio dispositivo e o princípio do pedido oriundos da concepção privatista devem ser interpretados em consonância com os princípios constitucionais de modo a garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

A partir do modelo publicista, em que a tutela do interesse público predomina sobre o interesse das partes, o diálogo do juiz com as partes e seus procuradores nos leva ao processo cooperativo fundado no formalismo valorativo que acentua o aspecto ético do processo civil.

O processo no Estado Democrático de Direito voltado à justa composição do litígio não mais se coaduna com a ideia de “coisa das partes” e de mera disponibilidade dos direitos privados, uma vez que, não alcançaremos o processo justo e efetivo por intermédio de um juiz árbitro sem poderes de direção formal e material.

O comportamento processual desencadeia a necessidade do exercício da função jurisdicional da melhor maneira possível e a natureza disponível do processo deve ser conjugada com as garantias processuais, sem que isso signifique necessariamente, um traço de autoritarismo.

Às partes são impostos deveres que o interesse público reclama, como o dever de verdade, probidade e cooperação no processo e, ao lado desses deveres, estão os poderes deveres a que se submete o juiz e todos aqueles que participam de alguma forma do processo.

A análise comparativa das sanções a litigância de má fé no direito luso brasileiro demonstra que atualmente existem instrumentos hábeis capazes de sancionar o descumprimento dos deveres impostos as partes, assim como, meios de controle da atividade do juiz de forma a evitar a quebra da imparcialidade.

No processo cooperativo orientado pela boa-fé ainda cabe um sistema rígido de preclusão que se sobrepõe à justa composição do litígio? O regime da preclusão rígida na alteração do pedido e da causa de pedir ainda é o mais adequado?

A regra rígida de preclusão prejudica a descoberta da verdade material, sendo necessário estabelecer válvulas de segurança que contemplem situações processuais que não ficam imunes ao tempo.

Os sistemas alemão e italiano exerceram forte influência nos ordenamentos processuais civis português e brasileiro, pelo que, se mostra imperativo analisar o desenvolvimento do dever de verdade (§138, I da ZPO alemã) e o dever de lealdade e probidade (artigo 88 de Código de Processo Civil Italiano).

Além disso, a análise das válvulas de segurança à nível direito comparado que preveem o aproveitamento dos fatos tardios por ato inculcado da parte, desde que haja utilidade para a causa e garanta a economia processual, subsidiam a construção de caminhos possíveis para romper com a rigidez da preclusão.

Inúmeras são as razões para que a alteração da causa de pedir ou do pedido ocorra após a fase de estabilização da instância e não admitir o aproveitamento desses fatos tardios que surgem no processo se coaduna com a busca pela justiça material? E quando esses fatos não foram alegados no momento oportuno estando a parte de boa-fé? E se a parte de má fé introduzir um novo fato tardio com potencialidade de alterar a causa de pedir? A que sanções estaria submetida? Os fatos devem ser aproveitados independentemente da boa-fé da parte?

Com esses questionamentos, abordaremos os entraves à flexibilização da preclusão quanto ao regime de alegação dos fatos e as possíveis soluções a admissão da alteração da causa de pedir ou do pedido após a fase de estabilização da instância, em uma perspectiva publicista e cooperativa de processo orientada pelo princípio da boa-fé processual.

CAPÍTULO 1 - AS ORIGENS DA BOA-FÉ PROCESSUAL

1.1 - DO LIBERALISMO PROCESSUAL AO MODELO SOCIAL DE FRANZ KLEIN

Para a compreensão da boa-fé nos moldes que a vemos hoje estruturada, como norma fundamental do processo, necessário percorrer, ainda que brevemente, os caminhos da formação do pensamento jurídico e do Estado em consonância com a evolução da ciência processual civil.

No cenário da França pós revolução, a ascensão do Estado Liberal centrado no individualismo e no princípio da legalidade em sentido estrito, inaugurou um período marcado por um movimento codificador intenso liderado pela Escola da Exegese e pelas premissas do positivismo jurídico clássico.

O positivismo jurídico derivado do positivismo filosófico adota como premissas a identificação plena do direito com a lei, a completude do ordenamento jurídico e o não reconhecimento dos princípios como normas, razão pela qual surge a dificuldade para explicar os conceitos jurídicos indeterminados e o formalismo jurídico.¹

Não à toa, o Código napoleônico de 1806, um verdadeiro monumento legislativo, pensado para ser o mais completo possível, reduzia o trabalho do exegeta a literalidade da lei de caráter geral e abstrato.²

Assim, o procedimento como forma racional do exercício dos poderes públicos é consolidado na legislação napoleônica e os institutos processuais e o processo são colocados no mesmo plano dos institutos de direito material caracterizando a fase praxista ou sincrética do processo civil.

Ao Poder Judiciário incumbia a função de “*dizer o direito*” por intermédio da mera aplicação das normas em uma perspectiva estatal reativa, em que os indivíduos, pelo menos ideologicamente, são entendidos como soberanos a gestão de seus interesses.³

Assim, apesar da proclamação formal dos princípios democráticos, a despeito da proteção das liberdades individuais dos cidadãos, os códigos atendiam aos interesses da

¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 101.

² Id. *ibid.*, p.106.

³ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 73-77.

burguesia sob o argumento da manutenção do *status quo* pós revolucionário em rejeição ao Antigo Regime.⁴

O processo de concepção privatista tem como marcas fundamentais o fortalecimento do princípio do dispositivo e a plena disponibilidade das partes, como verdadeiros descendentes jurídicos do liberalismo político então vigente.⁵

No liberalismo processual o processo é comparado a um *jogo*⁶, desprovido de conteúdo ético e moral, cabendo ao juiz a passividade de um árbitro, a fim de garantir a tutela dos interesses privados.

O processo como *Sache der Parteien* não se preocupava com a verdade material, tampouco com a justa composição do litígio, demonstrando um “amesquinamento da função jurisdicional”.⁷

É certo, que na vigência do Estado Liberal e consequentemente, do modelo privatista de processo do século XIX, o princípio dispositivo clássico viveu seu esplendor. No processo de pleno domínio das partes voltado à tutela dos interesses e direitos patrimoniais não exista qualquer espaço para o reconhecimento da boa-fé como princípio do processo civil.

Em 1868, Oskar von Bülow autonomizou por meio das exceções dilatórias a relação triangular de natureza pública existente entre o juiz e as partes, marcando o nascimento do processo civil como ciência autônoma⁸ dotada de métodos e objeto próprios.⁹

Na fase autonomista ou conceitualista, as principais preocupações dos processualistas no quadro da recém-nascida ciência processual, cingiam-se à sistematização técnico-jurídica do processo civil com certo desprezo pelo direito material e pela existência de obstáculos sociais que dificultavam ou mesmo anulavam a participação efetiva dos cidadãos no processo.¹⁰

⁴ OSNA, Gustavo. *Processo Civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 25-27.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18.

⁶ CALAMANDREI, Piero. *Il Processo come un gioco*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 1, v. 5, 1950, p. 27.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade*. Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

⁸ MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Volume I. rev. act. Lisboa: AAFDL, 1992 (reimpressão), p. 05.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Teoria Geral do Novo Processo civil*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 18.

¹⁰ Id., Op. cit., 2008, p. 18.

Seguiram-se no início do século XX, os esforços da doutrina, notadamente na Alemanha, para autonomizar o direito processual do direito material.

Em 1925, Goldschmidt afirma que o processo corresponde a situação jurídica e que o comportamento processual é isento de moralidade.¹¹ Para ADOLF WACH: “[...] a determinação da verdade não é o objetivo do processo civil, nem poderia sê-lo. Isso será um resultado desejável, mas não garantido.”¹²

Por essa razão, apesar da consagração do *Treu und Glauben* do direito civil alemão desde 1900 (§242 do BGB) e a sua larga aplicação às relações de direito privado, no âmbito do processo civil o desenvolvimento do princípio da boa-fé não se apresentava como campo fértil.

Com o desenvolvimento da sociedade industrial, os reflexos sociais negativos do ideário individualista¹³ e a desnaturação dos princípios democráticos proclamados na Revolução Francesa, a concepção privatista de processo, produto do Estado Liberal, começou a dar sinais de esgotamento no final do século XIX.

A partir da doutrina do socialismo jurídico elaborada por Anton Menger e desenvolvida por Franz Klein, o processo assumiu uma função social correspondente a promoção social das classes mais pobres com o objetivo de realizar a igualdade substancial.¹⁴

Na ZPO austríaca de 1895 elaborada por Klein, o processo é encarado como um fenômeno social de massa e estruturado a partir de duas premissas. A primeira funda-se na convicção de que a controvérsia não é o único escopo do processo civil, que deve funcionar como uma instituição de bem estar social (*ein Mittel Wohlfahrtsförderung*) e a segunda, a

¹¹ HESS, Burkhard. *Abuse of Procedure in Germany and Austria*. In *Abuse of procedural rights: Comparative standards of procedural fairness/coord.* Michele Taruffo. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 155. A Professora Doutora Paula Costa e Silva interpreta a concepção de Goldschmidt em sentido distinto, ao afirmar que: “para o autor numa perspectiva processual/procedimental os atos são ausentes de juízo moral, o que demonstra que o autor não pretende tomar qualquer posição quanto ao problema dos parâmetros ético-jurídicos do comportamento das partes”. SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 319.

¹² WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr*. 2. Auflage. Bonn, 1896 apud CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência, à luz do código de 2004*. 2ª ed. aum. e act. Coimbra: Almedina, 2016, p. 80.

¹³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 79.

¹⁴ CARRATA, Antonio. *La “funzione sociale” del processo civile, fra XX e XXI secolo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, v. 71, 2017, p. 581.

perspectiva econômica da atividade jurisdicional com a valoração de custo benefício, o processo passou a ser visto como um “mal” (*sozial Übel*).¹⁵

Para efetivação do processo como instituição de previdência, o juiz passou a exercer protagonismo assumindo o papel de engenheiro social para garantir o acesso dos mais pobres à justiça, a fim de assegurar a ordem e a rapidez do procedimento.¹⁶ A afirmação de uma dimensão ética ao processo rompeu com a ideia predominante durante o Liberalismo de que no processo todos os meios são permitidos para alcançar a vitória.

Franz Klein ao elaborar o modelo de processo social deu uma nova roupagem ao dever de verdade e o colocou de volta ao centro do processo.¹⁷ É incontestável a sua posição de vanguarda e a sua influência nos ordenamentos jurídicos processuais dos países europeus-ocidentais, principalmente na Alemanha¹⁸ e mesmo no direito brasileiro que recebeu os influxos do pensamento do doutrinador austríaco por intermédio da Escola do Recife.¹⁹

As reformas operadas na *Zivilprozessordnung* alemã de 1877 - de origem predominantemente liberal - em 1909, 1924 e 1933, absorveram os ideais do movimento socializador.

Na Itália, com o fim da primeira guerra e a superação do método exegetico, a doutrina de Chiovenda deu novo conteúdo a jurisdição realçando a faceta publicista do processo, o que se constata no anteprojeto de Código de Processo Civil elaborado pelo italiano em 1919,

¹⁵ CARRATA, Antonio. *La “funzione sociale” del processo civile, fra XX e XXI secolo*, p. 588.

¹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, 2008, pp. 85-86.

¹⁷ No original: “Auch die Wahrheitspflicht hat KLEINS soziale Prozessauffassung zu neuem Leben erweckt. Die Pflicht war für die Prozessordnungen des aufgeklärten Absolutismus eine Selbstverständlichkeit gewesen. In der liberalen Epoche war sie aber dann vom Gedanken des geregelten Prozesskriegs, in dem alle Mittel erlaubt sind, verdrängt worden. Klein rückte die Wahrheit nun wieder in das Zentrum des Prozesses.” WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: zur theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied. Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 56.

¹⁸ CARRATA, Antonio. Op. Cit., 2017, p. 591.

¹⁹ Na vigência da Constituição de 1891 que estabeleceu a dualidade processual, atribuindo aos Estado membros a competência para legislar sobre direito processual, o Código de Processo Civil do Estado da Bahia de lavra de Eduardo Espínola recebeu influência direta, conforme lição do professor Barbosa Moreira: “talvez a mais notável, do ponto de vista que interessa aqui – foi o Código do Estado da Bahia, de 1915, de cujo projeto se incumbiu Eduardo Espínola, bom conhecedor das legislações e da doutrina de língua alemã, nomeadamente, os textos das Ordenações do Império Alemão, de 1877, da Áustria, de 1895, e da Hungria, 1911, bem como da literatura surgida durante os primeiros anos de vigência dessas leis. A influência de tais elementos é nítida em determinadas partes do Código baiano, predominando às vezes a do modelo alemão propriamente dito, noutros casos a de alguma das outras duas codificações.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, 1991, Lisboa, p. 33.

guiado pelas mesmas linhas orientadoras da ZPO austríaca como a oralidade, imediatidade e concentração dos atos processuais com certa acentuação do aspecto ético do processo.²⁰

Não obstante a influência da doutrina de Klein, ao se referir a natureza pública do processo a escola chiovendiana:

[...] ainda que preocupada com a investigação das raízes históricas dos institutos processuais, bem como com uma maior problematização da dogmática processual civil, jamais chegou a questionar por exemplo, o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário e a efetividade dos procedimentos para atender aos direitos das classes desprivilegiadas e apesar de ter contribuído para desenvolver a natureza publicista de processo, manteve-se fiel ao positivismo clássico.²¹

Digno de nota que o modelo social de Franz Klein não se confunde com o processo inquisitório adotado nas repúblicas socialistas.

Na estrutura soviética, por se tratar de um Estado Ativo em que os indivíduos deviam verdadeira devoção ao Estado,²² o modelo processual tem como características principais o exercício de uma função educativa pelo juiz, o reforço do princípio inquisitório atribuindo ao juiz poderes de decisão inclusive *extra petita*, e a ampliação dos poderes de intervenção dos órgãos públicos, notadamente, do Ministério Público.²³

Por fim, o processo soviético não se preocupava com a economia processual e sim, com a criação da figura do juiz partidário e forte, seguidor incondicional da política geral do governo.²⁴

Dito isto, a partir da segunda metade do século XX, no ambiente pós-guerra e com o declínio do Estado Liberal, a doutrina se debruçou sobre as teorias socializantes e a boa-fé passou a ganhar relevância no terreno processual civil, partindo agora de outro paradigma: a Constituição.

²⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed. Bolonha: Il Mulino, 1998, pp. 42-43.

²¹ “A escola chiovendiana, apesar de ter contribuído para desenvolver a natureza publicista de processo, manteve-se fiel ao positivismo clássico.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. 3ª ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

²² DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*, 1986, pp. 80-84.

²³ “Nos Estados socialistas não é o indivíduo, enquanto tal (diversamente do que ocorre nos Estados Liberais) que é o sujeito do processo, mas sim, o particular, enquanto membro da sociedade, de uma classe.” HABSCHEID, Walter. *As bases do direito processual civil*. Revista de Processo, ano 3, n. 11/12, julho-dezembro 1978, pp. 118-119.

²⁴ GALENO LACERDA afirmava que: “A verdade é que o juiz forte é juiz livre, o que se torna incompatível, em tese, com o sistema ditatorial.” LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 53.

1.2 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E O FORMALISMO VALORATIVO

Não há como analisar a boa-fé processual como princípio fundamental do processo civil sem compreender as relações existentes entre processo e Constituição.

Os primeiros modelos de constitucionalismo democrático e social contemporâneo manifestaram-se nas Constituição Mexicana (1917) e Constituições de Weimar (1919) no primeiro pós-guerra no auge da crise do Estado Liberal, consolidando os direitos de 2ª geração.²⁵

No segundo pós-guerra, é reconhecida a força normativa da Constituição que deixa de ser uma mera Carta Política, subjugada a lei e aos Códigos, para ocupar a centralidade da ordem jurídica²⁶ compreendida como um sistema aberto de normas e princípios, superando o legalismo característico da concepção liberal de Estado.²⁷

Como consequência, o positivismo jurídico dominante na segunda metade do século XIX a primeira metade do século XX cedeu espaço ao neopositivismo que buscou desconstruir aquelas estruturas do pensamento jurídico de outrora.²⁸

Na segunda metade do século XX se desenvolveu o fenômeno de constitucionalização do Direito, que nos dizeres de CANOTILHO significou:

[...] à incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). (...) Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’.²⁹

²⁵ OSNA, Gustavo. *Processo Civil, cultura e proporcionalidade*, 2017, pp. 27-29.

²⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 674.

²⁷ Id., 2016, p. 107.

²⁸ Id. *ibid.*, p. 100.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378.

O processo civil foi o primeiro ramo do direito a ser atingido pelo fenômeno da constitucionalização, notadamente por sua natureza instrumental em relação ao direito material.³⁰

Para o italiano NICOLÒ TROCKER em célebre obra sobre as relações entre Processo e Constituição, a constitucionalização do processo implica necessariamente na coordenação de duas exigências de fundo: “quelle della correttezza formale” (precisão formal) e “quella della giustizia sostanziale” (justiça material).³¹

O juiz deixa de ser somente a «*boca della legge*» e se torna um catalisador de novas exigências sociais de caráter metajurídico, enquanto expressão do sistema de valores consagrado na Constituição.³²

A constitucionalização ressalta o aspecto publicístico³³ do processo e busca assegurar por meio dos textos constitucionais e dos tratados e convenções internacionais, um conjunto mínimo de garantias que devem orientar todos os ordenamentos processuais.³⁴

Como exemplos de direitos e garantias processuais erigidos à nível constitucional, o redimensionamento do contraditório para além do direito à bilateralidade da audiência e sim, como direito de influência (*rechtliches Gehör*), a proibição da prolação de decisões surpresa (*Überraschungsentscheidungen*) e o princípio da igualdade substancial traduzido na igualdade de oportunidades (*Waffengleichheit*).

A perspectiva constitucional do processo “veio contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social.”³⁵

Aquele pensamento preponderante na fase autonomista de um processo como mero instrumento do direito material, sem a consciência dos seus escopos metajurídicos e de suas responsabilidades perante a sociedade, foi suplantando pela fase instrumentalista ou teleológica.

³⁰ CORDEIRO, António Menezes *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 375.

³¹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, p. 678.

³² “[...] *ma catalizzatori di nuoue esigenze sociali ancora metagiuridiche, ma non per questo non appartenenti all’ordinamento in quanto espressione del sistema valoriale consacrato nella Costituzione.*” GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzoni*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 20

³³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, 2006, p. 669.

³⁴ Id., 2016, p. 119.

³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, n. 137, v. 31, julho 2006, p. 15.

Nesse contexto, os processualistas buscavam efetivar os direitos processuais constitucionais, tais como, a igualdade substancial, a efetividade da tutela jurisdicional e o acesso à justiça.³⁴

O Projeto Florença de acesso à justiça, elaborado por Cappelletti e Denti identificou a necessidade de um método que privilegiasse a importância dos resultados da experiência processual na vida dos jurisdicionados, o que abriu caminho para o estabelecimento dos escopos políticos, jurídicos e sociais do processo.³⁵

O formalismo exacerbado se mostrava inconciliável com as finalidades do processo moderno e passou a ser compreendido e aplicado não como fator preponderante para a garantia do devido processo legal, mas também para a efetiva realização do direito material por meio do processo com o emprego de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade.³⁶

O Estado Constitucional fundado na solidariedade e nas garantias e direitos fundamentais do cidadão impõe ao Direito um conteúdo ético mínimo³⁷ e o processo passa a ser visto para além da instrumentalidade, assumindo uma perspectiva constitucional-social, como autêntico veículo democrático e político.³⁸

Assim, a quarta fase metodológica do processo civil chamada de formalismo valorativo ou neoprocessualismo se apresenta como um aprimoramento das relações entre processo e Constituição, de forma a garantir a efetivação dos direitos fundamentais.³⁹

O formalismo valorativo prega a revisão de conceitos e institutos processuais clássicos e se caracteriza pela inserção do direito processual na perspectiva constitucional e publicista a partir da aplicação dos princípios constitucionais processuais, independente de previsão legal, com o incremento dos poderes de direção do juiz.⁴⁰

³⁶ O professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira chama de “formalismo excessivo, pernicioso ou negativo” e o considera algoz da justiça material. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, 2006, p. 19.

³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 49.

³⁸ Para Dinamarco, a fase atual continua sendo a instrumental. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Teoria Geral do Novo Processo civil*, 2017, p. 17.

³⁹ FARIA, Márcio Carvalho. *A Lealdade Processual na Prestação Jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. Coleção Liebman. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 50-51.

⁴⁰ Adotaremos nesse trabalho a nomenclatura *formalismo valorativo* dada pelo professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Eduardo Cambi considera essa denominação equívoca e prefere chamar de neoprocessualismo. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, 2016, p. 143.

O reforço dos aspectos éticos do processo impõe às partes e ao Juízo uma cooperação mútua, informada pela boa-fé como um aspecto marcante e decorrente do próprio Estado Democrático de Direito.⁴¹

Como acentua OSNA:

Com especial importância, emerge nesse período a defesa doutrinária de que, em um Estado Democrático de Direito, caberia ao direito processual civil dedicar maiores tintas para a concretização dessa “ideia” de democracia. E o caminho usualmente indicado para esse fim é da recomposição das suas posições, - em um sentido mais *paritário*: se até então vigorava um modelo pautado essencialmente na centralização dos poderes nas mãos do juiz, afirma-se que seria recomendável realocar esse aspecto de maneira *simétrica*.⁴²

O princípio fundamental do processo justo se apresenta com uma estrutura dialética que estabelece entre os sujeitos processuais um intuito colaborativo para se chegar a uma decisão justa, coerente com o sistema constitucional de promoção e proteção dos direitos e garantias fundamentais.⁴³

A Constituição Italiana de 1947 consagra o processo *equo e giusto* no artigo 111, a Constituição Espanhola de 1978 no artigo 24 e a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (*Grundgesetz*) no artigo 103, além da Convenção Europeia dos Direitos do Homem prever o direito ao processo equitativo no artigo 6º e a Declaração Universal dos Direitos do Homem nos artigos 8º, 9º e 10º.

No Brasil, a Constituição de 1988 estabeleceu no rol do artigo 5º os princípios e garantias fundamentais.

A Constituição Portuguesa de 1976 no artigo 20 prevê o direito à tutela jurisdicional efetiva, e após a Revisão Constitucional de 1997, incluiu o direito ao processo equitativo, cujo significado básico “é o da *conformação* do processo de forma materialmente adequada a uma tutela jurisdicional efetiva.”⁴⁴

Assim, não se pode dizer que o processo seja “justo” apenas em termos objetivos, funcionais ou estruturais, mas também em sentido subjetivo e comportamental, se e na

⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, 2006, p. 27.

⁴² OSNA, Gustavo. *Processo Civil, cultura e proporcionalidade*, 2017, p. 33.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, 2017, pp. 497-498.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. rev. Vol. 1: Artigos 1º a 107º. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 415.

medida em que os sujeitos processuais estão cientes dos princípios éticos e deontológicos que permeiam os seus deveres de conduta no processo, cuja possível violação é suscetível de controle e de aplicação de sanções.⁴⁵

1.2.1 - O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA BOA-FÉ

A doutrina busca o fundamento constitucional da boa-fé processual em vários outros princípios fundamentais constitucionais.

Para o professor doutor MENEZES CORDEIRO, à nível processual o equilíbrio de posições processuais de todos os sujeitos do processo decorre do princípio da igualdade previsto no artigo 4º do CPC português que o estabelece como fundamento da aplicação de cominações e sanções processuais.⁴⁶

Na doutrina brasileira, PASSO CABRAL entende que a boa-fé é um princípio decorrente da cláusula geral constitucional do contraditório que justifica a repressão de condutas de má fé e dos atos atentatórios a dignidade da justiça.⁴⁷

Para MÁRCIO FARIA, o fundamento constitucional da lealdade processual encontra-se nas garantias inerentes ao processo justo que deriva da cláusula geral do devido processo legal, vedando o abuso de direito.⁴⁸

O professor FREDIE DIDIER afirma que “a estruturação de um processo leal e cooperativo parece ser uma nova etapa na concretização do conteúdo do devido processo legal”.⁴⁹ Aponta que esse enquadramento dogmático fundamenta de forma adequada o processo devido, extirpando condutas desleais ou antiéticas.⁵⁰

⁴⁵ No original: “[...] è osservato che il processo non può dirsi «giusto» unicamente in termini oggettivi, funzionali o strutturali, ma anche soggettivi e comportamentali se ed in quanto sai retto da principi etici e deontologici che impongano a tutti gli individui istituzionalmente coinvolti precisi doveri di condotta e di comportamento nel processo la cui eventuale violazione sia suscettibile di controllo e di accertamento esponendosi all’irrogazione di adeguate sanzioni.” GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzioni*, 2012, p. 26

⁴⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, 1997, pp. 1272-1277. Artigo 4º do CPCP: Igualdade das partes: O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.

⁴⁷ CABRAL, António do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo, n.º 126, v. 30, agosto 2005, p. 08.

⁴⁸ FARIA, Márcio Carvalho. *A Lealdade Processual na Prestação Jurisdicional*, 2017, p.117.

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 76.

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. Revista de Processo, v. 71, maio 2009, p. 45.

Na mesma linha, o doutrinador espanhol PICÓ I JUNOY afirma que a boa-fé é decorrência do princípio do devido processo legal servindo como forma de proteção ao direito a tutela jurisdicional efetiva, ao próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias.⁵¹

Da doutrina alemã, BURKHARD HESS percebe que a constitucionalização do processo civil tornou desnecessário qualquer recurso adicional a proibição dos abusos processuais, vez que, no moderno Estado Constitucional, o comportamento da Corte é determinado pelas garantias processuais fundamentais, especialmente o contraditório (*right to be heard*), o princípio da igualdade e o direito ao *fair trial*.⁵²

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal adota entendimento no sentido de reconhecer o fundamento da boa-fé processual no devido processo legal:

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, a boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.⁵³

Nos países de *common law* o fundamento constitucional da boa-fé é a cláusula geral do devido processo legal, aplicada pelo Tribunal como uma regra geral para a avaliação de práticas processuais inadequadas.⁵⁴

Defendemos que o devido processo legal é o fundamento constitucional da boa-fé na medida em que o direito a um processo com todas as garantias perpassa, inevitavelmente, pelo comportamento processual leal e probo das partes e do juiz a fim de obter uma decisão justa, adequada e efetiva.

⁵¹ JUNOY, Joan Picó I. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2003, pp. 85-96.

⁵² HESS, Burkhard. *Abuse of Procedure in Germany and Austria*, 1999, p. 156.

⁵³ STF. Agravo de instrumento nº 529733. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 17.10.2006.

⁵⁴ TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (Relatório Geral)*. Revista de Processo, n. 177, v. 34, novembro 2009, p. 155.

1.3 - A BOA-FÉ PROCESSUAL COMO HERANÇA DE UM ESTADO AUTORITÁRIO?

A atribuição de maiores poderes de gestão processual ao juiz, especialmente no campo probatório e o reconhecimento da boa-fé como princípio fundamental do processo civil gerou intensas discussões na doutrina.

De um lado, os chamados revisionistas ou privatistas centram as críticas na afirmação que a boa-fé nasceu em códigos autoritários (códigos fascista e soviético), em que os direitos das partes estavam subordinados aos poderes do juiz.⁵⁵

Grande crítico do publicismo, MONTERO AROCA afirma, em primeiro lugar, que a boa-fé é um “mito” com origem no Código Italiano (fascista) e nos códigos soviéticos (totalitários), sendo incompatível com os regimes democráticos.⁵⁶

Em relação a introdução na *Ley de enjuiciamiento* de 2000 no artigo 247 do princípio da boa-fé, o autor espanhol propõe que seja interpretado no sentido de sancionar somente a má fé e não de estabelecer uma exigência genérica de atuar de boa-fé, em razão da inexistência de normas concretas que imponham às partes o dever de atuar em sentido positivo.⁵⁷

O também revisionista FRANCO CIPRIANI entende que o Código de Processo Civil Italiano de 1940 é de matriz autoritária e antiliberal⁵⁸ e a certa altura, parece colocar a culpa de todos os problemas relativos a demora na prestação jurisdicional na Itália, na suposta ideologia de cunho fascista do Código que segundo o autor, é confirmada pelo incremento dos poderes do juiz.⁵⁹

⁵⁵ JUNOY, Joan Picó I. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*. In *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 120.

⁵⁶ AROCA, Juan Montero. *Sobre el mito de la “buena fe procesal”*. In *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 348.

⁵⁷ Id. *ibid.*, p. 349.

⁵⁸ CIPRIANI, Franco. *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, ano 56, n. 4, 2002, p. 1247.

⁵⁹ Mais a frente, afirma que a concepção publicista do processo não é a única causa na crise da justiça civil italiana: “A portaci nel baratro nel quale ci troviamo hanno contribuito, secondo me, anche la previsione del giudice istruttore e la sostanziale rinuncia a utilizzare i giudice onorari.” Id. *ibid.*, p. 1251.

Ainda para o doutrinador italiano, a concepção publicista, a propósito de pugnar por eficiência, sacrifica as garantias das partes configurando-se como autoritarismo inútil e contraproducente.⁶⁰

Por outro lado, os autores publicistas como PICÓ I JUNOY, entendem que os revisionistas pretendem mediante uma ideologização dos poderes de gestão material do juiz, politizar uma questão que é puramente técnica. Assim, para o doutrinador espanhol, o reconhecimento da boa-fé como princípio não atribui, necessariamente, aos ordenamentos jurídicos que a preveem, uma natureza autoritária.⁶¹

Para o jurista LEONARDO GRECO é totalmente improcedente qualquer tentativa de correlação entre boa-fé e o processo oriundo de regime autoritários, porquanto a eficácia dos direitos fundamentais no processo impõe ao juiz uma postura tolerante e um comportamento leal às partes.⁶²

Em resposta à Girolamo Monteleone - processualista-revisionista, MICHELE TARUFFO assegura que se trata de uma premissa radicalmente falsa que os favoráveis ao papel ativo do juiz para a descoberta da verdade material são igualmente favoráveis a parcialidade judicial, à submissão do magistrado ao Poder Político e a violação dos direitos e garantias fundamentais do jurisdicionado.⁶³

Com razão o professor TARUFFO. É uma premissa equivocada considerar que a defesa de um papel ativo ao juiz se alinha necessariamente a ideologia totalitária e contrária às concepções democráticas e garantistas de processo.

O § 138, I da ZPO alemã que estabeleceu o dever de verdade tem raízes nos trabalhos preparatórios desenvolvidos durante a vigência da Constituição de Weimar, a partir do Projeto de 1931 proposto por uma associação dos juízes e levado a cabo apenas na Reforma de 1933 já durante o regime nazista.⁶⁴

⁶⁰ CIPRIANI, Franco. *Il proceso civile italiani tra efficienza e garanzie*, 2002, p. 1250.

⁶¹ “Lo relevante no es si el juez debe tener iniciativa probatoria o no, o si debe velar por el respeto a la buena fe procesal de los intervinientes en el juicio, sino cuáles deben ser los límites de tales iniciativas.” JUNOY, Joan Picó I. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia*, 2011, p. 133.

⁶² GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo, v. 164, 2008, p. 49.

⁶³ TARUFFO, Michele. *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano 63, n. 2, junho 2009, p. 727.

⁶⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2016, p. 81.

Ademais, a redação do §138, I permanece inalterada mesmo após o fim do regime nazista e mesmo nos dias atuais, corroborando com a legitimação democrática da norma.⁶⁵

Na reforma da ZPO alemã em 2001, ampliou-se a atuação do órgão judicial na esfera probatória com o reforço dos poderes judiciais de esclarecimento e direção do processo (§139) em pleno regime democrático.

No Brasil durante o regime ditatorial foi editada a lei nº 4.717/1965 que instituiu a ação popular, conferindo legitimidade ativa a qualquer cidadão lesado pelo Poder Público.

O CPC português de 1939 de lavra de Alberto dos Reis reforçou a boa-fé e as sanções aos litigantes de má fé por lide dolosa na vigência do regime salazarista.

É inequívoco que a legislação processual sofre influência do regime político sob a qual é editada, entretanto, constitui, nas palavras do professor BARBOSA MOREIRA um “*exagero de simplificação*” conceber essa relação de forma rígida e automática para considerar se determinada lei processual surgiu sob um governo autoritário lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o regime democrático.⁶⁶

Dessa forma, partindo-se da premissa que os Códigos modernos elaborados em regimes democráticos reconhecem a boa-fé como princípio fundamental do processo civil, não é possível estabelecer uma conexão direta entre regimes autoritários e atribuição de poderes instrutórios do juiz, na medida em que, os regimes democráticos convivem bem com essa atribuição.

⁶⁵ A ZPO de 1877 continuou em vigor na DDR (Alemanha Oriental) até 1975, quando um novo Código foi adotado. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Temas de Direito Processual: nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89.

⁶⁶ Id. *ibid.*, pp. 88-89.

CAPÍTULO 2 - A BOA-FÉ PROCESSUAL E O MODELO COOPERATIVO

2.1 - A BOA-FÉ COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO

A teoria de Bülow influenciou a doutrina nas primeiras construções teóricas que sustentaram a guinada para o modelo publicista e serviram de base para a garantia de validade do princípio da boa-fé processual e para o estabelecimento dos deveres e ônus processuais das partes e do juiz.⁶⁷

As ideias socializantes de Franz Klein foram precursoras do processo justo com o fortalecimento dos aspectos éticos do processo e do espírito de colaboração que deve prevalecer entre os sujeitos processuais.⁶⁸

A doutrina da boa-fé processual se desenvolveu na Alemanha durante o século X, a partir da cláusula geral de boa-fé do § 242 do BGB alemão, estendida ao processo civil por meio de construções doutrinárias e interpretação pela jurisprudência, aplicando-se o regime geral de responsabilidade civil.⁶⁹

Para CAMBI:

O princípio da boa-fé processual se destina a mitigar os efeitos do individualismo, para que as condutas dos sujeitos processuais e insiram no contexto processual contemporâneo. Isto é, o processo disciplinado pelo Direito Público, é uma conquista civilizatória, destinada a pacificação social, mediante a valorização da argumentação e do diálogo jurídico, pautada pela ética e pela razão.⁷⁰

O princípio da boa-fé é uma das vias mais eficientes para introduzir um conteúdo ético-moral no ordenamento jurídico-político e representa a superação de uma concepção excessivamente formalista e positivista da lei,⁷¹ uma vez que, “a utilização da boa-fé objetiva resulta na sua configuração como um instrumento ou modelo jurídico, porque (i) implica, no momento aplicativo, a agregação de outras normas e princípios e (ii) resulta na formação de outras estruturas normativas.”⁷²

⁶⁷ GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. Tradução de Ronaldo Kochem. Revista de Processo, ano 37, v. 206, abril 2012, p. 125.

⁶⁸ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, 2008, p. 40.

⁶⁹ HESS, Burkhard. *Abuse of Procedure in Germany and Austria*, 1999, p. 153.

⁷⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, 2016, p. 146.

⁷¹ JUNOY, Joan Picó I. *El principio de la buena fe procesal*, 2003, pp. 69-70.

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 167.

Para DIDIER:

Mesmo se não houvesse texto normativo expresso, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência do comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.⁷³

O princípio da boa-fé desdobra-se em dois subprincípios, a proteção da confiança que surge como uma mediação entre boa-fé e o caso concreto ao exigir que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas, já a primazia da materialidade subjacente, se traduz na vocação efetiva da ciência do Direito para obtenção de resultados efetivos.⁷⁴

Assim como o princípio da cooperação, do princípio da boa-fé extrai-se uma cláusula geral - “formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.”⁷⁵

A cláusula geral de boa-fé, entretanto, não se confunde com a discricionariedade judicial:

Na concreção de uma cláusula geral, não se trata de o julgador determinar, por óbvio, qual é a sua própria valoração da conduta segundo a boa-fé - esta é apenas um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem que confrontar e segundo as quais, sendo o caso disso, a deverá corrigir.⁷⁶

A boa-fé objetiva é uma conduta exigível a toda pessoa participante do processo como uma postura admitida socialmente e eticamente como correta, reclamando o exercício do direito de defesa de forma leal com respeito pela contraparte, sem ânimo de enganar, confundir ou fraudar.⁷⁷ Já a boa-fé subjetiva é elemento de suporte fático de alguns fatos jurídicos, é fato, portanto.⁷⁸

Para JUDITH MARTINS-COSTA: “é impossível apresentar uma definição apriorística e bem-acabada do « que seja » a boa-fé objetiva. Como sintetizado, como

⁷³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa fé processual e supressio*, 2009, p. 43.

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2011, p. 107.

⁷⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2014. p. 229.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*, 2015. p. 163.

⁷⁷ JUNOY, Joan Picó I. *El principio de la buena fe procesal*, 2003, pp. 72-73.

⁷⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., 2009, p. 39.

precisão, o conceito de boa-fé parece mais interessar por sua função do que por sua definição.”⁷⁹

É pauta de interpretação dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, baliza para a interpretação do pedido (artigo 322, §2º, CPCBr) e da sentença (artigo 489, §3º CPCBr).

A boa-fé objetiva como norma de conduta cria situações jurídicas ativas e passivas, típicas e atípicas⁸⁰ e afinal, gera ônus ou deveres?

Os ônus “*Consiste(m) no encargo de assumir determinada conduta comissiva ou omissiva, conforme o caso, como condição para obter certa vantagem ou para não suportar certa desvantagem.*”⁸¹ Acarretam consequências gravosas somente a parte a quem o exercício aproveita, a exemplo dos ônus de alegação dos fatos pelas partes (artigo 5-1 do CPCP e artigo 319, III do CPCBr) e de concentração da defesa na contestação.

Já os deveres identificam-se como “as exigências de condutas comissivas ou omissivas de interesse do adversário ou do próprio Estado-juiz no exercício da jurisdição.”⁸²

Os deveres das partes são obrigações de conduta, não restando dúvidas que a boa-fé impõe um autêntico dever e não ônus.

Dessa forma, o dever de lealdade no âmbito de um modelo processual informado pelo princípio do devido processo (*giusto processo*), a partir de uma versão «forte» do contraditório, não é concebido como um mero *fair play*, porque é inerente a própria estrutura dialética do processo⁸³, portanto é um dever dirigido a todos aqueles que dele participam.

A violação dos deveres de boa-fé dá lugar a sanções de natureza pecuniária, como a obrigação de indenizar e a condenação em multa, e não se confunde com os efeitos decorrentes da não observância dos ônus processuais.⁸⁴

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*, 2015, p. 41.

⁸⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa fé processual e supressio*, 2009, p. 39.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Teoria Geral do Novo Processo civil*, 2017, p. 167.

⁸² Id. *ibid.*, p. 168.

⁸³ No original: “Il dovere di lealtà, nell ‘ambito di un modello processuale informato ai principi del giusto processo, nel quadro di una versione «forte» del contraddittorio, non è più concepito come un mero fair play, perché è inerente alla stessa struttura dialettica del processo.” PICARDI, Nicola. *Codice di Procedura Civile*. Tomo I. Edizione V. Milano: Giuffré Editore, 2010, p. 620.

⁸⁴ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 4ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 187.

Nos países de *civil law*, a tendência é que seja confiada ao juiz a tarefa de assegurar a boa-fé processual durante todo o procedimento, dotando-o de instrumentos de prevenção e sanção dos abusos cometidos pelos sujeitos processuais.

A *ley de enjuiciamiento civil* espanhola de 2000 prevê expressamente a boa-fé no artigo 247⁸⁵ e no artigo 11 da lei de Organização do Poder Judicial como limites imaneses derivados da necessidade de proteger direitos fundamentais previstos no artigo 24 da Constituição espanhola, com especial referência a tutela jurisdicional efetiva, a ampla defesa, igualdade e a um processo com todas as garantias.⁸⁶

No processo português, o artigo 8º (art. 266-A do CPCP-61) dispõe que: “*As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.*”

No direito brasileiro, a boa-fé objetiva como princípio do direito processual civil passou a ter relevância acadêmica na primeira década do século XXI e na redação originária do Código de 2015 não constava como princípio fundamental do processo.

A emenda apresentada pelo Deputado Bruno Araújo propôs a inclusão da boa-fé no artigo 6º, sob o argumento:

A tradição processual brasileira impõe que o vindouro Código de Processo Civil pátrio alinhe-se à qualidade dos diplomas processuais que têm se destacado no cenário mundial, contendo dispositivo atual e ajustado à metodologia contemporânea, que valoriza a boa-fé como uma norma de conduta nas relações jurídicas, aí incluídas as processuais. O Código de Processo Civil português, o Código de Processo Civil suíço e tantos outros diplomas processuais de importância no cenário mundial preveem o princípio da boa-fé processual. O Código de Processo Civil brasileiro merece, de igual

⁸⁵ Artigo 247, LEC: 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. En todo caso, por el Letrado de la Administración de Justicia se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala.

⁸⁶ JUNOY, Joan Picó I. *El principio de la buena fe procesal*, 2003, p. 77.

modo, conter uma cláusula geral da qual se extraia o princípio da boa-fé processual.⁸⁷

A boa-fé como norma fundamental está prevista no artigo 5º do CPC brasileiro.

Nos países de *commom law*, em regra, esse papel compete as partes, a exemplo do direito inglês, em que as partes e aos advogados cabe o papel de agir com lealdade e probidade, sendo o abuso de direitos processuais primariamente uma matéria respeitante à responsabilidade profissional e à ética do advogado.⁸⁸

Ainda no direito inglês, a boa-fé processual decorre da cláusula do devido processo legal e a *Rule 3.4(2).b* das *Civil Procedure Rules inglesas* estabelece o poder do juiz de rejeitar (*striking out*) um requerimento quando constitua abuso do procedimento ou quando for provável que obstrua a justa composição do litígio.⁸⁹

À nível de direito transnacional, a boa-fé está prevista no artigo 11 dos *Principles of Transnational Civil Procedure - ALI/UNIDROIT*, no artigo 17º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na proibição do abuso de direito e no artigo 5º do Código de Processo Civil Modelo para Iberoamerica de 1988.⁹⁰

⁸⁷BRASIL. Projeto de lei nº 6.025, de 2005 e apensados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914097&filename=EMC+1/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010> Acesso em: 12 fev. 2019.

⁸⁸ TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais, 2009, p. 162.

⁸⁹ SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, 2008, p. 307. *Rule 3.4.2.b* da CPR: “The court may strike out a statement of case if it appears to the court –(b) that the statement of case is an abuse of the court’s process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings”

⁹⁰ “*Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión, y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.*” O Código de Processo Civil do Uruguai (artigo 5º) implementou o preceito constante no Código Modelo para Iberoamérica.

2.2 - NOTAS SOBRE A BOA-FÉ PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO

2.2.1 - O DEVER DE VERDADE - §138 DA ZPO ALEMÃ

A partir do projeto (*Entwurf*) de 1931, o legislador inseriu o dever de verdade no § 138, 1 da ZPO: “As partes devem efetuar as suas declarações sobre as circunstâncias de facto de modo completo e de acordo com a verdade.”⁹¹

O dever de verdade é comumente interpretado não como uma obrigação positiva de dizer a verdade, mas simplesmente como um dever de não fazer, conscientemente, afirmações falsas.⁹² Funda-se em uma regra de sinceridade por se referir a verdade subjetiva e não objetiva.⁹³

Conforme TEIXEIRA DE SOUSA:

[...] quanto ao dever de verdade, importa acrescentar que ele apenas implica que a parte tem obrigação de apresentar os factos tal como, em sua opinião, eles ocorreram. Para aferir a boa-fé da parte o que releva é, assim, uma verdade subjetiva, pois que só litiga de má fé a parte que alega o que não conhece ou que omite que conhece.⁹⁴

A parte não pode alegar inverdades e nem contestar afirmações verdadeiras do adversário sobre as quais esteja ciente ou tenha conhecimento.

Ademais, seria uma perspectiva absurda exigir que as partes dissessem toda a verdade, ignorando as estratégias processuais e mesmo a natureza conflitual do processo. O papel do juiz seria facilitado, mesmo porque no processo, não existe verdade absoluta, mas somente a verdade que resulta das provas que visam resolver a incerteza determinada pelas várias versões que são propostas pelas partes.⁹⁵

⁹¹ Tradução de Menezes Cordeiro. CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2011, p. 81. Redação original: § 138, ZPO Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht (1) Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.

⁹² “Non a caso, il *Wahrheitspflicht* del §138 viene comumente interpretato non come un obbligo « positivo » di dire la verità, ma semplicemente come un dovere di non fare consapevolmente affermazioni false.” TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili generali*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 66, n.1, março 2012, p. 132.

⁹³ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira). 25ª ed. totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002, p. 151.

⁹⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: LEX, 2000, p. 72.

⁹⁵ No original: “Si trata, come si vede facilmente, di una prospettiva assurda, anche perché nel processo non esitono verità assolute a cui commisurare ciò che le parti dicono, e la sola verità è quella che risulta dalle prove quando queste consetono di risolvere l'incertezza determinata dalle diverse versioni dei fatti che le parti hanno proposto.” TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili generali*, 2012, p. 132.

O dever de verdade (*Wahrheitspflicht*) estabelece uma proibição das partes fazerem alegações contra a sua própria convicção, o que não significa que apenas são admissíveis as alegações que as partes sabem ser verdadeiras, ou que apenas as alegações que são conhecidas pela contraparte como falsas devem ser contestadas.⁹⁶

O dever de verdade dirige-se as partes, seus representantes, advogados e o Tribunal e aplica-se apenas as alegações de fato, ou seja, não se direciona aos argumentos de natureza jurídica (*Rechtsausführungen*).

Para ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, “a luta contra a mentira no processo encontra-se fundamentada no §138, I da ZPO”.⁹⁷

Nota-se, entretanto, que não há na ZPO nenhuma norma processual que se reporte à inobservância do dever de veracidade do §138, I e por essa razão, apesar de amplamente aplicada e aceita na jurisprudência, a norma sofre diversas críticas de parte da doutrina que a considera uma norma de conteúdo meramente declaratório de importância prática mínima, vez que apenas mentiras intencionais são proibidas.⁹⁸

Para JAUERNIG, o § 138, I da ZPO representa um “verdadeiro dever, não apenas um ônus; pois a parte não pode optar entre ser verdadeira ou não ser. É irrelevante que a infração do dever não desencadeie efeitos específicos.”⁹⁹ Entretanto, o autor alemão pontua que seus limites são duvidosos e devem ser considerados a partir do momento em que começa a convicção da inveracidade pela parte que o alega.¹⁰⁰

Os doutrinadores alemães identificam quatro grupos de casos de aplicação do princípio do *Treu und Glauben* ao processo civil, a criação fraudulenta/dolosa de posições legais/processuais, a proibição do *venire contra factum proprium*, a *suppressio* e a proibição do abuso de poderes processuais.¹⁰¹

⁹⁶ No texto original: “Sie bedeutet, dass die Partei nicht wider besseres Wissen Behauptungen aufstellen oder bestreiten, Beweismittel benennen oder Beweiseinreden erheben darf; sie bedeutet aber nicht, dass nur solche Behauptungen zulässig wären, die die Partei als wahr kennt, oder dass nur solche Behauptungen bestritten werden dürften, die der Partei als unwahr bekannt sind.” ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 17. neu bearbeitete Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2010, p. 365.

⁹⁷ “Der Bekämpfung der “Lüge im Prozess” dient §138,I , ZPO”. Id. *ibid.*, §65, p. 363.

⁹⁸ “(T)he practical importance of sec. 138 dZPO is, however, minimal: Only purposeful lies are prohibited.” HESS, Burkhard. *Abuse of Procedure in Germany and Austria*, 1999, pp. 165-166.

⁹⁹ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, 2002, p. 151.

¹⁰⁰ Id. *ibid.*, p. 151.

¹⁰¹ CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2016, p. 141-142. Cf. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Op. cit.*, 2010, pp. 343-344.

Para além da cláusula geral que impõe o dever de verdade, a ZPO possui outras normas que protegem a boa-fé, a exemplo do §765 que dispõe de uma cláusula geral de proibição de abuso processual na execução e o §580 que prevê a possibilidade da coisa julgada ser anulada caso o título tenha sido obtido por meio fraudulento.

Em uma análise comparativa, MENEZES CORDEIRO aponta que no sistema português, a litigância de má fé é um “verdadeiro subsistema dotado de ilicitude específica, de culpa diferenciada e de regras processuais adaptadas de aplicação”¹⁰², diferentemente do sistema alemão cujo modelo assenta-se em uma “responsabilidade inorgânica. Isto é: não prevê nem procedimentos nem sanções tipicamente processuais.”¹⁰³

A doutrina após 1945, na Alemanha, adotou um comportamento cauteloso quanto a aplicação da boa-fé ao processo civil, dada a experiência processualista no regime nazista.¹⁰⁴

No entanto, atualmente, com as garantias processuais erigidas a nível constitucional, a boa-fé ganha um incremento e coaduna-se com as normas que preveem o processo cooperativo e os deveres dele decorrentes, como o *Hinweispflicht*.¹⁰⁵

O dever de verdade influenciou diversos ordenamentos jurídicos, como o CPC português e o CPC brasileiro que adotam normas que proíbem a alteração da verdade dos fatos desde os respectivos Códigos elaborados em 1939.

2.2.2 - O DEVER DE LEALDADE E PROBIDADE - O ARTIGO 88 DO CÓDIGO ITALIANO

Antes de entrar em vigor o Código de 1940, parte da doutrina sustentava que as partes tinham a obrigação de comportar-se boa-fé perante a outra parte e perante o Juízo, além do dever de não afirmar intencionalmente fatos contrários a verdade.

Para CHIOVENDA, assim como em qualquer relação jurídica ou social, a relação processual deve ser regida pela boa-fé, em que pese, suas dúvidas quanto à eficácia de normas genéricas que determinam sanções aquele que se comportar com má fé, em razão do

¹⁰² CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2016 p. 86.

¹⁰³ Id. *ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁴ Durante os últimos anos da Alemanha Nazista foram discutidos projetos de reforma do processo civil que pretendiam abolir o contraditório e transformar o processo em um procedimento totalmente oficioso. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960, p. 158.

¹⁰⁵ HESS, Burkhard. *Abuse of Procedure in Germany and Austria*, 1999, pp. 154-155.

risco de prejuízo a liberdade do litigante de boa-fé e da sua aplicação conceder ao juiz um arbítrio excessivo.¹⁰⁶

O anteprojeto de Chiovenda não chegou a ter qualquer tramitação legislativa e apesar do Projeto Solmi proclamar na exposição de motivos (*Relazione*) – escrita por Calamandrei e assinada por Solmi – os princípios chiovendianos da oralidade, imediatidade e concentração, mantinha o compromisso de conservar o processo como “*cosa delle parti*”, atribuindo ao juiz alguns poderes de direção do processo e escassos poderes de iniciativa instrutória, mantendo integralmente os amplos poderes de disposição do processo pelas partes.¹⁰⁷

Em razão de não ter participado dos trabalhos preparatórios de elaboração do Código, não se pode atribuir a Chiovenda a inserção do artigo 88 no Código de Processo Civil italiano de 1940, que se limita a afirmar a existência de deveres genéricos de lealdade e probidade às partes e seus procuradores.¹⁰⁸

A característica essencial do Código de 1940 permaneceu intimamente ligada a concepção individualista de processo do século XIX e à ideologia liberal, não sendo percebida a tese desenvolvida por Franz Klein e Chiovenda no sentido de evidenciar o interesse público e a administração racional e rápida da justiça.¹⁰⁹

À semelhança do que acontece na Alemanha, é consenso na doutrina que o dever de lealdade e probidade previsto no artigo 88 não significa uma obrigação de falar a verdade,

¹⁰⁶ “Lo mismo que cualquiera relación jurídica o social, la relación procesal debe ser regida por la buena fe. Pero no siempre es prácticamente útil que el derecho provea con sanciones al castigo del que se conduce con mala fe en el proceso, porque al querer reprimir con normas generales (de dudosa eficacia) al litigante doloso, fácilmente menoscabaría también la libertad del litigante de buena fe, mientras que remitiendo al juez también por regla general, su represión concedería un excesivo arbitrio al magistrado. Así, nuestra ley no contiene, por ejemplo, una prohibición genérica y expresa de afirmar cosas falsas en juicio, dejando al cuidado recíproco de las partes la mejor aseguración de la verdad de las respectivas afirmaciones.” CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. José Casais Y Santaló. Madrid: Reus, 2000. p. 211.

¹⁰⁷ “[...] il compromesso fra la tendenza a conservare il processo come «cosa delle parti»: si attribuisco così al giudice alcuni poteri di direzione del procedimento e scarsi poteri di iniziativa istruttoria, ma si conservano integri gli ampi poteri delle parti di disposizioni sul processo.” COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 1998, p. 43.

¹⁰⁸ CIPRIANI, Franco. *Il proceso civile italiani tra efficienza e garanzie*, 2002, p. 1245.

¹⁰⁹ “[...] tuttavia il carattere essenziale del Codice di procedura civile italiano rimase intimamente legato alla concezione individualista del XIX secolo e alla sua ideologia liberale, continuando a non essere percepita, di fondo, la tesi sviluppata da Franz Klein e Chiovenda nel senso di evidenziare l’interesse pubblico alla razionale e spedita amministrazione della giustizia e l’attività giurisdizionale richiesta da questo approccio.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Il formalismo nel processo civile: proposta di un formalismo-valutativo (Giuristi stranieri di oggi)*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 86.

devendo as partes expor os fatos conforme os seus interesses, sem, infringir o dever de lealdade.

Para LIEBMAN, o processo civil com a estrutura em contraditório, em que cada parte deve sustentar suas razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento das partes.¹¹⁰ Afirma o respeitável autor italiano que a fórmula adotada pelo Código Italiano é genérica e elástica, adaptável pelo juiz aos casos concretos e, embora as partes possam livremente usar as armas disponíveis, essa liberdade encontra limites na obediência às regras do jogo.¹¹¹

Os deveres de lealdade e probidade do artigo 88 do CPCI ensejam inúmeros debates na doutrina e jurisprudência.

O primeiro deles refere-se a natureza jurídica da norma. A doutrina majoritária entende que a norma do artigo 88 não está dotada de conteúdo jurídico, correspondendo apenas a um critério de ordem ética e moral a que deve se conformar a atividade das partes e de seus procuradores. Outros autores defendem que a norma do artigo 88 não só é dotada de conteúdo jurídico, como constitui fundamento de sanções específicas, no caso de descumprimento.¹¹²

O artigo 92, 1 do CPCI, como norma concretizadora do dever de lealdade, atribui ao juiz a possibilidade de condenar a parte ao reembolso das despesas de natureza não repetível que tenha causado a outra parte, por violação do artigo 88, independentemente da sucumbência.

A norma em questão, contempla um comportamento antijurídico culposos, de caráter não vinculativo em relação ao juiz que deve motivar sua decisão¹¹³ e dirige-se tanto ao vencido quanto ao vencedor e pode quanto a esse, cumular-se com a responsabilidade agravada do artigo 96.

A responsabilidade agravada prevista no artigo 96,1 do CPCI define o ilícito processual e a responsabilidade por danos provocados à parte sucumbente que agiu com dolo

¹¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1992. p. 115.

¹¹¹ Id. Ibid., p. 114. No mesmo sentido, CALAMANDREI: “La lealtà prescritta dall'art. 88 è la lealtà nel giuoco: il giuoco, cioè la gara di abilità, è lecito, ma non è permesso barare.” CALAMANDREI, Piero. *Il Processo come un gioco*, 1950, p.30.

¹¹² PICARDI, Nicola. *Codice di Procedura Civile*, 2010, p. 620.

¹¹³ Id. ibid., p. 644.

ou culpa grave, sendo uma norma especial em relação ao regime geral de responsabilidade civil previsto no artigo 2043 do Código Civil italiano.

Assim, embora o artigo 2043 do Código Civil Italiano e o artigo 96 do CPCI tratem de uma atividade ilícita danosa, a responsabilidade agravada impede a invocação do regime geral da responsabilidade civil, de forma que não há um concurso de responsabilidades, ou a conduta processual abusiva integra os requisitos da responsabilidade agravada ou não é legalmente punível.¹¹⁴

Conduzem à responsabilidade agravada a sucumbência total da parte, o pedido da contraparte, o prejuízo imediato e direto à parte contrária e a presença do elemento subjetivo, o dolo ou a culpa grave.

A má fé processual, o dolo propriamente dito, consiste na consciência do ato ilícito. A culpa grave ocorre quando o sucumbente não agiu com o mínimo de diligência que lhe permitia notar a ausência de fundamento da sua pretensão ou de prever ou avaliar as consequências dos seus atos.

A necessidade de avaliação do elemento subjetivo dirime a diferença entre a responsabilidade por danos e a condenação no reembolso das despesas processuais.

A liquidação do dano deve ser feita de ofício, sem necessidade de nova ação, de competência do próprio juiz prolator da sentença.

Não é pacífico o entendimento da doutrina sobre a relação existente entre a responsabilidade agravada e o dever de lealdade do artigo 88 do CPCI.

A posição minoritária é no sentido de considerar que diante da exigência de um dever geral de boa-fé, a responsabilidade agravada do artigo 96 é uma espécie de sanção por descumprimento do dever de lealdade.

LIEBMAN entende não existir uma relação necessária entre os deveres de lealdade e probidade previstos no artigo 88 e a responsabilidade agravada do artigo 96, porque a figura tradicional da lide temerária não tem nenhuma relação com o dever de lealdade e probidade a que se refere o artigo 88 do CPCI, que diz respeito ao comportamento de todas as partes e seus advogados no curso do processo, independentemente de terem razão ou não.¹¹⁵

¹¹⁴ SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, 2008, p. 298.

¹¹⁵ “La figura tradizionale della lite temeraria non si trova in alcun rapporto col dovere di lealtà e probità, di cui all’art. 88 cod.proc. civ. (sopra n.60), dovere che riguarda il comportamento nel corso del processo di tutte le parti e dei loro difensori, indipendentemente dal fatto che abbiano ragione o torto.” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, 1992, p. 123.

Contrária e majoritária é a corrente que defende que a conduta processual conscientemente ilícita, não se traduz necessariamente, em uma conduta processual objetivamente desleal e incorreta.

Para PICARDI, o artigo 96, 1 refere-se à infração do dever de lealdade que as partes devem ater-se durante o desenvolvimento do processo e prevê a responsabilidade do sucumbente por um dano derivado do abuso do direito de agir ou resistir, ou seja, de um comportamento ilícito atinente a relação de direito substancial projetada no âmbito processual através do agir/resistir.¹¹⁶

O artigo 96, 2 prevê uma série de situações em que a parte é responsável perante a outra pelos danos provocados se agiu sem a prudência normal, atua como norma especial em relação ao número 1, aplicada somente nas hipóteses expressamente previstas, bastando a culpa leve para determinar a responsabilidade.

Na reforma de 2009, o legislador introduziu no parágrafo terceiro no artigo 96 a possibilidade de, em qualquer caso, ao decidir sobre as despesas nos termos do artigo 91 – que trata sobre a condenação em despesas processuais, o juiz pode, inclusive de ofício, ordenar à parte vencida que pague, a favor da contraparte, um montante equitativamente determinado.

A redação do artigo abre margem a um sem número de interpretações e por esse motivo, não faltaram críticas a essa norma, destacando-se o posicionamento de TARUFFO que afirma que o legislador a pretexto de participar de uma “onda moralizante” do processo, atribuiu ao juiz um poder sancionatório discricionário e não vinculado a nenhum critério controlável, o que pode conduzir a decisões *extra legem* ou *contra legem*.¹¹⁷

É certo que os deveres de probidade e lealdade não foram bem estruturados no Código de 1940 e mesmo após as reformas efetivadas pelo legislador, o sistema italiano não é isento de críticas que ultrapassam os limites dessa dissertação, mas que demonstram que a cláusula geral ainda precisa de concretização de maneira harmônica com o sistema

¹¹⁶ PICARDI, Nicola. *Codice di Procedura Civile*, 2010, p. 658.

¹¹⁷ No original: “Es lo que ocurre en la frecuente aplicación del tercer párrafo del art. 96, en la cual la referencia al abuso sirve para decidir de manera incontrolada, invocando el principio de la duración razonable del proceso, sancionando, de hecho, todo comportamiento que el juez –con una valoración completamente personal– considere en contraste con este principio. Se puede, sin embargo, observar que en muchos casos se trata de decisiones que en la mejor de las hipótesis pueden considerarse *extra legem* (y en la peor *contra legem*) dado que se fundan en la inaplicación de la norma que regula directamente el supuesto, para hacer prevalecer sobre ella criterios justificativos individualizados “en otro lugar” según valoraciones arbitrarias formuladas caso por caso.” TARUFFO, Michele. *Abuso del proceso [Abuse of process]*. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, n. 2, v. 6, agosto-diezembre 2016, p. 26-27.

processual civil adotado no Código para que possa de atuar de maneira efetiva no combate a litigância de má fé.

2.3 - A LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ NO DIREITO LUSO BRASILEIRO

2.3.1 - SISTEMAS PORTUGUÊS

Na legislação portuguesa, o antecedente histórico da indenização por litigância de má fé correspondente a figura do litigante temerário, são as chamadas custas pessoais previstas nas Ordenações direcionadas aquele que litigou sem justa causa.¹¹⁸

O Código de 1876 limitava a condenação em multa aos casos de litigância de má fé pela parte vencida (artigo 121).

Já o Código de 1939 significou uma verdadeira mudança de paradigma na disciplina da litigância de má fé dissociando-a da sucumbência e propondo a distinção entre má fé substancial e instrumental, além do estabelecimento de sanções a lide dolosa.

A má fé substancial relaciona-se com o mérito da causa e dirige-se somente a parte vencida. A parte não tendo razão, atua no sentido de conseguir uma decisão injusta ou realizar um objetivo que se afasta da função processual.¹¹⁹

A má fé é instrumental quando qualifica o comportamento processualmente assumido em si mesmo.¹²⁰ Ambas as partes podem atuar com má fé instrumental.

No CPC 61 houve apenas uma alteração pontual na redação do artigo 456, 2: a pretensão ou oposição cuja falta ou fundamento o agente “*não podia razoavelmente desconhecer*” foi substituída pela expressão “*cuja falta de fundamento ele não ignorava.*”

O alto grau de subjetivismo ensejava uma dificuldade prática de aplicação das sanções por litigância de má fé, uma vez que, a prova do dolo se tornava muito difícil, praticamente uma *prova diabólica*.¹²¹

¹¹⁸ REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. (1948), reimp. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 256.

¹¹⁹ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*. 3ª ed. Vol. 2: Artigos 362º a 626º. Coimbra: Almedina, 2017, p. 457.

¹²⁰ Id. *ibid.*, loc. cit.

¹²¹ CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2016, p. 58.

Para configurar a litigância de má fé “é preciso que o autor faça um pedido a que conscientemente sabe não ter direito, e que o réu contradiga uma obrigação que conscientemente sabe que deve cumprir.”¹²²

A partir do Decreto nº 329-A de 1995, a responsabilidade por litigância de má fé abrangia o dolo e a negligência grave e como se observa, a intenção do legislador:

[...] como reflexo e corolário do princípio da cooperação, consagra-se expressamente o dever de boa-fé processual, sancionando-se como litigante de má fé a parte que, não apenas com dolo, mas com negligência grave, deduza pretensão ou oposição manifestamente infundadas, altere, por ação ou omissão, a verdade dos fatos relevantes, pratique omissão indesculpável do dever de cooperação ou faça uso reprovável dos instrumentos adjetivos [...].

Ainda assim, a escassa aplicação da litigância de má fé na prática forense levou a Direção Geral de Política de Justiça a elaborar em 2011 um relatório a fim de identificar as razões, dentre as quais destacam-se a insuficiência das multas, os limites estabelecidos para a fixação dos valores máximos, a confluência com os pressupostos de outros institutos, a exigência do contraditório para a aplicação da multa e as dificuldades probatórias.¹²³

A par dos resultados do relatório elaborado pela DGPI, o legislador não promoveu alterações significativas no regime de litigância de má fé. Vejamos.

No Código de 2013, a boa-fé em sentido negativo expressa-se no art. 542-2, nas condutas praticadas com dolo e má fé, tais como, a proibição de elaborar pedidos e defesas sem fundamento de fato e de direito, a mentira e o uso anômalo dos meios processuais. E no sentido positivo, é expressão do dever de colaboração para a descoberta da verdade previsto no artigo 417.¹²⁴ Todas as pessoas, sejam ou não, partes da causa, tem o dever de prestar a sua colaboração.

Nesse último caso, aqueles que se recusarem em colaborar, não se tratando de recusa legítima do artigo 417-3, são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis. Se for parte, o Tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova.

No CPCP de 1876, a fixação do valor da multa ficava ao prudente arbítrio do juiz e se revertia em partes iguais ao Cofre do Tribunal e a Ordem dos Advogados.

¹²² REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, 1982, p. 263.

¹²³ PORTUGAL. Regime Jurídico da Litigância de má fé: estudo de avaliação de impacto. Lisboa: DPGJ, 2010.

¹²⁴ MESQUITA, Miguel Mesquita. Princípio da Boa-fé. Coimbra, FDUC: mestrado em Direito Processual Civil. Aula ministrada em: 27 abr. 2018.

Paulatinamente, os valores máximos e mínimos ao qual o juiz estava vinculado foram sendo alterados.

Para ALBERTO DOS REIS, a multa possui uma dupla função: repressiva e preventiva e o valor não deve estar atrelado ao valor da causa e sim a dois critérios que considera essenciais: o grau da má fé e a situação econômica do litigante de má fé.¹²⁵

Atualmente, a multa por litigância de má fé pode ser aplicada de ofício pelo juiz, atendendo a valores mínimos e máximos fixada entre 2 UC e 100 UC (artigo 27 do Regulamento de Custas).

Já a indenização pode consistir no reembolso das despesas a que a má fé do litigante tenha obrigado a parte contrária, incluindo os honorários dos advogados e/ou técnicos ou o reembolso das despesas e satisfação dos restantes dos prejuízos sofridos pela parte contrária.

O juiz opta pela indenização que julgar mais adequada, fixando-a sempre em quantia certa, o que traz mais celeridade ao processo.

Para TEIXEIRA DE SOUSA, as hipóteses de litigância de má fé não se esgotam no elenco do artigo 542-2 do CPCP, citando a *suppressio* como exemplo de conduta de má fé ignorada pelo ordenamento jurídico português.¹²⁶

A partir do momento que o sistema processual prevê os deveres de boa-fé no artigo 8º e consagra a gestão processual e a adequação formal, ao juiz não caberia a aplicação de sanções além das elencadas expressamente na lei processual?

O rol taxativo das condutas previstas no artigo 542-2 restringe a aplicação das sanções e não abarca todas as violações da boa-fé processual passíveis de sanção.

Há ainda, no direito português, a taxa sancionatória excepcional prevista no artigo 531 do CPC a ser fixada pelo juiz entre 2 UC e 15 UC, cabível quando a ação, oposição, requerimento, recurso, reclamação ou incidente seja, manifestamente improcedente, bastando para a sua caracterização a falta de prudência ou negligência da parte.

¹²⁵ REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, 1982, pp. 268-269.

¹²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997, p. 63.

A taxa sancionatória excepcional - que na verdade, não é uma taxa - e a multa por litigância de má fé representam, portanto, categorias distintas.¹²⁷¹²⁸

A condenação do litigante de má fé deve ser precedida de discussão contraditória em que a parte pode contraditar os pressupostos da violação da norma respeitante à boa-fé processual, sob pena de nulidade nos termos dos artigos 149, 195 e 199.

2.3.2 - SISTEMA BRASILEIRO

No Código de 1939 sancionava-se tanto o abuso de direito do autor quanto o abuso do direito de defesa do réu.

As hipóteses de litigância de má fé previstas no rol do artigo 3º do CPC39 incluíam o erro grosseiro, a emulação ou o mero capricho e o abuso do direito de defesa, quando o réu opunha resistência injustificada ao andamento do processo, de forma maliciosa, no exercício dos meios de defesa e a alteração intencional da verdade e o uso de incidentes manifestamente infundados.

As sanções dirigiam-se tanto ao vencido como ao vencedor na forma de indenização por perdas e danos, no reembolso das custas à parte vencedora e no pagamento de honorários advocatícios.

O Código Buzaid de 1973 consagrou o dever das partes de expor os fatos conforme a verdade e o proceder conforme a lealdade e a boa-fé, nos termos do artigo 14, além de aperfeiçoar a disciplina da litigância de má fé tanto topograficamente, vez que agora inseridas na seção da responsabilidade das partes, quanto em relação ao conteúdo.

O artigo 17 estabeleceu no rol de condutas qualificadas como litigância de má fé a dedução de pretensão ou defesa cuja falta de fundamento não pudesse razoavelmente desconhecer, alteração intencional da verdade dos fatos e omissão intencionalmente de fatos essenciais ao julgamento da causa.

¹²⁷ Para FREITAS/ALEXANDRE, a circunstância de aplicação da taxa sancionatória depende da falta de prudência ou diligência da parte, o que a aproxima muito de uma multa ou sanção. Para a professora PAULA COSTA E SILVA, a taxa sancionatória excepcional e a multa tutelam bens jurídicos equivalentes e visam reprimir comportamentos similares, contudo não tem a mesma natureza jurídica. FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*, vol. 2, 2017, pp. 431-432; SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, 2008, p. 271.

¹²⁸ “Taxa sancionatória excepcional. Com a taxa sancionatória excepcional, prevista nos artigos 521.º, n.º 1, do CPP, 531.º do CPC, e 10.º do RCP, não se pretende responder/sancionar erros técnicos, pois estes sempre foram punidos através do pagamento de custas; procura-se, isso sim, reagir contra uma atitude claramente abusiva do processo, sancionando o sujeito que intencionalmente o perverte.” Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso nº 16/16.5GDIDN.C1. Relatora: Maria José Nogueira. Data de Julgamento: 19.12.2018.

Da mesma forma que no direito português, o alto grau de subjetivismo das condutas tornava praticamente impossível a prova da “intencionalidade” do agente.

Em razão da relevância do elemento subjetivo e da limitação injustificada do dever de lealdade ao âmbito das relações entre partes e aos procuradores, inúmeras foram as críticas da doutrina, o que gerou sucessivas reformas para melhor conformação da norma ao caso concreto.

A respeito do excesso de subjetivismo, BARBOSA MOREIRA entendia que a boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, portanto, nos casos em que a lei exigir “atitude psicológica do agente, deverá fazê-lo expressamente, cabendo, nos demais casos, mera aferição objetiva.”¹²⁹

PASSO CABRAL, na mesma linha, considera desnecessária a aferição subjetiva do conhecimento da parte acerca da ilicitude de sua conduta, não deve ser aferido qualquer subjetivismo, vez que implica dificuldades no campo probatório e pode tornar inócuas as regras que disciplinam a litigância de má fé. Ao evitar o subjetivismo, o debate se reconduz para a confiança e proteção das expectativas.¹³⁰

Com a lei nº 6771/80, retirados o requisito subjetivo e a hipótese de “omissão intencional dos fatos essenciais”, em razão da norma considerar como litigante de má fé aquele que não alegava mesmo os fatos desfavoráveis, desde que essenciais ao deslinde da causa, representando a desnaturação do princípio da boa-fé processual e limitação desarrazoada ao direito de defesa, ao sancionar “a resistência oposta sem convicção ou mediante culposa suposição de situações inexistentes”.¹³¹

Comentando a respeito do artigo 17 do CPC-73, a professora Doutora PAULA COSTA E SILVA afirma que a referida descrição típica prescinde para a qualificação da conduta da parte, de qualquer elemento subjetivo, bastando a circunstância de esta conduta ser qualificada como litigância de má fé permite inferir que a parte deve atuar culposamente.¹³²

Com a lei nº 8952/94, o legislador fixou o patamar de indenização de até 20% do valor da causa, a ser fixada desde logo pelo juiz ou liquidada por arbitramento.

¹²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 21

¹³⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo, n. 126, v. 30, agosto 2005, p. 09.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2008, p. 28, nota nº 30.

¹³² SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, 2008, pp. 314-315.

A multa por litigância de má fé é prevista pela lei nº 9668/98, que inseriu uma outra hipótese no rol da litigância de má fé: a interposição de recurso com intuito meramente protelatório.

Com a lei nº 10.358/2001, o legislador estabeleceu multa por ato atentatório a dignidade da jurisdição, de natureza administrativa à semelhança do *Contempt of Court* norte americano e estendeu o dever de atuar de boa-fé a todos os participantes do processo.¹³³

Na exposição de motivos do projeto de lei, observa-se o compromisso com o dever de boa-fé processual:

O Projeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e de probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também a quaisquer outros participantes do processo, tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança, ou as pessoas em geral que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos ideais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação.¹³⁴

No ordenamento brasileiro vigente, inserem-se no rol de deveres das partes e procuradores (artigo 77) – e ainda, daqueles que de qualquer forma participam do processo – o dever de expor os fatos conforme a verdade e de não formular pretensão ou defesa quando ciente de que são destituídas de fundamentos.

As sanções ao descumprimento do dever de atuar com boa-fé estão previstas nas formas de ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 77 §2º) e responsabilidade das partes por dano processual (artigo 79 e seguintes).

São considerados atos atentatórios à dignidade da justiça o descumprimento dos deveres de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final e não criar embaraços à sua efetivação e não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, sem prejuízo das sanções criminais, cíveis e processuais, passíveis de multa de até 20% do valor da causa de acordo com a gravidade da conduta, e sendo este valor irrisório ou inestimável, a multa poderá alcançar o patamar de até um décuplo do salário mínimo vigente.

¹³³ Para a professora brasileira, se a multa não se reverte ao Estado “a dignidade da justiça não fica restabelecida”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais o contempt of court*. Revista de Processo, v. 102, abril 2001, p. 105.

¹³⁴ BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados n. 135, ano LV, 23 de agosto de 2000, p. 44558. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23AGO2000.pdf#page=104>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

A sanção por ato atentatório a dignidade da Justiça é aplicada independentemente de *astreintes* e revertida em favor do Estado, entretanto, não se aplica aos advogados públicos e privados e aos membros da defensoria pública e ao Ministério Público, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria.

A propósito do tema, em recente e interessante julgamento de recurso especial, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, decidiu que o juiz que conduz o processo não pode ser punido com a multa prevista para os casos de ato atentatório ao exercício da jurisdição (parágrafo segundo do artigo 77 do CPC), devendo a investigação de condutas contrárias aos princípios que regem o exercício do cargo se dar conforme a legislação específica que regula a magistratura.

O relator, entretanto, reafirma que o dever de lealdade processual também se dirige aos juízes que:

[...] deverão sempre conduzir suas ações pelos princípios da probidade, boa-fé e lealdade, mas a ele não se destina a multa prevista no parágrafo único do artigo 14 do CPC/1973, e a investigação das condutas praticadas em desconformidade com aqueles vetores será realizada nos termos da Lei Orgânica da Magistratura.¹³⁵

No que se refere a responsabilidade das partes por dano processual, o rol do artigo 80 prevê como litigância de má fé, alterar a verdade dos fatos, deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, usar do processo para conseguir objetivo ilegal, resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidente manifestamente infundado e interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

O Código brasileiro autoriza ainda, a concessão de tutela provisória de evidência quando constatado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte, sanção de natureza pecuniária quando caracterizado o requerimento doloso da citação por edital, multa de até dez por cento sobre o valor da causa, em favor do autor, quando o réu de má fé interpusse embargos à monitória (artigo 702, § 1).

O regime previsto para os embargos de declaração de caráter protelatório bastante rígido em relação a legislação anterior, com o aumento do valor da multa e o impedimento

¹³⁵ STJ. Recurso Especial nº 1548783/RS. 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 11.06.2019.

de interposição de novos embargos no caso dos dois anteriores terem sido rejeitados por protelação.¹³⁶

Como se observa, árduo foi o caminho trilhado pelo legislador para estabelecer premissas razoavelmente eficazes para a repressão da litigância de má fé, o que talvez justifique a timidez do Tribunal na aplicação das penalidades por litigância de má fé e na condenação em indenização por dano processual.

As partes não estão cobertas por uma proteção efetiva contra abusos sem juízes sensíveis, inclinados a desempenhar um papel mais ativo, assim como o juiz não pode adotar uma postura autoritária, devendo levar em consideração todas as garantias processuais das partes, devendo os meios de prevenção e sanção ser maximizados a fim de assegurar um grau razoável de justiça, *honeste procedere* e lealdade no processo civil.¹³⁷

2.4 - O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

A busca incessante pela eficiência e rapidez no processo não solucionava os problemas da justiça civil, pelo que, urgia a necessidade de repensar a relação existente entre as partes e o juiz para além da dicotomia entre o modelo dispositivo e inquisitório, a fim de conformar os preceitos do Estado Democrático de Direito.

A ideia de cooperação entre os sujeitos processuais e o incremento dos poderes e deveres do juiz, redimensionou profundamente a contraposição até então existente entre processo inquisitivo e dispositivo, deixando-a praticamente relativizada.¹³⁸

Para COUTURE não existem sistemas puros, posto que, no processo efetivamente democrático deve existir uma convivência harmônica entre as normas que respeitam a autonomia das partes e as que fixam os poderes dos juízes.¹³⁹

¹³⁶ Art. 1.026, § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. § 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final. § 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

¹³⁷ TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais*, 2009, pp. 166-167

¹³⁸ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, 1984, p. 389.

¹³⁹ COUTURE, Eduardo. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1948, pp. 20-22.

Com o movimento de constitucionalização que se desenvolveu na segunda metade do século XX, surge um *tertium genius*: o modelo cooperativo.

O modelo cooperativo de processo civil “visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras: visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes.”¹⁴⁰

No processo cooperativo todos sujeitos processuais são protagonistas, harmonizando-se o respeito às estratégias processuais e aos ônus e deveres das partes e do juiz.

TEIXEIRA DE SOUSA afirma que o princípio da cooperação intersubjetiva se dirige às partes e ao tribunal e objetiva transformar o processo em uma comunidade de trabalho.¹⁴¹

O termo alçado pela doutrina alemã gera algumas discordâncias.

Schwab quando deu continuidade aos trabalhos de Rosenberg menciona a existência da *Arbeitsgemeinschaft* existente entre as partes e o juiz em relação à formação do mérito da causa, entretanto, Gottwald, a partir da edição de 1997 do *Zivilprozessrecht*, evita o seu uso referindo-se apenas a um estilo cooperativo existente entre as partes e o juiz e a obrigação do juiz de direção material do processo.¹⁴²

JAUERNIG é categórico e considera a expressão *Arbeitsgemeinschaft* “insípida e enganadora”, ao aparentar que não há, entre as partes, antagonismo de qualquer espécie, sendo inclusive, para o autor, estranha a ordem jurídica alemã que reconhece a existência real de interesses antagônicos e tenta resolvê-los.¹⁴³

WASSERMANN por outro lado, afirma que a *comunidade de trabalho e a cooperação* no processo não significam a existência de ideais socialmente harmoniosos, vez que, o conflito é um fato social básico e imanente ao processo e uma vida sem conflitos não é só impossível, de acordo com a experiência, como também não seria desejável.¹⁴⁴

¹⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil como um prêt-à-porter? Um convite ao diálogo a Lenio Streck*. Revista de Processo, ano 36, v. 194, abril 2011, p. 57.

¹⁴¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 62.

¹⁴² GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*, 2012, p. 124.

¹⁴³ Para o autor, a aceitação dessa harmonia de interesses é característica do processo socialista que conjuga os interesses pessoais com os interesses sociais. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, 2002, p. 149.

¹⁴⁴ “Der Konflikt eine soziale Grundtatsache. Ein Leben ohne Konflikt ist erfahrungsgemäss nicht nur unmöglich, es wäre auch gar nicht wünschenswert. Es steht daher gar ausser Frage, dass dem Prozess, der regelmässig auf Konflikten zwischen den Parteien beruht, das Kampfmoment immanent ist.” WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess*, 1978, p. 109.

No direito brasileiro, o MARINONI/ARENHART/MITIDIERO são defensores da comunidade de trabalho, porém, a reconhecem somente na perspectiva da colaboração do juiz com as partes:

Encarar o processo civil como uma comunidade de trabalho regida pela ideia de colaboração, portanto, é reconhecer que o juiz tem o dever de cooperar com as partes a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de um diálogo efetivo, mais franco, aberto e ponderado (art. 6º, 7º, 9º e 10º).¹⁴⁵

A respeito da colaboração das partes “entre si” também há certa discussão doutrinária.¹⁴⁶

DANIEL MITIDIERO opina no sentido de que:

As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte no litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre de deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso).¹⁴⁷

De outra banda, FREDIE DIDIER sustenta a existência de um feixe de relações jurídico-processuais para além das partes e do juiz – e não mais a tradicional relação triangular – incidindo sobre esse feixe o princípio da cooperação, justificando dessa forma, a existência da cooperação das partes entre si.¹⁴⁸

Para EDUARDO GRASSO, o juiz ao desenvolver uma atividade cooperativa se coloca no mesmo nível das partes e a tradicional construção triangular da relação processual dá lugar a uma perspectiva de posições paritárias, assim, a atividade dos três sujeitos

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2, 2017, p. 79. Na mesma linha, defendendo a existência de uma comunidade de trabalho, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo Código de Processo Civil Brasileiro*, 2012, p. 9319.

¹⁴⁶ Nos trabalhos legislativos do Código de Processo de 2015, algumas discussões acerca do princípio da cooperação foram travadas. Uma delas se refere ao uso da expressão “entre si” que marca o dever de cooperação existente entre as partes. No texto substitutivo que o Senado Federal enviou a Câmara dos Deputados, assim como no Relatório Final do Anteprojeto, a expressão “entre si” foi retirada, entretanto, na redação se manteve no texto atualmente em vigor.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil como um prêt-à-porter?*, 2011, p. 62. No mesmo sentido, MARINONI/ARENHART/MITIDIERO, “no processo civil as partes perseguem interesses divergentes. Vale dizer: cada qual persegue o seu próprio interesse. Essa é a razão pela qual as partes não têm o dever de cooperar entre si.”¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., vol. 2, 2017, p. 79.

¹⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 39.

processuais tende a identificar-se e resolver-se de forma operante como um ato único que penetra na matéria da busca pela verdade.¹⁴⁹

Defendemos a tese de que as partes devem colaborar entre si. Primeiro porque, ao admitirmos a existência de uma comunidade de trabalho decorrente dos deveres de boa-fé e de cooperação a que todos os participantes do processo estão sujeitos, por consequência, admitimos que o juiz deve colaborar com a partes e as partes devem colaborar com o juiz e também entre si, para que se extraia a máxima efetividade do princípio da cooperação. Se a formação de uma verdadeira comunidade de trabalho é o objetivo do processo cooperativo, as partes devem colaborar entre si e com o Juízo para a descoberta da verdade material.

Em segundo lugar, a colaboração das partes entre si não significa desconsiderar a natureza conflitual do processo, tampouco afastar o uso de estratégias processuais das partes, como defende o professor MITIDIERO. Como exemplos, as partes devem apresentar as provas que estão em seu poder, não devem obstaculizar o andamento do processo, devem se comportar de boa-fé, comparecer aos atos processuais evitando atrasos injustificados.

GREGER pontua que em relação às partes: “(...) o princípio da cooperação não significa que elas devam oferecer o seu processo (*ihren Prozess austragen*) em íntimo companheirismo (*Zweisamkeit*) – essa seria uma utopia alienígena.”¹⁵⁰

O papel do juiz assume uma nova dimensão paritário no diálogo e assimétrico na decisão.¹⁵¹

O processo em um regime democrático deve constituir-se de um colóquio civilizado entre os sujeitos processuais situados no mesmo nível e o êxito do processo está condicionado ao leal e amigável desenvolvimento deste colóquio.¹⁵²

O princípio da cooperação não exclui a autorresponsabilidade das partes que continuam sendo responsáveis pelo sucesso ou insucesso da causa de forma compartilhada, devendo trazer ao processo todos os fatos necessários ao julgamento do feito.

A cooperação, nos dizeres de MARINONI/ARENHART/ MITIDIERO:

[...] viabiliza apenas que o juiz atue de forma a obter uma decisão justa por meio do incremento dos seus poderes de condução do

¹⁴⁹ “Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei tre soggetti, nell’intima ostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (*unus actus*) che penetra nella materia alla ricerca della verità.” GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, n.4, v. 21, p. 609.

¹⁵⁰ GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*, 2012, p. 126.

¹⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil como um prêt-à-porter?*, 2011, p. 61.

¹⁵² CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, 1960, p. 159.

processo (art. 7º e 139), responsabilizando-o igualmente pelos seus resultados. A colaboração não apaga obviamente o princípio da demanda e as suas consequências básicas: o juízo de conveniência a respeito ou não da ação e a delimitação do mérito da causa continuam sendo tarefas ligadas exclusivamente à conveniência das partes.¹⁵³

A colaboração entre as partes pressupõe a atuação em conformidade com a boa-fé no sentido não alterar a verdade dos fatos, comparecer aos atos processuais, apresentar provas solicitadas e não criar embaraços a efetivação das decisões judiciais.

2.4.1 - OS DEVERES DE COOPERAÇÃO DAS PARTES E DO JUIZ

Na Reforma de 95/96, o legislador português inspirado no modelo alemão, introduziu no artigo 266 no CPC de 1961 - artigo 7º do CPC 2013, o princípio da cooperação intersubjetiva que consagrou o modelo de processo equitativo no ordenamento português.¹⁵⁴

O princípio da cooperação em sentido formal significa a prolação da decisão em prazo razoável (artigo 7-4 e artigo 151 e 155-4 e 5), e em sentido material busca o apuramento da matéria de fato e a consequente adequação da decisão ao direito (artigo 417 e artigo, 7-2 e 3).¹⁵⁵

No Brasil, a construção do princípio da cooperação se deu de forma distinta, por não existir àquela altura norma jurídica correspondente, a doutrina buscava o seu fundamento no devido processo legal e no princípio do contraditório.¹⁵⁶

A fonte normativa do dever de cooperação, assim como do dever de boa-fé processual, extraia-se do artigo 14 do CPC-73,¹⁵⁷ que nos dizeres de BARBOSA MOREIRA se tratava de um exemplo de “ética juridicizada”.¹⁵⁸

A incorporação da cooperação como princípio fundamental do processo civil se deu somente com o artigo 6º do CPC 15, norma inspirada no artigo 7º do CPC português.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2, 2017, pp. 79-80.

¹⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, 2010, p. 50 e 74. Os princípios da boa fé e cooperação constam ainda no artigo 8º do Código de Procedimentos Administrativos Português que prevê expressamente a aplicação ao juiz, diferentemente do CPCP.

¹⁵⁵ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2017, p. 188.

¹⁵⁶ 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. 66.

¹⁵⁷ Id. *ibid.*, p. 73.

¹⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ética e Justiça*. Revista da EMERJ, n. 29, v. 8, 2005, p. 23.

O princípio da cooperação é corolário do princípio da boa-fé processual e do princípio do devido processo legal, dotado de eficácia jurídica direta, uma cláusula geral de aplicação imediata que não necessita de normas que o concretizem.¹⁵⁹

Decorrem da cláusula geral da cooperação, os deveres de colaboração típicos e atípicos em relação as partes e ao Tribunal. Exemplo de dever atípico das partes em relação ao tribunal é o dever de apontar as falhas processuais no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, como consequência do princípio da cooperação e da boa-fé processual.

O dever de cooperação em relação ao Tribunal se traduz em um poder dever a ser exercido no interesse da boa administração da justiça e destinado a alcançar a justa composição do litígio. Não se confunde com discricionariedade, posto que se trata de um poder dever de colaboração com as partes em prol da efetividade e justiça da decisão.

Na relação entre as partes e o Tribunal, a doutrina identifica tradicionalmente, a partir da influência do §139 da ZPO alemã os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.¹⁶⁰

O dever de esclarecimento consiste no dever assistencial do Tribunal em relação às partes “[...] quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em Juízo (cf. art. 7.º, n.º 2; cf. também art. 452.º, n.º 1), nomeadamente, porque os mesmos padecem de uma ambiguidade sintáctica ou semântica.”¹⁶¹

¹⁵⁹ DIDIER, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo, n. 198, v. 36, agosto 2011, p. 213. Doutrina minoritária considera que o princípio da cooperação como uma diretriz, apenas como orientador da conduta dos sujeitos processuais. “*trata-se, no fundo, de uma diretriz ou se, se quiser, de uma <regra programática>, orientadora da conduta processual dos diversos agentes ou atores judiciais.*” ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2017, p. 120.

¹⁶⁰ Durante a tramitação do anteprojeto do CPC brasileiro, foi proposta uma Emenda de lavra do Deputado Jerônimo Goergen para que os deveres de cooperação, nos moldes previsto no §139 da ZPO alemã, fossem especificados e descritos, prevendo, inclusive, multa em caso de descumprimento do dever de cooperação pelas partes com a seguinte redação: “*Art. 5.º. O juiz tem o dever de colaborar com as partes para justa solução da lide e para rápida realização do direito alegado em juízo. §1.º O juiz tem de esclarecer- se junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações e pedidos. §2.º O juiz tem de prevenir as partes de que o reconhecimento de seus direitos corre o risco de ser frustrado pelo uso impróprio do processo. §3.º O juiz tem de dialogar com as partes antes de decidir qualquer matéria que não tenha sido previamente entre elas debatida, inclusive no que tange àquelas que deve conhecer de ofício. §4.º O juiz tem de auxiliar as partes no exercício de seus direitos e no desempenho de seus ônus processuais. §5.º Sempre que a colaboração do juiz para com uma das partes depender da prática de ato da parte contrária, esse poderá impor multa coercitiva para estimular o cumprimento e multa sancionatória pelo descumprimento da ordem de cooperação.*” A emenda, por óbvio, não foi aprovada. BRASIL. Projeto de lei nº 6.025, de 2005 e apensados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=955753&filename=EMC+871/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010> Acesso em: 12 fev. 2019.

¹⁶¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: Que consequências?* Disponível em: <https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_

O dever de esclarecimento corresponde ao *Fragerecht* do direito alemão e objetiva que a decisão judicial não careça de informações indispensáveis à apuração da verdade.¹⁶²

São expressões do dever de esclarecimento no direito brasileiro, a determinação pelo juiz do comparecimento pessoal das partes, em qualquer altura, para inquiri-las sobre os fatos da causa (artigo 139, VIII) e nos casos de emenda à petição inicial, cabendo ao juiz indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado.¹⁶³

O artigo 7-2 do CPCP também prevê o comparecimento das partes, seus representantes e mandatários em qualquer altura do processo, a fim de esclarecer a matéria de fato e de direito que se afigurem pertinentes, respeitado o contraditório.

Com a introdução do princípio da cooperação e os poderes deveres do juiz, questiona-se qual o limite do *richterlichen Aufklärung*? Até que ponto o juiz pode orientar as partes sem ferir a sua imparcialidade (*Unparteilichkeit*)?¹⁶⁴

É defeso ao juiz aconselhar as partes, salvo quando os conselhos não se apresentem como defesa unilateral dos interesses de uma das partes, mas também protejam os interesses da outra parte, sob pena de comprometer a imparcialidade judicial.¹⁶⁵

Para MIGUEL MESQUITA:

[...]o ideal é que a sugestão do juiz apareça sob a forma de uma questão (*die fragende Anregung*) e não propriamente um conselho (*eine Beratung*) ou de um puro e simples aviso directamente dirigido à parte, pois essa última forma de atuação pode afectar a «sagrada» imparcialidade do juiz.¹⁶⁶

O dever de prevenção é o “*dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações e pedidos*”¹⁶⁷. No direito brasileiro, o artigo 317 prevê que o juiz antes de proferir sentença sem resolução de mérito, conceda à

dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A2ncias_01.2015_>. Acesso em: 02 fev. 2019, p. 02.

¹⁶² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: Que consequências?*, p. 02.

¹⁶³ Artigo 321 do CPC brasileiro: O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado, sob pena de indeferimento.

¹⁶⁴ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess*, 1978, p. 108.

¹⁶⁵ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, 2002, p. 143.

¹⁶⁶ MESQUITA, Miguel. *Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 145, n. 3995, 2015, p. 89.

¹⁶⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 65.

parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Em Portugal, o juiz tem o poder dever de convidar as partes para o aperfeiçoamento dos articulados deficientes (artigo 590-4).¹⁶⁸

Há na doutrina, dissenso no tocante a existência ou não de um dever geral de prevenção do juiz no ordenamento português, análogo ao *Hinweispflicht* do direito alemão (§139 da ZPO).

O *richterliche Hinweispflicht* estrutura-se com base nas seguintes premissas: não sendo o pedido suficientemente claro ou juridicamente mal formulado, o juiz deve convidar as partes para esclarecer a pretensão que pretendem alcançar, devendo ainda, solicitar o completamento das alegações das partes quando as considerar incompletas ou quando os fatos apresentados não justificarem o pedido, e em casos excepcionais, o juiz deve ou é obrigado a sugerir uma possível e objetiva alteração no pedido.¹⁶⁹

TEIXEIRA DE SOUSA defende que em “[...] todas as situações em que o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”, o juiz pode fazer valer o dever de prevenção, por se tratar de uma cláusula geral.¹⁷⁰

PAULA COSTA E SILVA contrariamente, entende que no ordenamento português não está consagrado um dever geral de prevenção, em razão da inexistência de uma cláusula geral como a §139 da ZPO, e sim “uma situação específica: a complementação ou clarificação na exposição da matéria de facto.”¹⁷¹

Entendemos, como dito alhures, que o princípio da cooperação permite a identificação de deveres típicos e atípicos e como expressão de dever atípico está o dever geral de prevenção decorrente não só do princípio da cooperação, mas também, do princípio da gestão processual que impõe ao juiz a direção ativa do processo, tanto em sentido material quanto em sentido formal, não subsistindo, portanto, razão para a limitação em sua aplicabilidade a situações específicas.

O dever de consulta tem lugar “sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem [...]”.¹⁷²

¹⁶⁸ São ainda, expressões do dever de prevenção no CPC Português o artigo 590-2,b e artigo 591-1,c.

¹⁶⁹ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, 2002, pp. 141-142.

¹⁷⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 66. No mesmo sentido, DIDIER, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, 2010, p. 20.

¹⁷¹ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 593.

¹⁷² SOUSA, Miguel Teixeira de. Op. cit., 1997, p. 65.

No ordenamento brasileiro, a calendarização do procedimento e a possibilidade das partes apresentarem manifestação após a decisão de saneamento e organização são decorrentes do dever de consulta do juiz.

Não se trata de um dever recíproco. É um dever que se dirige ao juiz e assegura as partes a não prolação de decisão surpresa.

Por esse motivo, a concretização do dever de consulta é também a concretização do princípio do contraditório dinâmico como direito conferido as partes de influenciar na solução da controvérsia.¹⁷³

O dever de auxílio visa “auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais.”¹⁷⁴

No Brasil, materializa-se no dever do juiz determinar o suprimimento de pressupostos processuais e dever de saneamento de outros vícios de natureza processual (artigo 139, IX) e a distribuição dinâmica do ônus da prova. No ordenamento português, o artigo 417 estabelece o dever de cooperação para a descoberta da verdade.

Há ainda, o dever de inquisitorialidade,¹⁷⁵ identificado no artigo 411 do CPCP que prevê o princípio do inquisitório e estabelece a prevalência da verdade material sobre a verdade formal, funcionando como verdadeiro poder-dever do magistrado e como complemento do dever de cooperação.

No Brasil, o artigo 370 do CPC é expressão do poder inquisitório do juiz que pode determinar de ofício a apreciação de determinada prova necessária ao esclarecimento da verdade.

A violação do dever de cooperação por ato culposo que torne impossível a prova à contraparte que tenha o respectivo ônus, provoca a inversão do ônus da prova (art. 344-2, CPCP).

E ainda, a omissão do dever de cooperação pela parte “constitui, quando seja grave, uma das situações que a lei tipifica como má fé processual (art. 456, 2, al.c.)). Aquela gravidade da omissão do dever de cooperação pressupõe o dolo ou a negligência grave da parte (artº 456º, nº 2 proémio).”¹⁷⁶

¹⁷³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, 2010, p. 18.

¹⁷⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 66.

¹⁷⁵ Id., *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: Que consequências?* p. 02.

¹⁷⁶ Id., *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, pp. 68-69.

Segundo o professor TEIXEIRA DE SOUSA, no ordenamento português as consequências do não atendimento do princípio da cooperação quando assentam-se numa previsão fechada não dão ao Tribunal qualquer margem de apreciação e a omissão enseja nulidade processual. E se decorrem de previsões abertas que devem ser preenchidas pelo tribunal situam-se no âmbito da discricionariedade.¹⁷⁷

Não concordamos com a posição do autor quanto a discricionariedade, uma vez que do princípio da cooperação extrai-se uma cláusula geral, devendo a omissão, independente de previsão legal de natureza aberta ou fechada, ser sancionada pelo juiz caso preencha o pressuposto normativo.

Já a omissão do dever de cooperação imposto ao Tribunal de convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados deficientes, gera a nulidade da sentença, nos termos do artigo 615-1, d do CPCP, a saber:

A omissão destes deveres traduz-se numa nulidade processual, porque o Tribunal deixa de praticar um acto que não pode omitir (cf. art. 195.º, n.º 1). Sucede, no entanto, que esta nulidade só se torna patente quando o tribunal profere uma decisão, apontando, por exemplo, a falta de um pressuposto processual que não convidou a parte a sanar ou decidindo uma questão de direito que as partes não discutiram no processo.¹⁷⁸

No direito brasileiro, MITIDIERO afirma que “o juiz que se omite no cumprimento dos deveres de cooperação viola o direito ao processo justo”¹⁷⁹ e aponta como consequências do não atendimento dos deveres de colaboração, a inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo, a responsabilização judicial do artigo 133 do CPC e no caso do dever de auxílio, multa do artigo 14 do CPC.

À exceção da ação por inconstitucionalidade, que consideramos de pouca aplicabilidade prática e de maior complexidade para solucionar a questão, os desdobramentos do princípio da cooperação e da boa-fé processuais, as multas e indenizações em relação as partes e a responsabilidade administrativa e civil do juiz são instrumentos hábeis de sanção ao incumprimento.

DIDIER entende que o princípio da cooperação por se tratar de uma cláusula geral confere ao julgador a tarefa de criar o efeito jurídico correspondente a descrição

¹⁷⁷ Id., *Estudos sobre o novo Processo civil*, 1997, pp. 68-69.

¹⁷⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: Que consequências?* p. 05.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil como um prêt-à-porter?*, 2011, p. 64.

normativa,¹⁸⁰ portanto, as consequências pelo desatendimento desses deveres leva a aplicação de sanções por litigância de má fé atípica, posição com a qual nos alinhamos.

A cooperação como princípio e como modelo decorrente do Estado Democrático de Direito impõe as partes e ao Estado-juiz deveres de natureza típica e atípica para que se alcance a justa composição do litígio.

A formação da comunidade de trabalho pressupõe o melhor exercício possível da tutela jurisdicional em prol da busca pela justiça material, assegurando as partes as garantias constitucionais processuais e consequentemente do processo justo.

¹⁸⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, 2010, p. 21.

CAPÍTULO 3 - AS RELAÇÕES ENTRE O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E A BOA-FÉ

3.1 - O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E O PRINCÍPIO DO PEDIDO

As origens do princípio do dispositivo remontam a concepção privatista de processo predominante na vigência do Estado Liberal que privilegiava a autonomia privada e a liberdade na disposição dos direitos privados pelas partes.

Com a autonomia da ciência processual e o desenvolvimento do publicismo, o princípio do dispositivo vem sofrendo atenuação a fim de adequar-se a um modelo de processo em que predomina o interesse público na busca pela justa composição do litígio.

Após a entrada em vigor do Código português em 2013 e a alteração na epígrafe do artigo 5º para “ônus de alegação das partes e poderes de cognição do Tribunal”, ao invés de “princípio do dispositivo”, muito se discutiu na doutrina a respeito da sua consagração no novo ordenamento.

Não se cogita o abandono de um princípio basilar do processo civil, mas tão somente a mitigação em prol da justiça material para harmonizá-lo com os outros princípios enformadores do processo, notadamente os princípios da boa-fé, do contraditório e da cooperação.

Nas palavras de GALENO LACERDA:

Todo processo implica ônus para as partes. Se não aforar o pedido, arrisca-se o autor a jamais ver satisfeita a sua pretensão; Se não exercer a defesa, o réu corre o risco de perder a causa. A prestação jurisdicional cumpre-se, pois, mediante uma atividade onerosa, forçada pelo próprio interesse dos litigantes e, necessariamente, desenrolada no tempo. Essa atividade, acrescida do fator temporal, representa o custo, o passivo, da composição da lide. (...) Jamais logrará realizar justiça perfeita, isentando o resultado de um passivo, material, e também moral – pelas energias gastas, esperanças desfeitas, paixões incontidas. Diminuir esse passivo, sem prejudicar o acerto da decisão, será tender para o ideal de justiça.¹⁸¹

No modelo cooperativo de processo os sujeitos processuais estão vinculados ao dever de litigância de boa-fé e aos deveres de cooperação e “justamente porque existe no processo

¹⁸¹ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, 1990, p. 05.

civil existe o princípio do dispositivo, o juiz deve cooperar com as partes, e elas não podem promover ou permitir uma descoordenação.”¹⁸²

O princípio do dispositivo deve, portanto, funcionar “como contraponto ao processo assimétrico, neutralizando os eventuais exageros e abusos na atuação jurisdicional.”¹⁸³

Consequentemente, o princípio da autorresponsabilidade das partes também sofre uma atenuação, agora não mais interpretado como na concepção liberal e sim, a partir da concepção publicista, conforme os ensinamentos da Professora Doutora Maria José Capelo: “*enfraqueceu-se o princípio da autorresponsabilidade das partes na conformação da matéria de facto em nome de uma maior publicização do processo civil.*”¹⁸⁴

O Professor Doutor MIGUEL MESQUITA leciona que:

Não se nega que a trave-mestra do processo civil continua a ser o *princípio da auto-responsabilidade das partes (Prinzip der Parteiherrschaft)*, mas a percepção de que a justiça cível não pode ser vista apenas como «coisa das partes» - como no século XIX – conduziu à ideia de que o juiz deverá, na qualidade de *activo condutor do processo (ein aktiver Lenker des Rechtsstreits)*, intervir em prol da *eficiência do processo* e da *sentença materialmente justa*.¹⁸⁵

A doutrina alemã no início do século XIX com a intenção de reconstruir sistematicamente a disciplina do processo comum, identificou nas máximas ou princípios um dos critérios diretivos que regulam a dinâmica dos dispositivos processuais, convencida que o processo era um jogo de interesse das partes.¹⁸⁶

Assim, o *Dispositiongrundssatz* divide-se em princípio do dispositivo (*Dispositionsmaxime*) em sentido próprio correspondente ao poder de decidir sobre a instauração do processo, sobre a respectiva subsistência e sobre a delimitação do litígio e princípio do dispositivo em sentido processual/impróprio (*Verhandlungsmaxime*), que

¹⁸² GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*, 2012, p. 126.

¹⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil (uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro)*, 2012, p. 80.

¹⁸⁴ CAPELO, Maria José. *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*. Revista Legislação e Jurisprudência, ano 143, n. 3985, março-abril 2014, p. 294.

¹⁸⁵ MESQUITA, Miguel. *Princípio de gestão processual: o "Santo Graal" do novo processo civil?*, 2015, p. 88.

¹⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, 1960, p. 551.

traduz-se no poder de introduzir no processo a matéria de fato, a decisão a respeito da necessidade da respectiva verificação e a iniciativa desta.¹⁸⁷

Seguiremos a doutrina de LIEBMAN, MIGUEL MESQUITA e ARENHART, autonomizando o princípio do pedido ou demanda do princípio do dispositivo.¹⁸⁸

O princípio do dispositivo remete ao ônus de alegação dos fatos pelas partes com a indicação e produção das provas que considerem pertinentes.¹⁸⁹

O princípio do pedido apresenta dois sentidos. Na primeira vertente, o princípio do pedido relaciona-se a iniciativa ou impulso processual da parte previsto no artigo 3-1 do CPCP. Equivale ao princípio da inércia da jurisdição do artigo 2º do CPCBr.¹⁹⁰

O juiz não promove oficiosamente o processo (*ne procedat iudex ex officio*) cabendo a parte interessada na esfera de responsabilidade e liberdade, o exercício do direito de ação.

No segundo sentido, atua como princípio limitador da sentença ao estabelecer a sujeição do juiz ao pedido, não podendo dar mais ou coisa diversa daquela que é pedida, a sentença deve respeitar o pedido em quantidade ou qualidade (vício de *ultra e extra petita*), sob pena de nulidade.¹⁹¹

A delimitação do *thema decidendum* é feita por meio da formulação do pedido.

O princípio da correlação confia ao magistrado o dever positivo de apreciar o pedido em sua totalidade e uma garantia negativa impedindo o julgamento fora do pedido, ressalvada a interpretação dos fatos ou à qualificação jurídica, em razão da regra do *iura novit curia*.¹⁹²

¹⁸⁷ MOREIRA, José Barbosa. *O problema da “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos*. Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39.

¹⁸⁸ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*, 1960, pp. 551-553, MESQUITA, Miguel. *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil: acórdão de 8 de Julho de 2010: [anotação]*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n. 3983, 2013, p. 135, nota 3.

¹⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*, 1992, p. 332.

¹⁹⁰ MESQUITA, Miguel. *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil*, 2013, p. 136.

¹⁹¹ Id. *ibid.*, p. 137. No direito português, há exceções essa regra, como o artigo 931 (fixação de alimentos oficiosa), artigo 376-3 (procedimento cautelar comum, o juiz não está adstrito a providencia cautelar pedida), artigo 878 e seguintes (procedimento especial, tutela dos direitos de personalidade, comportamento concreto a que o requerido fica sujeito).

¹⁹² ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira/ coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 590-591.

O direito não deve ser provado, a exceção das previsões legais e o juiz pode e deve aplicar o direito que conhece e lhe parece mais adequado à solução do caso concreto, atendendo aos elementos da causa de pedir.¹⁹³

Ressalte-se que, a aplicação efetiva do contraditório dinâmico relativiza o *iura novit curia*, uma vez que, o modelo cooperativo de processo promove um permanente diálogo entre as partes e o juiz para além do direito a bilateralidade da audiência.

O princípio do dispositivo é um verdadeiro axioma do processo civil, mas não impera absoluto.¹⁹⁴ No segundo sentido, precisa adequar-se a processo cooperativo e aos reclames do interesse público que permeia o processo civil moderno.

A regra da congruência ou correlação entre a ação e a sentença origina-se no artigo 281 do Código de Processo Civil de 1876, cuja redação se manteve no artigo 609-1 do CPCP de 2013.

No Código de Processo Civil brasileiro a congruência entre o pedido e a sentença está prevista no artigo 492 que reproduz a redação do artigo 460 do CPC-73 e ainda, no artigo 141: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito à lei exige iniciativa das partes.”

Ambas as normas nasceram no auge do processo privatista e, portanto, devem ser interpretadas em conformidade com o sistema processual vigente.

Nessa perspectiva, o princípio do pedido na segunda vertente deve ser mitigado em prol da efetividade do processo, vez que, “a sacralização do princípio do pedido, impedindo o mínimo desvio, acabar por lesar o princípio da economia processual.”¹⁹⁵

¹⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil (uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro)*, 2012, pp. 48-49.

¹⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*, 2006, p. 594.

¹⁹⁵ MESQUITA, Miguel. *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil*, 2013, p. 145.

3.2 - O ARTIGO 5º DO CÓDIGO DE PROCESSO PORTUGUÊS E A PRECLUSÃO RÍGIDA NA ALEGAÇÃO DOS FATOS

3.2.1 - A CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS NO CÓDIGO PORTUGUÊS

O artigo 5º do Código de Processo Civil português dispõe sobre o ônus de alegação das partes no articulado inicial e o regime de ingresso dos fatos no processo classificando-os em essenciais, instrumentais, complementares e concretizadores.

Os fatos essenciais (ou principais) são “*aqueles que permitem individualizar a situação jurídica alegação na ação ou excepção*”¹⁹⁶ ou seja, são necessários à identificação da situação jurídica invocada pela parte, revelando a viabilidade da ação ou excepção.

As partes cabe alegar os fatos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções invocadas.

Nas lições de MANUEL DE ANDRADE: “*A petição inicial é a base do processo e baliza os termos da acção, identificando-a, sendo para tal essencial a exposição dos fundamentos de facto, o acto ou facto jurídico concreto donde emerge a pretensão do autor.*”¹⁹⁷

Ao propor a ação o autor deve expor os fatos que fundamentam o pedido.

O pedido mediato deve estar expresso e devidamente identificado na petição inicial, servindo como meio para o pedido mediato que se apresentar como a técnica processual adequada a tutela do direito invocado (pedido mediato).¹⁹⁸

A teoria da substanciação impõe que, na petição inicial o autor não só formule o pedido, como também apresente os fundamentos de fato e de direito que compõe o pedido e consequentemente, constituem a causa de pedir (art. 552-1,d do CPCP).

A causa de pedir é a “unidade fático-jurídica denotada por um fato essencial juridicamente qualificado.”¹⁹⁹ A causa de pedir remota compreende o fato constitutivo do direito do autor (causa ativa) e o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, representado pelo interesse de agir (causa passiva). Já a causa de pedir próxima constitui-se

¹⁹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 71.

¹⁹⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 100-101.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2, 2017, pp. 162-164.

¹⁹⁹ Id. *ibid.*, p. 158.

do fundamento jurídico do pedido, identificando a relação jurídica que vincula autor e réu ou direito constitutivo invocado pelo autor como causador do efeito pretendido.²⁰⁰

O réu, por sua vez, em cumprimento ao princípio da eventualidade e da concentração da defesa (artigo 573 CPCP), deve no momento da contestação deduzir todas as alegações, cabendo, excepcionalmente, alegações relativas a direito ou fato superveniente, as matérias de conhecimento oficioso e as que a lei admita a formulação *a posteriori*.

Às partes cabem a alegação dos fatos essenciais na fase dos articulados, sendo inadmissível posterior alegação.

Os fatos instrumentais são aqueles “utilizados para realizar a prova indiciária dos factos principais, isto é, esses factos são aqueles de cuja prova se pode inferir a demonstração dos correspondentes factos principais.”²⁰¹

Resultam da instrução da causa e não carecem de alegação, podendo o juiz ‘conhecê-los de ofício.

A função dos fatos instrumentais é permitir atingir a prova dos fatos principais.²⁰²

Os fatos complementares “são indispensáveis à procedência dessa ação ou exceção, mas não integram o núcleo essencial da situação jurídica alegada pela parte”.²⁰³

Sobre os fatos complementares, TEIXEIRA DE SOUSA afirma que não integram a causa de pedir defendendo a tese de exclusão. A doutrina majoritária, a qual nos filiamos, defende a tese da inclusão, em que os fatos complementares “integram a causa de pedir, pois eles traduzem, no plano factual, a hipótese normativa em que se apoia a pretensão do autor.”²⁰⁴

Os fatos concretizadores “são factos que, gravitando na órbita dos factos essenciais, se limitam a pormenorizar ou a densificar aspectos da causa de pedir e da própria defesa.”²⁰⁵

²⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil (uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro)*, 2012. p. 39. No direito italiano, em relação aos direitos heterodeterminados (direitos relativos) se a causa de pedir se altera, o mesmo ocorre com o fato constitutivo e no caso dos direitos autodeterminados (direitos absolutos), a variação do fato constitutivo não determina uma demanda nova, porque a causa de pedir é identificada pelo próprio conteúdo do direito. RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 233.

²⁰¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 72.

²⁰² FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2017, p. 175.

²⁰³ SOUSA, Miguel Teixeira de. Op. cit., 1997, p. 71.

²⁰⁴ MESQUITA, Miguel. *A «morte» do princípio do dispositivo?* Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 147, nov.-dez. 2017, p. 95.

²⁰⁵ Id. ibid., p. 98.

A partir da reforma de 95/96 atenuou-se o efeito preclusivo sobre a dedução da matéria de fato, conforme as lições de LOPES DO RÊGO, o legislador buscou:

[...] introduzir alguma atenuação no funcionamento do princípio da *preclusão*, eliminando alguns regimes processuais que assentavam em uma visão exacerbada de princípio da *auto-responsabilidade das partes*, procurando operar-se alguma “eticização” no domínio do processo civil, subordinando-o, dentro de certa medida, aos princípios da *culpa* e da *proporcionalidade*.²⁰⁶

Entretanto, a mitigação alcançou somente os fatos concretizadores e complementares que podem ser adquiridos pelas partes até o encerramento da discussão, quando resultem da instrução da causa e garantindo-se o direito das partes a se pronunciar (artigo 5-2).²⁰⁷

Além disso, a opção legislativa de manter uma classificação exaustiva talvez não seja a mais adequada.

Sobre o tema, MARIANA FRANÇA GOUVEIA propõe uma classificação mais clara dividindo os fatos em principais e não principais. Os primeiros são os que constam da previsão normativa a aplicar – fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos e os não principais são todos os outros. Para a autora, a “distinção entre factos principais e não principais é necessária tão só para delimitar os poderes do juiz, para operacionalizar o princípio dispositivo.”²⁰⁸

São exceções ao ônus de alegação dos fatos, os fatos notórios, os fatos que Tribunal conhece em razão do exercício das suas funções, a simulação do litígio (artigo 612, CPCP) – todos de conhecimento oficioso – e os articulados supervenientes (artigo 588, CPCP).

Os fatos notórios são aqueles que não carecem de alegação, são de conhecimento geral e qualquer pessoa tem conhecimento sobre eles.²⁰⁹

E sobre os fatos que o juiz tomou conhecimento em razão do exercício de suas funções, apesar das discussões em torno da sua abrangência, afirma-se que o juiz não pode

²⁰⁶ RÊGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 30.

²⁰⁷ Cf. na jurisprudência do TRP: “V - Os factos instrumentais ou concretizadores não estão sujeitos ao princípio da concentração, podendo ser processualmente adquiridos por meio de três formas: i. por alegação nos articulados; ii. através de convite ao aperfeiçoamento dos articulados a ser formulado vinculadamente pelo juiz (artigo 590º, n.ºs 2 al. b), 4, 5 e 6, do CPC); iii. por via da instrução da causa (artigo 5º, n.º 2, al. b), do CPC), desde que sobre eles as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciar.” Tribunal da Relação do Porto. Apelação nº 1425/17.8T8GDM.P2. Relator: Des. Jorge Seabra. Data de julgamento: 06/05/2019.

²⁰⁸ GOUVEIA, Mariana França. *O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, abril-setembro 2013, p. 613.

²⁰⁹ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2017, p. 172.

servir-se de fatos de seu conhecimento particular face o risco de comprometimento da sua imparcialidade.

Quanto ao uso anormal do processo, os fatos são de conhecimento oficioso quando a conduta das partes ou as circunstâncias da causa demonstrem o uso do processo por ambas as partes para a prática de ato simulado ou para conseguir fim proibido pela lei.

As partes podem apresentar articulados supervenientes em três situações.

A primeira quando é deduzida uma exceção no último articulado, a parte contrária pode responder-lhe na audiência preliminar ou na audiência final em homenagem ao princípio do contraditório.

O segundo ocorre quando havendo insuficiências ou imprecisões na alegação da matéria de fato, o juiz convida as partes ao aperfeiçoamento dos articulados deficientes, com o direito ao contraditório garantido a contraparte, mesmo sendo revel.²¹⁰

LEBRE DE FREITAS entende que às partes não é permitido utilizar do despacho de aperfeiçoamento para invocar nova causa de pedir ou novo pedido, bem como não são objeto de articulado superveniente causa de pedir ou exceção que não se apresentem devidamente identificados na petição inicial, é caso de ineptidão da petição inicial ou nulidade da exceção.²¹¹

Em recente acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa deu a seguinte interpretação ao princípio da cooperação em conjugação com o do dispositivo e autorresponsabilidade das partes:

- I – O princípio da cooperação deve ser conjugado com os princípios do dispositivo e da auto-responsabilidade das partes, que não comporta o suprimento, por iniciativa do juiz, da omissão de indicação do pedido ou de alegação de factos estruturantes da causa de pedir.
- II - O convite ao aperfeiçoamento de articulados previsto no artigo 590.º, n.ºs 2, alínea b), 3 e 4, do CPC, não compreende o suprimento da falta de indicação do pedido ou de omissões de alegação de um núcleo de factos essenciais e estruturantes da causa de pedir.
- III - Tal convite, destina-se somente a suprir irregularidades dos articulados, designadamente quando careça de requisitos legais, imperfeições ou imprecisões na exposição da matéria de facto alegada.
- IV - As deficiências passíveis de suprimento através do convite têm

²¹⁰ FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum: à luz do código de processo civil de 2013*. 4ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, pp. 141-142.

²¹¹ Id. *ibid.*, pp. 144-145.

de ser estritamente formais ou de natureza secundária, sob pena de se reabrir a possibilidade de reformulação substancial da própria pretensão ou da impugnação e dos termos em que assentam (artigos 590.º, n.º 6 e 265.º, do CPC).²¹²

Por que o convite ao aperfeiçoamento do artigo 590,6 do CPC não pode funcionar como meio processual idóneo para suprimento de falhas ou omissões na indicação do pedido e da causa de pedir como expressão do *Hinweispflicht* do juiz em relação às partes, à semelhança do §139 da ZPO alemã?

Para TEIXEIRA DE SOUSA, a omissão do ônus de alegação do autor na petição inicial não impõe necessariamente a preclusão da matéria de fato, caso a falta de alegação do fato essencial não implicar total ininteligibilidade da causa de pedir ou do fundamento da exceção²¹³, podendo ser suprida por meio do convite ao aperfeiçoamento dos articulados.²¹⁴

Pensamos que, reduzir a função do despacho de convite ao aperfeiçoamento a questões de natureza estritamente “formais” ou “secundárias” não privilegia o princípio da cooperação e sim, a rigidez do princípio do pedido e da autorresponsabilidade das partes.

Em um modelo de processo cooperativo, o juiz não pode permanecer inerte diante de deficiências ou omissões na formulação da causa de pedir.

O convite ao aperfeiçoamento dos articulados é expressão do princípio da cooperação do qual decorrem os deveres de esclarecimento e prevenção do juiz, não se trata, portanto, de poder discricionário e sim, poder *vinculado*, cabendo inclusive recurso de revisão em caso de omissão.²¹⁵

Por fim, o último permissivo legal à apresentação de articulados fora da fase prevista são os fatos supervenientes.

A superveniência pode ser objetiva quando se refere a fatos ocorridos posteriormente ao final do prazo preclusivo estabelecido pela lei ou subjetiva quando se dá diante de fatos anteriores, dos quais a parte só tenha conhecimento depois de findarem aqueles prazos.

Os articulados supervenientes podem levar a alteração do pedido e da causa de pedir?

²¹² Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação nº 573/18.1T8SXL.L1-6. 6ª Secção. Relator: Manuel Rodrigues. Data do julgamento: 24.01.2019.

²¹³ Na jurisprudência, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, decisão no seguinte sentido: “Perante uma petição inicial deficiente, incompleta, no que concerne à descrição dos factos constitutivos do direito a que se arroga o autor, em que não falta nem é ininteligível a causa de pedir, deve o juiz formular o convite de aperfeiçoamento previsto no artigo 590.º, n.º 4, do CPC.” Apelação nº 10327/15.1T8CBR.C1. Relator: Arlindo Oliveira. Data de Julgamento: 14.03.2017.

²¹⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, pp. 77-78.

²¹⁵ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2017, pp. 190-191.

Em relação ao réu, o artigo 573-2 permite a dedução de exceções, incidentes e meios de defesa supervenientes como exceção ao princípio da concentração da defesa.

Relativamente ao autor, a possibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir nos articulados supervenientes é controvertida.

LEBRE DE FREITAS invoca o princípio da economia processual e a consideração de que o preceito só alcançaria efetividade se não fosse imposta a limitação dos artigos 264 e 265 do CPCP.²¹⁶

Para o professor LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, a atendibilidade dos fatos supervenientes é um desvio à regra de congruência, contudo:

O fato superveniente pode alterar a causa de pedir remota, não modificando a causa de pedir próxima. Significa que há de ser mantida a mesma relação jurídica, podendo ser considerado novo fato que ocasione o mesmo direito invocado e a mesma pretensão formulada.²¹⁷

Seguimos a linha do professor Lebre de Freitas. Se o articulado superveniente pressupõe a existência de um fato novo ou de conhecimento posterior com potencialidade de alterar a causa de pedir ou pedido, não admiti-lo invocando a rígida disciplina de alteração, tornaria o dispositivo inócuo.

Com o despacho de admissão do articulado superveniente, a contraparte é notificada para exercer o contraditório e indicar provas que considerar pertinentes.

O articulado superveniente pode ser rejeitado quando for manifesto que os fatos não interessam à boa decisão da causa ou quando, por culpa da parte, for apresentado fora de tempo.

A aferição de culpa foi introduzida em 1961 inspirada na norma alemã do § 296, II que trata do regime de apresentação de meios de ataque e defesa tardios e não se conforma bem com o regime dos articulados supervenientes, devendo ser interpretado em “harmonia com o regime geral do art. 140-1 (justo impedimento), em que o autor do articulado superveniente terá, no caso de exceder os prazos estabelecidos no artigo 588-3, de alegar e provar (ainda que por admissão da parte contrária) que tal não lhe é imputável.”²¹⁸

²¹⁶ FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum*, 2017, p. 147.

²¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil (uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro)*, 2012, pp. 104-105.

²¹⁸ FREITAS, José Lebre de. *Op. cit.*, 2017, p. 148, nota 18.

3.2.2 - A ESTABILIZAÇÃO DA INSTÂNCIA E O REGIME DE ALTERAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR

O sistema rígido de preclusão funda-se na proibição de alterações nos elementos da demanda após determinado momento processual, permitindo apenas retificações não essenciais.

O risco de eternização das demandas, a necessidade de renovação de atos de produção de provas e de novo contraditório, a possível má fé das partes e advogados no uso das estratégias processuais e a violação do princípio do contraditório são argumentos invocados pelos defensores do sistema rígido.

Os sistemas preclusivos não permitem o aproveitamento de fatos tardios apoiados na garantia da razoável duração do processo e na igualdade entre as partes, entretanto, em um modelo cooperativo, regido pela boa-fé, em que o juiz deve garantir a igualdade entre as partes, em que medida a igualdade não seria respeitada? Não nos parece um argumento razoável.

Ademais, é preciso lembrar as lições de JAUERNIG:

*O processo rápido não deixa de ter problemas. O apuramento e consideração de todas as circunstâncias de facto e de direito dum caso levam tempo. Faltando este, encurta-se (demasiado) o processo. Rapidez e profundidade casam-se mal. Quem queira acelerar o processo deve ter em conta que, com isso, pode aumentar o número de erros judiciários.*²¹⁹

A persecução de uma celeridade a “qualquer custo” gera uma espécie de efeito colateral para as partes: ajuizamento de novo processo.

Por essa razão, o princípio da razoável duração do processo também sustenta os sistemas flexíveis na medida em que, quanto mais próxima da realidade dos fatos for a decisão, consegue evitar o ajuizamento de futuros processos.

Segundo MANUEL DE ANDRADE, “deve cada processo resolver o máximo possível de litígios (*economia de processos*); e deve por outro lado comportar só os actos e formalidades indispensáveis ou úteis (*economia de actos e economia de formalidades*).”²²⁰

O sistema flexível privilegia a justiça material e a tutela jurisdicional efetiva.

²¹⁹ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, 2002, p. 157.

²²⁰ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*, 1979, p. 88.

Às partes devem ser garantidas, em igualdade de oportunidade, as possibilidades de efetiva participação no processo por intermédio de um contraditório participativo. A participação decorrente do princípio do contraditório reafirma o Estado Democrático de Direito e a sua aplicação atenua o rigor da regra da eventualidade.²²¹

Nesse contexto, no atual modelo de processo cooperativo, informado pela boa-fé, igualdade de oportunidades e contraditório participativo não se conformam os modelos rígidos e flexíveis puros, buscando-se um equilíbrio em consonância com todos os direitos e garantias das partes a fim de se obter a prestação jurisdicional efetiva.

No âmbito da preclusão, os sistemas português e brasileiro de tradição romano-germânica e não-adversarial sofreram forte influência da *litis contestatio* romana e se caracterizam, portanto, por um sistema de preclusão rígido e acentuação do princípio da eventualidade.²²²

A estabilização da demanda é momento processual em que não são mais admissíveis alterações em seus elementos subjetivos, partes, e objetivos, pedido e causa de pedir.

A citação marca a estabilização da instância, sendo defeso qualquer alteração à nível de partes, pedido e causa de pedir.

Desde o Código de Alberto dos Reis adotou-se o regime rígido de modificação da causa de pedir ou pedido, especialmente, na ausência de acordo entre as partes.

A modificação da causa de pedir da causa de pedir pode ocorrer por alteração “quando novos factos integram um facto constitutivo do direito do autor que pretende introduzir em substituição ao inicial” ou ampliação “quando os novos factos alegados integram outro facto constitutivo direito do autor, a valer ao lado do primeiro.”²²³

O artigo 273-1 e 2 do CPC 61 autorizava, mesmo sem acordo, a alteração ou ampliação simultânea do pedido ou da causa de pedir na réplica, desde que não implicasse uma relação jurídica diversa da controvertida.

Para VARELA/BEZERRA/NORA: “A *réplica* constitui ainda um *momento* importante na fixação dos termos em que é permitida a modificação dos elementos objectivos da acção (*pedido e causa de pedir*), depois da entrega da petição inicial.”²²⁴

²²¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil (uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro)*, 2012, p. 49.

²²² Id. Ibid., p. 26.

²²³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2017, p. 214.

²²⁴ VARELA, João Antunes de Matos; BEZERRA, José Miguel; NORA, José Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. rev.act. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 355.

A réplica funcionava como válvula de segurança de modo a flexibilizar a estabilização da instância e princípio do pedido. Com a entrada em vigor do CPC 2013, a réplica não se presta mais a essa finalidade, servindo apenas como articulado reconvenicional (artigo 584-1), sujeitando o objeto do processo a uma “rigidez contrária ao princípio da economia processual”.²²⁵

No regime atual, o acordo de vontades afasta o efeito estabilizador da demanda e as partes de livre iniciativa podem modificar o pedido e a causa de pedir, desde que não haja perturbação inconveniente à instrução da causa (artigo 264).

E inexistindo acordo, a alteração ou ampliação da causa de pedir pode ocorrer na confissão feita pelo réu e aceita pelo autor (artigo 265-1) e no caso do pedido, em qualquer altura, até o encerramento da discussão na 1ª instância, desde que a ampliação seja consequência do pedido primitivo (artigo 265-2).

É permitida ainda, a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir quando não implicar em convolação para relação jurídica diversa da controvertida (artigo 265-6).²²⁶

Afinal, as alterações à nível do regime de aquisição dos fatos desde a reforma de 95/96 e após, com a entrada em vigor do Código de 2013, atenuaram ou não o regime da preclusão no direito português?

Ao contrário do disposto na exposição de motivos do CPCP-13, em que o legislador cita a “*possibilidade ao longo de toda a tramitação, (...) vir a entrar nos autos um acervo factual merecedor de consideração pelo Tribunal com vista à justa composição do litígio*”, houve o reforço do princípio da preclusão ao mesmo tempo que se atribuíram poderes-deveres ao juiz de gestão processual e material do processo.

O artigo 5-2 autoriza o conhecimento de ofício dos fatos instrumentais, complementares e concretizadores resultantes da instrução da causa desde que as partes manifestem-se a respeito, entretanto, não possuem o condão de alterar ou ampliar a causa de pedir ou o pedido ou exceção, mas tão somente completar ou concretizar causa de pedir ou exceção identificada na fase dos articulados.²²⁷

²²⁵ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*, vol. 2, 2017, p. 513.

²²⁶ Para FARIA/LOUREIRO, o requisito do artigo 265-6 do CPCP perdeu o sentido, em razão do pedido e da causa de pedir estarem sujeitos ao “limite de qualidade e nexos” estabelecidos nos números anteriores do referido artigo. FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2014. p. 256.

²²⁷ FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum*, 2017, p. 142. Como exemplo de fato concretizador que não se traduz em alteração da causa de pedir, o seguinte acórdão do Tribunal da Relação do Porto: “I - A

Bastante crítica ao regime adotado pelo CPCP, a professora doutora Mariana França Gouveia entende que:

[...]deveria admitir-se a alegação ou aquisição de factos até ao fim do julgamento. Repito, entendo que o melhor sistema processual é aquele que considera na sua decisão todos os factos que resultaram da produção de prova e não apenas aqueles que, além de terem resultado da produção de prova, foram alegados nos articulados.²²⁸

No âmbito do Código de Processo do Trabalho, há um importante mecanismo de flexibilização do princípio do pedido previsto no artigo 72, I, que admite a ampliação da base instrutória para o aproveitamento de fatos não articulados que o Tribunal considere *relevantes*, desde que garantido o contraditório.

Para FARIA/LOUREIRO, as alterações nos elementos objetivos da demanda no âmbito da adequação formal não negam ou contrariam a confiança das partes no desenvolvimento da instância, desde que:

Garantido o respeito ao contraditório e a igualdade substancial das partes (artigo 3º e 4º), quando a alteração objetiva da instância permite conciliar melhor os princípios da celeridade, adequação e economia processuais, este na vertente da economia de processos, deve ser admitido em atendimento ao artigo 6º e 547 (gestão processual e adequação formal, respectivamente).²²⁹

A rigidez da preclusão quanto ao momento de exercício dos ônus de alegação das partes afasta, à primeira vista, a possibilidade de apreciação dos fatos que ingressam tardiamente de boa-fé no processo e que modificam a causa de pedir e o pedido.

A redução do número de articulados com a exclusão da possibilidade de modificabilidade do pedido e da causa de pedir na réplica e o reforço da preclusão,

noção legal de causa de pedir é uma noção mista entre factos e direito, e pode ser definida como o conjunto de factos naturais alegados à luz de uma certa e concreta perspectiva jurídica. II - Tendo por base esta noção de causa de pedir, deve entender-se que se verifica uma situação de alteração da causa de pedir quando o autor adita uma factualidade inicialmente omitida por insuficiência de alegação, quando substitui um facto essencial inicialmente alegado por outro do mesmo tipo e abarcável à luz da mesma pretensão jurídica ou quando altera o fundamento jurídico invocado, com ou sem alteração do pedido. III - Tendo a Autora alegado na Petição Inicial que celebrou um contrato de transporte internacional de mercadorias com a Ré e que a mercadoria não foi entregue, por o veículo que fez o transporte se ter acidentado, causando a perda total daquela e causando-lhe um conjunto de prejuízos materiais, indemnizáveis à luz das disposições relativas à responsabilidade do transportador, deve entender-se que a subsequente alegação de que o acidente se ficou a dever a velocidade excessiva e desrespeito dos tempos de condução e descanso não se traduz numa alteração da causa de pedir, mas tão-só uma concretização da factualidade alegada inicialmente.” Apelação nº 1253/15.5T8PVZ-A.P1. Relatora: Lina Baptista. Data do julgamento: 21.02.2018.

²²⁸ GOUVEIA, Mariana França. O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil, 2013, p. 600.

²²⁹ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol.1, 2014, p. 257.

admitindo-se somente o aproveitamento no curso do processo dos fatos instrumentais, concretizadores e complementares, excluindo os fatos essenciais tardios em qualquer circunstância se mostra contraditório com todo sistema processual elaborado pelo legislador.

Ainda assim, o processo português se mostra menos inflexível ao possibilitar nos termos do artigo 264, que as partes acordem quanto a modificação do pedido e da causa de pedir. No sistema brasileiro, seguindo a interpretação literal da lei, nem mesmo por acordo, seria possível a alteração dos elementos da demanda após a estabilidade da demanda.

3.3 - A ESTABILIDADE DA DECISÃO DE SANEAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

3.3.1 - A FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO

O despacho saneador nasceu do “despacho regulador do processo” em Portugal (Decreto nº 3 de 29 de maio de 1907 – artigo 9º) e tinha como finalidades precípua conhecer das nulidades, posteriormente foram incluídas mais duas finalidades, a apreciação da legitimidade das partes e a representação e julgamento de questões prévias ou prejudiciais.²³⁰

A legislação processual brasileira sempre se valeu da técnica do saneamento escrito.

Na Reforma do CPC em 1994, a regra do saneamento escrito foi mantida e somente para os casos de direitos disponíveis, adotou-se a técnica oral da audiência de conciliação.

Com a lei nº 10.444/2002, a audiência “preliminar” tornou-se facultativa nos casos de direitos que admitiam transação, não sendo cabível apenas quando “as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a solução consensual”.

O pressuposto da improbabilidade da transação, à vista das circunstâncias da causa, como conceito jurídico indeterminado, devia ser concretizado caso a caso, não se tratando, portanto, de discricionariedade.²³¹

BARBOSA MOREIRA atento as transformações, afirmou que a reforma de 2002, não contrariou a tendência europeia no aspectos de:

[...] abandono da obrigatoriedade da audiência e a maior latitude ao juiz na matéria refletem dois aspectos bem nítidos da evolução contemporânea do processo civil, perceptíveis até no mundo anglo

²³⁰ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, 1990, p. 40.

²³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Vicissitudes da audiência preliminar*. Temas de Direito Processual: nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136.

saxônico: o reforço dos poderes do juiz de direção formal do processo e certo declínio da oralidade.²³²

A exemplo, no processo civil espanhol a LEC disciplina nos artigos 414 e seguintes a audiência prévia ao Juízo que tem lugar após a fase dos articulados, na qual as partes serão informadas da possibilidade de recorrer a conciliação ou mediação, devendo o juiz, para além disso, examinar as questões processuais necessárias ao exame de mérito da causa, fixar os fatos controvertidos do processo, podendo ainda, propor e admitir provas.²³³

O Código de 2015 deixa de se referir de forma imprópria a “despacho saneador” e consagra a decisão de saneamento e organização privilegiando a técnica escrita, devendo o juiz, a par do dever de consulta, conceder às partes no prazo de cinco dias, para que possam pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, findo o qual a decisão se tornará estável.

A decisão de saneamento, portanto, marca a estabilidade da instância no processo brasileiro.

Se a causa apresentar *complexidade* em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes – o saneamento compartilhado. É uma expressão do princípio da cooperação e do dever de esclarecimento à semelhança do *Hinweispflicht* do direito alemão.

Em comentário sobre a audiência prévia no direito português, o professor Doutor MIGUEL MESQUITA afirma se tratar da “antecâmara da audiência final e constitui a fase ideal para o juiz ensaiar os seus poderes de gestão, exercendo uma benéfica influencia no processo.”²³⁴

ABRANTES GERALDES aponta precisamente a nossa posição acerca da audiência “preliminar”:

A audiência preliminar pode, assim, constituir uma ocasião para, na verdade, actuar o princípio da cooperação, com vista à facilitação do desenvolvimento posterior da instância, delimitando os termos do litígio aos aspectos substanciais e que, de facto, são determinantes para a procedência da acção ou para o êxito da defesa.²³⁵

²³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Vicissitudes da audiência preliminar*, 2007, pp. 135-136.

²³³ Id. *ibid.*, p. 134.

²³⁴ MESQUITA, Miguel. *Princípio de gestão processual: o "Santo Graal" do novo processo civil?*, 2015, pp. 96-97.

²³⁵ GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 110-111.

A opção legislativa pelo saneamento de gabinete não se mostra contrária a um processo informado pelo princípio da cooperação e da boa-fé processual, cuja intenção é a formação de uma comunidade de trabalho para alcançar a verdade material e a justa composição do litígio? Não seria mais uma contradição do Código de 2015?

O momento processual mais adequado para a sanação de defeitos e esclarecimento da matéria de fato e de direito é justamente a fase de saneamento e organização, em que as partes e o juiz possuem as melhores condições de delimitar a matéria de fato, onde o juiz encontrará maiores subsídios para definir a distribuição do ônus da prova e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

O saneamento compartilhado é sem dúvida a solução mais coerente com o sistema processual vigente, porque expressa a verdadeira integração entre as normas fundamentais do processo civil e a busca pela justa composição do litígio.

3.3.2 - A DECISÃO DE SANEAMENTO E A RIGIDEZ DA PRECLUSÃO

No plano dos fatos, no ordenamento brasileiro, não há a distinção nos moldes do ordenamento português, os fatos são principais constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos ou não principais, no entanto a disciplina de alteração do pedido e causa de pedir também não é elástica.

Sob a égide do processo liberal e individualista, os Códigos de 1939 e 1973 privilegiavam quanto à alteração do pedido, o princípio dispositivo e do pedido na concepção clássica e consequentemente, um sistema de preclusão rígido.

No Código Buzaid, o despacho saneador marcava a estabilização da instância para a alegação de fatos, com o consentimento do demandado. Após o saneamento do processo, em nenhuma hipótese era permitida a alteração do pedido ou da causa de pedir (parágrafo único do artigo 264).

Com muita propriedade, antes mesmo do Projeto de Novo Código Civil ser apresentado, o professor Carlos Álvaro de Oliveira chamava atenção para a necessidade de repensar o regime da estabilização da demanda referente à modificação do pedido e da causa de pedir:

Do ponto de vista cooperativo, no estágio atual da história brasileira, já está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação processual, para permitir-se a alteração do pedido e da causa de pedir nos termos da recente legislação processual

portuguesa. Dessa forma, estimular-se-ia mais uma vez o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo, que não tem mais razão de ser.²³⁶

As tentativas do legislador de alterar o regime de aquisição dos fatos no processo e a consequente flexibilização da alteração da causa de pedir e do pedido não obtiveram êxito.

O texto original do anteprojeto tinha a seguinte redação:

Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.

Nos dizeres de ARRUDA ALVIM, a norma “visava à instrumentalidade e a economia processuais, com vistas a aproveitar o processo nas hipóteses em que interessado decidisse reformular o pedido e a causa de pedir.”²³⁷

Para MARINONI/ARENHART/MITIDIERO, a norma permitia a composição de litígios com maior economia processual e em conformidade com o objetivo daquele que buscou a tutela jurisdicional, evitando-se o dispêndio inútil da atividade e eventual ajuizamento de outras demandas.²³⁸

Nas audiências públicas realizadas durante os trabalhos da Comissão de Elaboração do novo Código, o dispositivo foi alvo de críticas.

Argumentava-se que as partes e seus procuradores, ao vislumbrar uma possível derrota no processo, poderiam requerer o aditamento do pedido ou da causa de pedir sob o manto da boa-fé, comprometendo a celeridade e o princípio da razoável duração do processo, provocando um prolongamento indefinido da demanda.

Na 7^a Reunião da Comissão Elaboradora do Código, o professor e membro da Comissão, PAULO LUCON propôs como momento de estabilização da demanda a audiência preliminar, afirmando que a possibilidade de alteração do pedido e da causa de

²³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2019, p. 25.

²³⁷ ARRUDA ALVIM. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. *Justitia*, n. 67 (201), jan-dez. 2010, p. 239.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 114-115.

pedir sem limitação de tempo fere o princípio da estabilidade da instância e que significaria um enfraquecimento da preclusão, contribuindo para a demora demasiada do processo.²³⁹

Como consequência, o Relatório Final do Código de Processo Civil de 2015 não acolheu a redação do anteprojeto e consolidou um regime de alteração da causa de pedir preclusivo.

No Código de 2015, o autor pode aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir até a citação, sem consentimento do réu (artigo 329, I).

Após a citação, exigida a anuência do réu para a alteração ou ampliação do pedido e da causa de pedir que pode ocorrer até o saneamento, assegurado o exercício do contraditório, facultando-se a produção de prova suplementar (artigo 329, II). Até a decisão de saneamento, a ampliação negociada do objeto litigioso do processo é um negócio jurídico processual atípico.

Na interpretação literal do artigo 329, após a decisão de saneamento e organização do processo não há possibilidade de alteração nem mesmo por livre convenção das partes.

Se as partes desejam de forma consensual alterar ou ampliar o objeto litigioso após o saneamento, o juiz deve rejeitar?

Essa interpretação encontra-se em patente confronto com a cláusula geral do negócio jurídico processual prevista no artigo 190 do CPC.

O regime adotado pelo legislador é contraditório uma vez que as partes podem a qualquer tempo, por meio da autocomposição ampliar o pedido ou a causa de pedir.

²³⁹ “O segundo ponto tratado no projeto diz respeito à possibilidade de alteração da causa de pedir e pedido no curso do processo. E, aqui, conheço muito bem a ideia constante do projeto de Código de Processo Coletivo, que virou o Projeto de Lei de Ação Civil Pública, agora está um pouco congelado, este projeto. Essa ideia é extremamente louvável no processo coletivo, de se admitir a alteração da causa de pedir do pedido, porque, lá, nós estamos a defender o bem jurídico coletivo. No entanto, no processo individual, em que há um forte grau de disponibilidade das partes, há uma problemática que tem o receio de termos um processo infundável. Aqui no processo paulista, aqui de São Paulo, eu tenho casos, como advogado, de apelações que eu interpus em 99 e, até hoje, não foram julgados pelo Tribunal de Justiça. Então, nós temos um grave problema de demora. Então, sempre com aquela ideia de efetividade do processo, na minha proposição inicial, e aqui falo que já mudei de ideia, era tirar essa ideia de alterar a causa de pedir e pedido. Na minha proposição que apresento à V. Exa., eu sugiro a alteração da causa de pedir e pedido até a audiência preliminar, ou seja, até o fim da fase postulatória. Essa é a proposição que faço.” BRASIL. Audiência pública de 09 de setembro de 2010. Diário do Senado Federal n. 198, 2010, publicado dia 02.12.2010, pp. 55103-55104.

Ademais, havendo conexão nos termos do artigo 55, §1º, não se cogita impedir a reunião de ações acaso a fase de saneamento tenha sido vencida, se o próprio Código autoriza a reunião das ações para julgamento conjunto.²⁴⁰

O CPCBr autoriza ainda, a alteração subjetiva da demanda com vistas ao aproveitamento do processo nos artigos 388 e 389, com fundamento no princípio da boa-fé, no princípio da cooperação – e, consequentemente nos deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio –, no princípio da sanabilidade e na primazia do mérito.

Na esteira da alteração subjetiva, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (artigo 134, CPCBr) é cabível em todas as fases do processo (conhecimento, cumprimento, recurso e execução de título extrajudicial).

Assim, é uma hipótese um tanto quanto absurda impedir que as partes por acordo não possam alterar o pedido e a causa de pedir, em razão do marco preclusivo imposto pela prolação da decisão de saneamento e organização.

As partes podem também fazer o saneamento por meio do negócio jurídico processual e apresentar ao juiz para homologação a delimitação consensual das questões de fato e de direito, que caso homologada, vincula as partes e o juiz.

O saneamento consensual é um negócio jurídico processual bilateral, uma “*litis contestatio* contemporânea”²⁴¹, onde as partes podem incluir questões de fato não deduzidas até aquele momento processual.

Por todas essas contradições, o professor FREDIE DIDIER afirma que “o art. 329 do CPC parece completamente fora de contexto do sistema que o próprio CPC instituiu.”²⁴²

Na mesma estrutura processual, o legislador colocou o princípio da cooperação e a contratualização, o saneamento de gabinete e o saneamento compartilhado como exceção, a boa-fé como princípio fundamental do processo e a manutenção da regra da estabilidade da demanda rígida e a celeridade processual e a colaboração entre os sujeitos processuais.

Há necessidade do sistema ser harmônico de modo que as normas e princípios estejam em verdadeira integração a fim de dar sentido a todo sistema processual.

²⁴⁰ Artigo 55 do CPCBr: “Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir e continência (Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais)”.

²⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 781.

²⁴² Id. *ibid.*, p. 652.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR defende a tese que a modificação do pedido continua sendo possível após o saneamento, de maneira consensual ao abrigo do artigo 190 (negócio jurídico processual) e, de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, quando algum fato constitutivo, modificativo e extintivo do direito influir no julgamento do mérito nos termos do artigo 493, devendo o juiz ouvir as partes antes de decidir.²⁴³

Com todo respeito ao ilustre professor, acreditamos que a norma em exame não se apresenta como uma válvula de escape eficiente, porque o artigo 493 se refere a fatos supervenientes que as partes podem invocar quando puderem influir no teor da decisão a ser proferida pelo juiz.²⁴⁴

Se após o saneamento, surgir um fato novo capaz de dar azo a uma nova causa de pedir, ainda que ambas as partes estivessem de acordo, não poderia ser conhecido e apreciado só porque isto aconteceu após o despacho saneador?

Não raro, no curso do processo, fatos não citados na petição inicial ou na contestação emergem durante a marcha processual seja do depoimento da testemunha, do próprio depoimento pessoal da parte ou do perito.

É o caso de uma ação de nunciação de obra nova em que a autora com o objetivo de ver impedida a construção de muro entre os imóveis de propriedade dos litigantes, porque tal obra acabaria por impedir o seu acesso ao terreno por meio da rua sem saída que, nos termos da inicial, teria seu fim exatamente nos limites dessa propriedade.

A prova pericial realizada constatou erro em todas as escrituras apresentadas pelas partes, estabelecendo que, em verdade, *havia uma servidão de passagem a unir a rua sem saída ao terreno dos ora recorridos, de modo que a construção do muro seria possível desde que respeitado aquele direito real pré-constituído.*

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, sendo mantida pelo Tribunal de Justiça. O réu alegou em recurso especial a julgamento *extra petita* (violação aos arts. 128 e 460 do CPC – atuais artigos 141 e 292 do CPC-15), ao reconhecer a existência de servidão entre os imóveis, julgando além da causa de pedir e do pedido nos termos delimitados na petição inicial.

²⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Estabilização da demanda no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, n. 244, v. 40, junho 2015, pp. 05-06.

²⁴⁴ Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código De Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 881.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para anular a sentença, nos seguintes termos:

O processo civil brasileiro é regido, quanto ao ponto, pela teoria da substanciação, de modo que a causa de pedir constitui-se não pela relação jurídica afirmada pelo autor, mas pelo fato ou complexo de fatos que fundamentam a pretensão que se entende por resistida; a mudança desses fatos representa, portanto, mudança na própria ação proposta.(...) Não se nega ao juiz a possibilidade de, ao fazer valer o princípio *iura novit curia*, decidir a lide pela aplicação de fundamentos jurídicos distintos daqueles trazidos pelas partes. Mas, na presente demanda, o que se tem é a total incongruência entre a causa de pedir da petição inicial e a fundamentação da sentença. O art. 934, I, do CPC é expresso em admitir o cabimento da ação de nunciação de obra nova para que se defenda, além da propriedade ou posse, também uma servidão; mas não é dado ao juiz declarar incidentalmente tal direito nesse específico tipo de procedimento especial, com base em documento administrativo não trazido pelo autor, a quem o reconhecimento do direito beneficiaria, para assim ver erigida, a fôrceps, a premissa necessária ao julgamento de parcial procedência do pedido.²⁴⁵

A decisão do STJ determinou o retorno dos autos para novo julgamento no juízo *a quo* fundamentando-se no princípio da correlação entre o pedido e a sentença, na teoria da substanciação e no princípio do contraditório.

Do resultado da prova pericial e do depoimento do perito constatou-se uma alteração na causa de pedir.

Não se compreende quando a relatora do processo no Tribunal Superior se refere ao laudo pericial como “*documento administrativo não trazido pelo autor, a quem o reconhecimento do direito beneficiaria*”, uma vez que, não consta nenhuma referência a qualquer incidente que tenha buscado afastar o perito do processo, nem qualquer infração aos deveres de boa-fé e cooperação a que estava sujeito por força do artigo 77 do CPC. Além disso, às partes, o juízo concedeu tanto o direito de manifestação ao laudo pericial, como a contraditar o perito.

A decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça é a que melhor se amolda ao modelo de cooperativo de processo?

A opção por um sistema que contempla uma regra rígida de preclusão e de estabilização da instância que proíbe alteração da causa de pedir/pedido após o saneamento,

²⁴⁵ STJ. Recurso Especial nº 623.704/SC. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 01.02.2006.

quando fatos essenciais surgem em momento posterior se choca com a ideia de processo justo.

A finalidade do despacho saneador é de realizar a economia processual não devendo se fazer dele uma “panaceia preclusiva de todos os males do processo. Seria uma visão exagerada e irreal de seu alcance.”²⁴⁶

A estabilização da demanda inflexível privilegia exatamente aquele modelo liberal do qual o processo civil busca se afastar.

O formalismo exacerbado fundado na preclusão rígida deve ser afastado em prol da efetivação da justiça material, afinal, o processo não pode funcionar como “*guilhotina dos direitos das pessoas*”.²⁴⁷

²⁴⁶ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, 1990. p. 06.

²⁴⁷ MESQUITA, Miguel Mesquita. Princípio do Contraditório. Coimbra, FDUC: mestrado em Direito Processual Civil. Aula ministrada em: 16 mar. 2018.

CAPÍTULO 4 - ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO POR FATOS TARDIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

4.1 - O PAPEL DO JUIZ NA FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PEDIDO

A partir do momento que se confere ao Estado o poder jurisdicional, para o melhor cumprimento dessa função é necessário dotar o Tribunal de instrumentos que viabilizem o melhor exercício possível da função pública jurisdicional.²⁴⁸

No ordenamento brasileiro, o juiz possui poderes-deveres de condução cooperativa previstos no (artigo 139) e poderes de julgamento (artigo 141).²⁴⁹

Incumbe ao juiz como diretor do processo assegurar a igualdade entre as partes, zelar pela duração razoável do processo e determinar a comparência das partes a qualquer tempo para inquiri-las sobre fatos atinentes a causa, sem que isso resulte em pena de confesso.

O juiz deve impedir que as partes utilizem o processo para praticar ato simulado ou fim vedado por lei, podendo, inclusive, aplicar de ofício as penalidades correspondentes a litigância de má fé (artigo 142 CPCBr).

Ao prever como dever do juiz o indeferimento de postulações protelatórias e prevenção ou repressão de qualquer ato ofensivo à dignidade da justiça, o artigo 139, III, do CPC, deixa em aberto uma série de situações em que o juiz como diretor do processo deve atuar para afastar condutas contrárias a boa-fé, em harmonia com a regra dos artigos 77 e 81 que preveem os deveres de litigância de boa-fé para todos aqueles que participam do processo e as sanções correspondentes. Em todo o caso, o juiz observará as circunstâncias para proferir a decisão devidamente fundamentada.²⁵⁰

A exemplo, a sanção a chamada “nulidade de algibeira” em que o Tribunal afasta a conduta da parte no sentido de suscitar nulidade no momento que lhe for mais oportuno, violando a boa-fé processual.²⁵¹

²⁴⁸ JUNOY, Joan Picó I. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia*, 2011, p.118.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2, 2017, p. 82.

²⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código De Processo Civil*, 2015, p. 299.

²⁵¹ Na jurisprudência brasileira: “TJDFT. NULIDADE DE ALGIBEIRA – IMPOSSIBILIDADE DE SE BENEFICIAR DA PRÓPRIA TORPEZA – A Oitava Turma Cível manteve decisão do Juízo monocrático que, aplicando a máxima latina *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, indeferiu pedido de declaração de nulidade do ato citatório. No processo originário, a executada apresentou petição, na qual requereu a juntada de procuração, deu-se por citada e fez proposta de acordo. O feito prosseguiu normalmente até o momento em

Ao juiz cabe ainda determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais (artigo 139, IX, CPCBr), conferindo “o máximo aproveitamento possível ao processo, com ampla possibilidade de correção de rumos e sanção de vícios, de modo que a apreciação do direito material ao processo subjacente seja efetiva prioridade.”²⁵²

No âmbito do processo brasileiro, o juiz deparando-se com deficiências na causa de pedir ou pedido e face a necessidade de esclarecimentos, pode convidar as partes a integrar ou esclarecer as alegações?

Para o professor SÉRGIO ARENHART:

Assim, tratando-se de direito indisponível, ou sendo evidente o equívoco da parte, na fixação da causa de pedir ou do pedido, poderia o magistrado sugerir à parte a alteração de tais elementos, oferecendo nova oportunidade de defesa ao réu. Se é interesse do Estado aplicar da melhor forma possível o direito objetivo, oferecer justiça e promover a paz social, deve o juiz estar autorizado a, iniciado o processo, oferecer condições às partes para que saibam exatamente o que estão discutindo e especificamente, para que ele tenha certeza que a existência de demanda parcial (com apenas parte do pedido possível, ou a parte da causa de pedir viável) ou ainda a pretensão aparentemente inviável (pela exposição do pedido a princípio insustentável ou de causa de pedir incabível) decorre efetivamente da intenção da parte e não de erro seu.²⁵³

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto a essa questão permitindo a emenda mesmo após a contestação do réu:

PROCESSUAL CIVIL. INÉPCIA DA INICIAL. EMENDA. POSSIBILIDADE. 1. Deve o magistrado, em nome dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, determinar a emenda da petição inicial que deixa de indicar o pedido com suas especificações. 2. O fato de já existir contestação do réu

que foi deferida a penhora de bem imóvel, cerca de oito meses após o início da execução. Só então a parte insurgiu-se contra o ato citatório, alegando que a procuração não conferia ao causídico poderes expressos para receber citação. A executada pleiteou a nulidade do ato, mas o pedido foi negado pelo Magistrado de origem. Interposto agravo de instrumento, assinado pelo próprio advogado que recebeu a citação, o Relator considerou que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, deixando de arguir nulidade em tempo oportuno para suscitá-la quando melhor lhe convir, manobra conhecida como "nulidade de algibeira". Na hipótese, o Colegiado entendeu que guardar a "nulidade de bolso", para apresentá-la em momento mais benéfico, configura comportamento contrário aos princípios colaborativos e da boa-fé, que norteiam o processo civil.” TJDF. Agravo de instrumento nº 0700637-74.2018.8.07.9000. 8ª Turma Cível. Relator: Desembargador Eustáquio. Data de publicação: 06.08.2018.

²⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código De Processo Civil*, 2015, p. 303.

²⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*, 2006, p. 602.

não há de ter, só por si, o efeito de inviabilizar a adoção da diligência corretiva prevista no art. 284 do CPC, em especial nos casos em que a falta for de convalidação possível. 3. Agravo regimental desprovido.²⁵⁴

O artigo 166 na redação originária do projeto de lei do código de processo brasileiro previa a possibilidade do juiz adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, no Substitutivo aprovado pelo Senado os poderes do juiz restringiram-se à alteração da ordem de produção das provas e aos prazos processuais, em razão das críticas a despeito do risco de atribuição de “superpoderes” aos juízes e de autoritarismo.²⁵⁵

Dessa forma, no Brasil a possibilidade do juiz adaptar o procedimento ao direito material para garantir a prestação jurisdicional efetiva extrai-se da cláusula geral do devido processo legal, artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.²⁵⁶

O ordenamento português consagra o princípio da gestão processual previsto no artigo 6º do CPCP, que confere ao juiz o poder-dever de reprimir os comportamentos desleais das partes, bem como “o poder geral de indeferir a realização da atividade processual inútil ou impertinente.”²⁵⁷

O legislador consagrou ainda o princípio da adequação formal (artigo 594 CPCP) que pressupõe a flexibilização procedimental em prol de uma atuação jurisdicional mais justa e efetiva, relacionando-se intimamente aos princípios da igualdade e contraditório que devem ser observados pelo juiz antes de decidir por qualquer alteração a nível do procedimento.

No ponto que nos interessa, a supressão da livre modificabilidade do pedido e da causa de pedir na réplica, FREITAS/ALEXANDRE entendem que apesar, a atribuição desse poder ao juiz seria a solução “mais sensata e mais conforme com o princípio da economia processual. Mas rigorosamente, esse poder não cabe no âmbito da adequação formal, nem, mais latamente, no da gestão processual, que permanece **formal**...”²⁵⁸

²⁵⁴ STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 752335/MG. 4ª Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de julgamento: 02.03.2010.

²⁵⁵ ARRUDA ALVIM. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro, 2010, pp. 236-237.

²⁵⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil (uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro)*, 2012, p. 83.

²⁵⁷ SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*, 2008, p. 629.

²⁵⁸ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*, vol. 1, 2014, p. 23.

Não concordamos com a interpretação dos autores a respeito do alcance do princípio da gestão processual. Não nos parece que a intenção do legislador desde a reforma de 1996 caminhe no sentido de limitar a gestão processual ao âmbito formal.

A gestão do processo pelo juiz não deve se restringir somente ao seu aspecto formal, especialmente, em um processo cooperativo que confere ao juiz poderes-deveres de esclarecimento e prevenção a serem exercidos em todas as fases processuais.

Ao ser confrontado com um fato com potencial de alteração do pedido e da causa de pedir, o juiz deve a par da gestão material convidar as partes a integrar ou esclarecer as suas pretensões, a fim de identificar com clareza o objeto do processo e analisar a pertinência ou não do aproveitamento do fato novo, uma vez que, o papel do juiz não pode ser limitado a simples observação do desenrolar das fases processuais.

A gestão material funciona como um instrumento de efetivação do processo equitativo e um dos meios de flexibilização do princípio do pedido na vertente da rígida congruência entre o pedido e a sentença.

Nesse contexto, devemos nos questionar:

Que juiz queremos? Um juiz que intervém apenas ao nível do procedimento, moldando-o numa espécie de «navegação à vista» ou é desejável ir mais longe e aceitar um juiz que exerça uma influência mais profunda no processo, nomeadamente no respeitante ao pedido e à causa de pedir?²⁵⁹

A finalidade da gestão material é o apuramento da verdade e a justa composição do litígio e possui caráter residual, complementar, bem como encontra limites nos grandes princípios do processo civil.²⁶⁰

A gestão formal e material do processo aliada a adequação formal afasta o rigor das normas que exigem a estabilidade da instância e permite que tanto os fatos tardios como os fatos supervenientes sejam levados em conta pelo juiz, respeitando-se, os princípios da boa-fé, contraditório e cooperação.

Os países de *common law*, que adotam sistemas tradicionalmente marcados por uma maior passividade do julgador, a partir do final do século XX, o juiz assumiu um papel mais ativo, a exemplo do direito inglês, com o *case management*.²⁶¹

²⁵⁹ MESQUITA, Miguel., *Princípio de gestão processual: o "Santo Graal" do novo processo civil?*, p. 82.

²⁶⁰ Id. *ibid.*, p. 103.

²⁶¹ Id. *ibid.*, p. 85.

Na Alemanha, a Reforma de 1933 com a inclusão do *Wahrheitspflicht* e a *Vereinfachungsnovelle* de 1976, reforçaram os poderes de direção material do processo pelo juiz e o modelo de processo colaborativo, em que as partes e o juiz devem cooperar para a solução do litígio.

O §139 (deveres de esclarecimento, dever de perguntar, deveres de indicação), 272,b (deveres de colaboração) e 138, I (dever de verdade) da ZPO são instrumentos de direção do processo à disposição do juiz mais preocupados com a administração da Justiça no caso concreto do que com as máximas procedimentais.²⁶²

A atribuição de maiores poderes inquisitórios ao juiz pressupõe que o interesse público também está em causa no litígio privado e não se confunde com autoritarismo.

Há quem argumente que os poderes inquisitórios do juiz e o exercício de poderes deveres de cooperação sejam limitados para garantir a imparcialidade judicial e evitar arbitrariedades.

Note-se que, no próprio sistema processual, há meios idôneos para combater os possíveis excessos: o princípio do contraditório e o dever de fundamentação da decisão judicial. Sobre o tema PESSOA VAZ afirma que:

[...] o princípio da imparcialidade do tribunal também se não apresenta revestido de tão absoluto valor que deva excluir pura e simplesmente, os poderes inquisitórios do juiz. Pelo contrário, concebe-se perfeitamente (êste o alcance positivo de tal critério) todo um conjunto de meios, já de carácter preventivo ou preliminar, já de índole repressiva, destinados e susceptíveis de assegurar eficazmente as partes contra as possíveis arbitrariedades dos tribunais.²⁶³

O juiz é sujeito ativo do contraditório e antes de qualquer decisão, ressalvadas as exceções legais, deverá garantir a sua efetiva aplicação.

A imparcialidade “deve ser vista como contraponto ao direito ao contraditório, considerando o direito das partes de influir efetivamente na decisão judicial que deve ser produto do diálogo entre as partes e destas com o juiz.”²⁶⁴

Já o dever de fundamentar adequadamente as decisões viabiliza as partes no exercício de eventual interposição de recurso, pleno reconhecimento daquilo que motivou o convencimento do julgador.

²⁶² WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess*, 1978, p. 108.

²⁶³ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados: (estudo de jurisprudência crítica)*. Sep. de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 19-21. Coimbra: [s.n.], 1946. p. 160.

²⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda, 2006, p. 600.

A obrigatoriedade de motivação da sentença, tanto da matéria de direito como de fato, é uma expressão importante do dever atípico de cooperação do Tribunal com a partes.

O dever de fundamentação das decisões judiciais decorre do artigo 205, 1 da CRP e da garantia do processo equitativo prevista do artigo 20, 4 da CRP e do artigo 93, IX da Constituição Federal do Brasil.

O artigo 154, 1 do CPCP prescreve que “*as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas*”. No mesmo sentido, o art. 615-1-b do CPCP considera nula a sentença “*quando não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão*”.

O processo cooperativo exige a motivação analítica da decisão pelo juiz (artigo 489, § 1º e §2º, CPCBr), como correspondente ao ônus de postulação analítica das partes.²⁶⁵

O artigo 143 do CPCBR prevê ainda o regime de responsabilidade civil do juiz nos casos de dolo e fraude no exercício indevido de suas funções, por conduta omissa ou procrastinatória, diante de uma providência que deva determinar de ofício ou a requerimento de uma das partes.

Há ainda, as normas que regulam as hipóteses de impedimento e suspeição do juízes,²⁶⁶ além da responsabilização do juiz por dano processual, os recursos e reclamações contra alguns atos instrutórios de maior relevo, são suscetíveis de conceder as partes a possibilidade de uma permanente direção, colaboração e fiscalização da atividade instrutória do juiz.²⁶⁷

4.2 - AS VÁLVULAS DE SEGURANÇA NO DIREITO COMPARADO

Na ZPO austríaca, o § 179²⁶⁸ prevê uma espécie de *válvula de segurança* que permite a alegação tardia de fatos essenciais e provas relativas ao objeto do processo até a conclusão

²⁶⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 635.

²⁶⁶ No CPCP, os artigos 115 a 118 preveem os casos de impedimentos e artigo 119 e seguintes, os de suspeição. No CPCBr artigos 144 e 147, respectivamente, tratam de impedimentos e suspeição.

²⁶⁷ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados: (estudo de jurisprudência crítica)*, 1946, p. 160, nota 1.

²⁶⁸ Tradução da norma pelo professor Doutor Miguel Mesquita: “As partes podem, até o encerramento da audiência, alegar novos factos e requerer novos meios de prova relativos ao objecto da causa. Estas alegações podem ser indeferidas oficiosamente ou a requerimento da outra parte quando, com vista ao momento das alegações de facto e de direito (§182 a), não foram antes deduzidas por culpa grave e a sua admissibilidade conduza a consideráveis atrasos no termo do processo. Não é admissível recurso em separado dessa decisão.” MESQUITA, Miguel Mesquita. *Princípio do dispositivo*. Coimbra, FDUC: mestrado em Direito Processual Civil. Aula ministrada em: 24 nov. 2017. Texto original: §179 Die Parteien können bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung neue auf den Gegenstand dieser Verhandlung bezügliche tatsächliche Behauptungen

do processo oral. Tais alegações, todavia podem a requerimento ou de ofício, ser rejeitadas, em decisão irrecorrível, especialmente, as referentes a discussão de alegações de fato e de direito (essenciais), quando não realizadas anteriormente por culpa grave ou quando sua admissão cause retardo ao processo.²⁶⁹

Na Itália, antes da reforma de 1990, a jurisprudência entendia que o Juiz podia examinar eventual novo pedido ou causa de pedir, desde que a contraparte não se opusesse e garantido o contraditório.

Com o reforço do sistema de preclusão após a Reforma de 1990, deixou de ser possível a *mutatio libelli* no processo italiano.

O artigo 183 prevê hipótese de modificação da demanda limitadas, exclusivamente nos casos de *emendatio libelli* que se traduz em simples correções ou da introdução ou modificação de fatos secundários. E apesar do artigo 183, 3 ter introduzido a possibilidade do juiz requerer as partes eventuais esclarecimentos de seus argumentos, essa prerrogativa aplica-se somente em relação aos fatos já alegados.²⁷⁰

A ZPO alemã nunca adotou um modelo de preclusão puro²⁷¹, desde a CPO de 1877 a modificação da demanda dependia exclusivamente do consentimento do réu, sendo permitida em 1º instância (§235).

Com a Novela de 1878, a modificação da demanda era permitida com o consentimento da contraparte e desde que verificada no caso concreto a ausência de prejuízo à defesa (§ 264). Na Novela de 1924, cabia ao juiz aceitar a modificação se a entendesse conveniente, ainda que sem o consentimento do réu.²⁷²

O *Klageänderung* recebeu um incremento após a Reforma de 1933 ao admitir a modificação da demanda, sem o consentimento da contraparte, se o Tribunal julgar estar preenchido o pressuposto da *Sachdienlichkeit*, sendo determinante para a doutrina e

und Beweismittel vorbringen. Solches Vorbringen kann jedoch vom Gericht auf Antrag oder von Amts wegen zurückgewiesen werden, wenn es, insbesondere im Hinblick auf die Erörterung des Sach- und Rechtsvorbringens (§ 182a), grob schuldhaft nicht früher vorgebracht wurde und seine Zulassung die Erledigung des Verfahrens erheblich verzögern würde. Gegen den Beschluss ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

²⁶⁹ MESQUITA, Miguel. *A «morte» do princípio do dispositivo?*, 2017, p. 117. Na mesma esteira, o § 235, 3, da ZPO austríaca autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não é de temer “um retardamento relevante” e “um agravamento” no desenvolvimento do processo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*, p. 23.

²⁷⁰ RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*, 2001, p. 234.

²⁷¹ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, 2002, p. 161.

²⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Il formalismo nel processo civile: proposta di un formalismo-valutativo*, 2013, p. 85.

jurisprudência alemã, em que pese algum dissenso, o interesse público no desenvolvimento célere do processo e da economia processual.²⁷³

Assim, no processo civil alemão, em regra, a modificação da instância não é admissível, salvo nos caso de consentimento do réu ou quando, inexistindo acordo, o Tribunal entenda que a modificação promoverá a economia e eficiência processuais, evitando um novo processo (§263, ZPO).

O *Sachdienlichkeit* é um juízo de admissibilidade que se funda em parâmetros objetivos. O critério da *Sachdienlichkeit* deve permitir que o processo seja orientado no sentido da economia processual (*Prozesswirtschaftlichkeit*). O litígio existente entre as partes deve ser resolvido no âmbito do processo pendente, evitando-se uma nova disputa, ainda que a modificação do pedido seja necessária para alcançar esse fim.²⁷⁴

A decisão ou admite a modificação da instância ou a declara inadmissível e dela não cabe recurso. A partir da admissão, a parte contrária é intimada para manifestar-se sobre o articulado ou por meio de uma alegação na audiência de julgamento.²⁷⁵

A alteração encontra limites. Quando um litígio completamente novo é introduzido, inserindo uma relação jurídica completamente distinta, ausente o requisito da relevância. O mesmo acontece quando as provas já produzidas não puderem ser utilizadas. E ainda que esses pressupostos sejam atendidos, a relevância pode ser negada se o processo já tiver atingido o estágio de tomada de decisão.²⁷⁶

Não são consideradas modificações da instância o complemento ou modificação da matéria de fato (admissível se não for modificada a causa de pedir e o objeto do litígio),

²⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Op. cit., loc. cit.

²⁷⁴ No original: “Sachdienlichkeit. Auch gegen den Willen des Beklagten kann das Gericht die Klageänderung (auch stillschweigend, s. u. Rn. 35) als sachdienlich zulassen. Sie ist sachdienlich wenn sie dazu beiträgt, dass Zusammengehöriges in demselben Prozess verhandelt nicht auseinandergerissen wird. Das Kriterium soll ein an der Prozesswirtschaftlichkeit ausgerichtetes Verfahren ermöglichen. Der sachliche Streitstoff zwischen den Parteien soll tunlichst im Rahmen des anhängigen Prozesses ausgeräumt und einem weiteren Rechtsstreit vorgebeugt werden, auch wenn es hierzu eines modifizierten Antrags bedarf. Daher ist eine Klageänderung zumeist als sachdienlich zu würdigen, wenn die Zurückweisung des geänderten Vorbringens eine weitere Klage geradezu herausfordern würde.” ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 2010, §99, p. 548.

²⁷⁵ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, 2002, p. 233.

²⁷⁶ “Daher fehlt die Sachdienlichkeit, wenn ein völlig neuer Streitstoff eingeführt wird, das Gericht also ganz andere Beziehungen zwischen den Parteien beurteilen soll. Gleiches gilt wenn die im anhängigen Rechtsstreit bisher gefundenen Ergebnisse nicht verwertet werden können. Selbst wenn diesen Anforderungen genügt wird, kann die Sachdienlichkeit verneint werden, wenn der Rechtsstreit bereits zur Entscheidungsreife gediehen ist. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. Op. cit., 2010, §99, p. 549.

alargamento ou limitação do pedido, modificação simultânea da matéria de fato e do pedido é admissível, no caso de fatos supervenientes.²⁷⁷

No direito alemão, o dever de cooperação (*Kooperationspflicht*) é expressamente regulamentado desde a emenda de simplificação de 1976 (§282, I, ZPO) e se traduz também no dever geral das partes impulsionarem o processo, evitando a inclusão de alegações tardias (§296).²⁷⁸

O objetivo do legislador era impedir o retardamento do processo e a utilização da tática da introdução de alegações “*goccia a goccia*”. Portanto, a preclusão funciona como meio de conter o comportamento dilatório da parte a partir da possibilidade do juiz rejeitar as deduções tardias.²⁷⁹

É importante frisar que o §296 objetiva impedir a tática processual fundada na inclusão das alegações no processo utilizando do método gota a gota. Assim, a parte de má fé não pode retardar o andamento do processo de forma maliciosa sempre apresentando novas deduções.

O perigo de preclusão induz as partes a respeitarem a regra da tempestividade e completude das alegações.

O que são meios de ataque e defesa tardios? São as alegações dos fatos, a contestação, os meios de provas e as exceções em matéria probatória e não absorve matérias que envolvam o mérito, como a demanda principal, a reconvenção e a modificação ou ampliação da demanda.²⁸⁰

Assim, no processo civil alemão os meios de ataque e defesa tardios, em regra, não são aceitos. Entretanto, o legislador incluiu uma válvula de segurança para que alegações tardias sejam incorporadas ao processo.

Na análise dos modelos estrangeiros, é imperioso levar em conta entre outros aspectos, a capacidade de autotutela dos direitos pelos cidadãos²⁸¹, uma vez que a importação acrítica de qualquer instrumento de direito comparado deve ser vista com cautela.

²⁷⁷ JAUERNIG, Othmar. Op. cit., pp. 230-231.

²⁷⁸ Id. ibid., p. 151.

²⁷⁹ PRÜTTING, Hans. *La preparazione della trattazione orale e le conseguenze delle deduzioni tardive nel processo civil tedesco*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 46 (segunda série), n. 2, abril-junho 1991, pp. 417-418.

²⁸⁰ “[...] il concetto di mezzi di attacco e di difesa comprende le allegazioni dei fatti, le contestazioni, i mezzi di prova e le eccezioni in materia probatoria.” Id. ibid., p. 418.

²⁸¹ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, 2008, p. 46.

4.3 - O APROVEITAMENTO DOS FATOS TARDIOS: UMA PROPOSTA

A delimitação da causa pela formulação da causa de pedir e do pedido conforma o objeto do litígio ao qual o órgão julgador estará vinculado, sendo-lhe vedado conhecer de causas de pedir ou pedidos não expressamente invocados pelas partes nos limites temporais estabelecidos pelo Código de Processo Civil, nem ultrapassar os limites do pedido em quantidade e qualidade, sob pena de violação do princípio o pedido.

A rigidez do princípio do pedido oriundo da concepção liberal de processo ainda é a mais adequada no campo do processo civil moderno de modelo cooperativo e comprometido com a verdade material e a justa composição do litígio?

Como assevera GRECO:

Se é indiscutível que, em princípio, ninguém conhece melhor os fatos da causa do que as partes, também é a circunstância de quem nem sempre as partes fornecem ao juiz todos os elementos necessários para a formação de um juízo seguro sobre a realidade dos fatos. Essa deficiência pode resultar de inúmeros fatores: omissão deliberada ou não das partes, desídia ou incompetência dos advogados, incapacidade das partes de descobrirem que provas poderiam gerar a certeza dos fatos na mente do juiz.²⁸²

No Brasil, o baixo grau de instrução da população e a pouca capacidade de autotutela somado as carências no sistema de apoio judiciário e de assistência jurídica gratuita, são fatores que contribuem para que a existência de falhas, deficiências, incorreções e insuficiências na definição da causa de pedir ou do pedido.

No ano de 2017 as temáticas mais comuns nas demandas interpostas no Brasil, refletem a realidade social e confirmam a baixa capacidade de autotutela dos cidadãos que buscam o Poder Judiciário para resolver litígios que envolvem direito civil e obrigações (1.944.996 ações), direito do consumidor (1.760,905 ações), responsabilidade civil e dano moral (1.889,00 ações) e família/alimentos (853.049 ações).²⁸³

Como se vê, o processo precisa ser repensado para além das causas protagonizadas por grandes corporações representadas por escritórios de advocacia de grande porte capazes de negociar em condições de igualdade entre si.

²⁸² GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, 2008, p. 46.

²⁸³ Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>> Acesso em: 06 abr. 2019.

PESSOA VAZ ensina sobre a necessidade de realização prática do processo:

Muito embora à primeira vista possa parecer o contrário, o certo, porém, é que a interferência da sentença judicial na vida do direito opera (por força da natureza essencialmente declarativa ou concretizadora do processo civil e do consequente necessário ajustamento da decisão ao objecto do litígio, definido pelo pedido, etc.) uma tão profunda mudança de perspectivas no esquema da atividade volitiva dos particulares que, uma de duas: ou corresponde rigorosamente à verdade material, ou se converte (pelo menos potencialmente e de modo mais ou menos directo ou reflexo) em fonte de injustiças, desvirtuações e violações do direito substancial objetivo, antes que em instrumento da sua plena e efectiva reintegração e realização prática.²⁸⁴

É preciso minimizar o distanciamento entre a teoria e a prática e buscar a harmonia entre o argumento teórico e o contexto que o permeia, a fim de estabelecer meios efetivos de concretização do direito ao processo justo, posto que, a sentença deve ser proferida tanto quanto possível em consonância com a realidade atual e vigente.

Nesse contexto, os poderes deveres de direção do juiz não se limitam apenas a gestão formal, como também a gestão material, não se admite que o juiz se comporte de maneira inerte, em obediência a rigidez da regra da estabilidade da instância, ao constatar que surgiram de boa-fé fatos novos, essenciais, principais que alteram a causa de pedir ou o pedido.

Então, surge a necessidade de estabelecer válvulas de segurança que contemplem as situações que não ficam imunes ao tempo.

A inclusão do princípio da boa-fé processual como princípio fundamental nos ordenamentos jurídicos modernos, atribui as partes e ao juiz uma atuação leal, estabelecendo uma série de deveres e sanções em caso de descumprimento.

Os deveres de boa-fé e de cooperação decorrentes da cláusula do devido processo legal tem o condão de atenuar a rigidez do princípio do pedido e mitigar a regra de estabilização da instância que impede a aquisição de fatos alegados tardiamente.

²⁸⁴ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados: (estudo de jurisprudência crítica)*, 1946, pp. 164-165.

Para WASSERMAN, no direito alemão as chances do processo obter um espectro dos fatos em maior congruência possível com a realidade dos fatos melhorou consideravelmente a partir da introdução do dever de verdade.²⁸⁵

E mesmo MONTERO AROCA, autor privatista, reconhece que a inclusão do dever de verdade no §138, I da ZPO alemã não afastou o princípio dispositivo no sentido que as partes é que introduzem os fatos no processo e determinam seu objeto, devendo o juiz decidir dentro do pedido.²⁸⁶

Nesse contexto, a válvula de segurança não pode ser extraída do princípio da boa-fé?

Como já visto, na redação originária do anteprojeto do CPCBr, o artigo 314 propunha flexibilidade à regra da estabilidade da instância admitindo a alteração do pedido e da causa de pedir até ser proferida a sentença, desde que de boa-fé e sem prejudicar o interesse da contraparte.

A flexibilização proposta não foi aprovada prevalecendo os argumentos em contrário que apontavam para o comprometimento do princípio da razoável duração do processo, uma vez que, a alteração a qualquer tempo, poderia causar atraso demasiado do processo.

Propomos então uma reflexão para possibilitar a admissão dos fatos tardios.

O marco preclusivo da alteração do pedido e da causa de pedir sem acordo entre as partes se mantém na decisão de saneamento. Entretanto, flexibilizando-se a regra da estabilidade da instância para admitir a alteração da causa de pedir ou do pedido diante de fatos não supervenientes alegados tardiamente em dois grupos de casos.

O primeiro, à luz do princípio da boa-fé processual combinado com o critério da utilidade para a causa. E o segundo, quando a parte de má fé retarda a alegação de determinado fato essencial, provocando o ingresso tardio intencionalmente.

No primeiro caso, os fatos tardios não supervenientes que surgem na audiência final, no depoimento das partes, do perito, do laudo pericial e outros fatos essenciais que podem ser revelados após a fase que marca a estabilização da instância, podem ser aproveitados quando atendidos dois pressupostos: a atuação de boa-fé da parte e a existência de utilidade para a causa.

²⁸⁵ “Die Chance, im Prozess ein Sachverhaltsbilds zu erhalten, das mit dem wirklichen Geschehen möglichst weit übereinstimmt oder dieses, genauer gesagt, damit deckungsgleich rekonstruiert, wurde auf diese Weise beträchtlich erhöht”. WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess*, 1978, p. 101.

²⁸⁶ AROCA, Juan Montero. *Sobre el mito de la “buena fe procesal”*, 2011, p. 319.

O juiz no exercício dos poderes-deveres que lhe competem deve avaliar o preenchimento do pressuposto normativo da cláusula geral da boa-fé no exame do caso concreto.

E para desenvolver melhor o critério da utilidade para a causa, recorremos a doutrina alemã da *Sachdienlichkeit*. Como visto anteriormente, a ZPO alemã adota esse critério para analisar a utilidade da alteração para causa, mesmo quando a contraparte não consinta. A utilidade é aferida objetivamente e pressupõe a análise a respeito da matéria – se mantém-se praticamente a mesma e, se o litígio pode ser resolvido no âmbito do processo já existente, evitando-se um novo processo.²⁸⁷

O juiz perante fatos essenciais tardios com potencialidade de alteração do pedido ou da causa de pedir, a par dos deveres de prevenção e consulta e do princípio do contraditório, deve intimar as partes a manifestarem-se acerca do interesse no aproveitamento daqueles fatos.

Não havendo consenso entre as partes, o juiz profere uma decisão de admissão ou não, a respeito daqueles fatos assentando-se na boa-fé e na utilidade da alteração para a causa.

À semelhança do direito alemão, a alteração da causa de pedir ou do pedido deve ser considerada inadmissível quando “implicar inutilidade da defesa apresentada pelo réu e da atividade já desenvolvida pelo juiz, porquanto, positivada a hipótese, seriam maiores as desvantagens de tal desperdício em relação às vantagens da modificação”²⁸⁸

Deve ainda, ser considerada inadmissível, a modificação que cause tumulto processual suscetível de promover uma alteração substancial na demanda, ao ponto de gerar uma ação completamente distinta.²⁸⁹

Como exemplo de inadmissibilidade de alteração por inexistência de pertinência, a ação de desconstituição do débito e indenização em que a autora alegou desconhecimento e unilateralidade do contrato de adesão de cartão de crédito e após a apresentação da contestação e a juntada do referido contrato, a autora na réplica tentou modificar completamente a causa de pedir e o pedido para, reconhecendo a existência do contrato,

²⁸⁷ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, 2002, p. 232.

²⁸⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil (uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro)*, 2012, p. 105.

²⁸⁹ MESQUITA, Miguel. *A «morte» do princípio do dispositivo?*, 2017. p. 111.

alegar sua abusividade, discutir legalidade de cláusulas, juros e taxas para obter a desconstituição do débito.²⁹⁰

No caso em exame, acertada a decisão do juízo *a quo* e do Tribunal de Justiça de não admitir a alteração, notadamente, por se tratar de pedidos paradoxais que se excluem e modificados na sequência da juntada do contrato, e ainda, pela extemporaneidade do pedido de alteração sem o consentimento do réu.

A alteração deve guardar alguma pertinência para que seja admitida.

A segunda questão a ser confrontada refere-se aos fatos não alegados pela parte no momento processual oportuno de má fé. Esses fatos devem ser aproveitados?

Na doutrina, TEIXEIRA DE SOUSA traça um paralelo com o regime dos articulados supervenientes aceites quando sua alegação for inculpada (artigo 588, 4 do CPCP), para também admitir o ingresso de fatos essenciais na lide após a fase dos articulados quando a parte não tenha agido com má fé, ocorrendo uma espécie de preclusão decorrente da má fé processual, não devendo os fatos ser aproveitados.²⁹¹

Sobre o aproveitamento das deduções tardias, indispensável a lição de MANUEL DE ANDRADE:

[...] b) Pode acarretar prejuízo para o triunfo da verdade material, porque as deduções tardias podem trazer ao juiz novos elementos de convicção, aproveitáveis para as finalidades da justiça. A preclusão não deve atingir, portanto, as deduções supervenientes (compreendida aqui a superveniência subjectiva, pelo menos quando inculpada). E até quanto às outras (nem que seja senão quando a respectiva omissão tenha sido apenas culposa e não dolosa) será talvez mais justo que a preclusão funcione só a título cominatório e não a título peremptório. A parte negligente incorrerá, pois, em multa mais ou menos pesada, mas sem ficar impedida de fazer valer a dedução tardia: cfr o artigo 523.º, n.º2.²⁹²

O professor doutor MIGUEL MESQUITA entende que:

Se a parte (ou seu advogado) actuou com negligencia leve ou, até, grosseira, mas a omissão não foi intencional, razoável será o Tribunal aplicar-lhe uma multa mais ou menos elevada, acrescida de uma eventual indemnização ao adversário que litigou de boa-fé (se

²⁹⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70081041337. 23ª Câmara Cível. Relatora: Ana Paula Dalbosco. Data de julgamento: 28.05.2019.

²⁹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997, p. 78.

²⁹² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*, 1979, p. 383.

este a pedir), mas não proibir a introdução do facto relevante para a boa decisão da causa.²⁹³

A primeira tese, do professor TEIXEIRA DE SOUSA, não nos convence. Pensamos que rejeitar automaticamente os fatos essenciais tardios mantém a rigidez do princípio do pedido e não soluciona a questão.

A preclusão por má fé não considera os instrumentos a disposição do juiz para sancionar a parte de má fé, bem como, confronta com a busca pela justa composição do litígio ao afastar nesse caso, peremptoriamente, a possibilidade de aproveitamento do fatos tardios.

O rol de condutas vedadas as partes e as respectivas sanções previstas no ordenamento jurídico funcionam como balizas para a aplicação das multas e indenizações.

Diante de um comportamento processual de má fé em que a parte retarda com culpa a introdução de fatos essenciais após a fase da estabilização da instância, a fim de beneficiar-se, o juiz, garantindo o contraditório, pode aplicar a multa por litigância de má fé no patamar estabelecido pela lei, cabendo ainda, se for o caso, indenização à parte contrária, em virtude do retardamento culposos.

Aplicadas as sanções à parte que agiu de má fé, o magistrado avalia a admissão dos fatos tardios tomando por base o critério da relevância na mesma esteira da alegação tardia de boa-fé, ou seja, a análise da fase processual em que o processo se encontra, a possibilidade da modificação gerar ou não tumulto processual ou uma demora injustificada na resolução do litígio.

Em resumo, a má fé provoca a imposição de multa à parte culpada e o aproveitamento dos fatos tardios depende da apreciação da pertinência ou não de sua admissão ao desenvolvimento da causa. Frise-se, que a aplicação da multa por litigância de má fé ocorrerá independentemente da admissão da alteração do pedido ou da causa de pedir.

Se o fato essencial tardio que resultar da instrução da causa for matéria de ordem pública, compete ao juiz conhecer e julgar o fato novo, respeitando o princípio do contraditório a fim de evitar a prolatação de decisão surpresa. Em se tratado de matéria de ordem pública, ainda que altere o pedido e a causa de pedir deve ser conhecida, sob pena de nulidade processual.

²⁹³ MESQUITA, Miguel. *A «morte» do princípio do dispositivo?*, 2017, p. 117.

A partir do momento, em que há alteração da causa de pedir deve ser garantido a ambas as partes o direito de produção de provas, em obediência ao princípio do contraditório. Às partes deve ser concedido prazo para produção de prova suplementar.

A questão referente ao cabimento do recurso da decisão que rejeita ou acolhe a alteração do pedido e da causa de pedir após o saneamento, a nova disciplina do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que a respeito das questões cuja decisão não couber agravo de instrumento na fase de conhecimento, não estarão cobertas pela preclusão, devendo ser suscitadas em preliminar de apelação.

A redução do rol de circunstâncias que admitem a interposição de agravo suscita intensos debates na doutrina e na jurisprudência, inclusive recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, que atribuiu ao artigo 1015 uma “*taxatividade mitigada*”.²⁹⁴

Então, acreditamos que quando a alegação tardia de fatos principais for admitida ou rejeitada, a questão deve ser suscitada em preliminar de apelação e não imediatamente por agravo de instrumento, à semelhança do §179 da ZPO austríaca que dispõe acerca da irrecorribilidade da decisão que rejeita os fatos tardios, em especial, diante de culpa grave ou manifesto retardo do processo.

Não se nega a importância dos ônus de alegação a serem cumpridos pelas partes nos momentos processuais previamente fixados, já que a preclusão é um elemento importante a devida correção da marcha processual.

Questiona-se diante de um processo colaborativo comprometido com a verdade material e a justa composição do litígio em que são atribuídos ao juiz como diretor do processo, poderes de gestão que não cingem-se apenas as provas, mas também aos fatos, podemos admitir que o juiz se comporte como “estátua”, em razão da rigidez da regra da estabilidade da instância, ao constatar que surgiram de boa-fé fatos novos, essenciais, principais que alteram a causa de pedir ou o pedido.

Seguir com uma visão excessivamente formalista da lei compromete a efetividade da tutela jurisdicional e coloca em xeque a realização da justiça material no caso concreto.

²⁹⁴ No Julgamento dos Recursos Especiais nº 1.696.396/1.704.520, a tese da Ministra Relatora Nancy Andrighi foi vencedora, sendo fixado o entendimento no sentido de se tratar o “rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”. STJ. Recurso Especial nº 1.696.396/MT. Corte Especial Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 05.12.2018. Recurso Especial nº 1.704.520/MT. Corte Especial. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 05.12.2018.

No direito português, a supressão da réplica como instrumento hábil de alteração do pedido e da causa de pedir e a mitigação do princípio do pedido somente em relação aos fatos instrumentais, complementares e concretizadores sem a previsão de uma válvula de segurança eficiente para o aproveitamento dos fatos tardios, manteve a rigidez do sistema de preclusão em patente confronto com os princípios da gestão processual e da cooperação.

No caso brasileiro, a opção do legislador por um sistema inflexível em contraste com o modelo cooperativo de processo veda, a partir de uma interpretação literal da lei, as alterações à nível do pedido e da causa de pedir ainda que as partes estejam de acordo, privilegiando a regra rígida de preclusão decorrente do princípio dispositivo puro.

Propõe-se que diante da dedução tardia de fato essencial, o juiz como diretor do processo avalie a possibilidade de seu aproveitamento com base no princípio da boa-fé e no critério da pertinência da alteração da causa de pedir e do pedido, a par dos princípios da economia processual e garantindo o contraditório, a fim de buscar a solução que mais se coaduna com a justiça material. E mesmo diante da má fé da parte, com aplicação de multa por litigância de má fé, aproveitando ou não os fatos tardios não supervenientes com base no critério da utilidade.

A boa-fé como norma fundamental do processo civil decorrente do devido processo legal se apresenta, portanto, como uma válvula de segurança eficiente para orientar o regime de aproveitamento de fatos tardios não supervenientes que promovem uma alteração no pedido e na causa de pedir em momento processual posterior a regra que impõe a estabilização da instância.

O reforço dos poderes do juiz a gestão material funciona como um dos instrumentos de efetivação do processo equitativo e um dos meios de flexibilização do princípio do pedido na vertente da rígida congruência entre o pedido e a sentença.

Não se pretende que a causa de pedir e o pedido sejam passíveis de alterações a todo tempo, conforme os interesses das partes, o que busca é o equilíbrio entre os interesses públicos do processo e a estratégia e iniciativa das partes com vistas ao apuramento da verdade material e a justa composição do litígio.

CONCLUSÃO

O princípio da cooperação pressupõe do ponto de vista ético, a busca o quanto possível a verdade e exige de todos os participantes do processo, inclusive o juiz, a atuação conforme a boa-fé objetiva.²⁹⁵

O §139 da ZPO alemã tem importância fundamental no processo civil, porque redimensiona o princípio do dispositivo e o princípio do pedido ao estabelecer a gestão material e formal do processo pelo juiz e os deveres decorrentes do princípio da cooperação – esclarecimento, prevenção, auxílio, consulta.

À luz da Constituição harmoniza-se a o caráter privado do objeto litigioso e da natureza indisponível do processo atrelando-o a ideia de justiça e efetividade.

As partes devem cooperar entre si e com o juiz para a descoberta da verdade material em permanente comunidade de trabalho assentada na boa-fé objetiva.

A construção de uma comunidade de trabalho entre as partes e o juiz como consequência de um modelo cooperativo de processo, não significa que as partes não possam utilizar os instrumentos processuais hábeis a consecução dos seus interesses no processo, mesmo porque não se nega a natureza conflitual do processo.

A adoção de um sistema rígido de preclusão na aquisição dos fatos como decorrência do princípio dispositivo confronta com os princípios fundamentais da cooperação e boa-fé.

O processo português que consagrou a gestão processual no artigo 6º do CPCP e desde a Reforma de 95/96 adota o princípio da cooperação intersubjetiva, paradoxalmente, endureceu o regime de alegação dos fatos quando não houver acordo entre as partes.

Ademais, à exceção dos fatos instrumentais, concretizadores e complementares resultantes da instrução da causa, que podem ser apreciados a qualquer tempo, e dos fatos que podem ser adquiridos de ofício e os supervenientes, os fatos essenciais não alegados pelo autor na petição inicial e pelo réu na defesa ou na reconvenção, não podem ser considerados na sentença.

No direito brasileiro, a vedação da alteração da causa de pedir e do pedido após o saneamento, mesmo por acordo, contraria a cláusula geral do negócio jurídico processual prevista no artigo 190 do CPCBr e demonstra uma incoerência do sistema positivado pelo legislador.

²⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil como um prêt-à-porter?*, 2011, p. 60.

Para além disso, o sistema brasileiro não recepcionou a excelente proposta de flexibilização do princípio do pedido que admitia a alteração do pedido e da causa de pedir até a sentença quando de boa-fé.

Nesse contexto, é necessário buscar soluções que permitam o aproveitamento de fatos essenciais tardios que brotam no processo após a estabilização da instância com o intuito de realizar a justiça material no caso concreto.

Propomos então, que a boa-fé atue como princípio limitador do princípio do pedido na vertente rígida da correlação entre o pedido e a sentença em conjunto com o critério da utilidade para a causa e nos casos de má fé, a aplicação de uma sanção a parte que retardar combinado com o mesmo critério: a pertinência do aproveitamento.

Os fatos principais com potencialidade de alteração do pedido e da causa adquiridos após a estabilização da instância devem ser postos a apreciação das partes e caso não haja acordo para a aproveitamento, o juiz deve proferir decisão de admissão ou não apoiado na análise da boa-fé da parte que deixou de os alegar em momento oportuno e no critério da utilidade, inspirado no modelo alemão da *Sachdienlichkeit*.

E para os casos em que a parte age de má fé, a aplicação da multa da mesma natureza das previstas no rol das sanções de litigância de má fé e ainda, condenação na indenização correspondente, respeitando o contraditório, e a apreciação do critério da utilidade para a causa para aferir a pertinência do aproveitamento dos fatos tardios alegados de má fé.

O ordenamento processual dotado de uma série de sanções ao descumprimento dos deveres impostos as partes e seus procuradores e a todos os intervenientes do processo cria condições para uma maior flexibilização do princípio do pedido e do controle das condutas contrárias a boa-fé.

As propostas apresentadas visam contribuir para discussão sobre o aproveitamento dos fatos tardios não supervenientes capazes de alterar o pedido e a causa de pedir com o intuito de tornar o sistema processual vigente harmônico com vistas a alcançar a justa composição do litígio.

A sentença deve refletir a situação de fato quando da sua prolação atendendo a exigência de economia de processos em consonância com a alcance de uma decisão justa e que respeite as demais garantias constitucionais processuais, notadamente, o princípio do contraditório, os deveres de cooperação e o princípio da boa-fé processual.

O processo civil deve responder aos anseios dos cidadãos e isso significa que não podemos nos conformar em entregar um mero documento sem capacidade de transformação na esfera jurídica das partes que buscam Justiça.

Quando o Poder Judiciário fecha as portas ao aproveitamento dos fatos alegados ou adquiridos tardiamente, denega o direito de todo cidadão à tutela jurisdicional efetiva e ainda, o direito ao processo justo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2017.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira/ coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 587-603.

AROCA, Juan Montero. *Sobre el mito de la “buena fe procesal”*. In *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 291-349.

ARRUDA ALVIM. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. *Justitia*, n. 67 (201), jan-dez. 2010, pp. 229-254.

BRASIL. Audiência pública de 09 de setembro de 2010. Diário do Senado Federal n. 198, 2010. Data da Publicação: 02.12.2010, pp. 55103-55104.

BRASIL. Projeto de lei nº 6.025, de 2005 e apensados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=955753&fileame=EMC+871/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010> Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Projeto de lei nº 6.025, de 2005 e apensados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914097&fileame=EMC+1/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010> Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados n. 135, ano LV, 23 de agosto de 2000, p. 44558. Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23AGO2000.pdf#page=104>> Acesso em: 03 mar. 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo, n. 126, v. 30, agosto 2005, pp. 59-81.

CALAMANDREI, Piero. *Il Processo come un gioco*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 1, v. 5, 1950, pp. 23-51.

_____. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 662-683.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. rev. Vol. 1: Artigos 1º a 107º. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CAPELO, Maria José. *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*. Revista Legislação e Jurisprudência, ano 143, n. 3985, março-abril 2014, pp. 286-304.

CARRATA, Antonio. *La “funzione sociale” del processo civile, fra XX e XXI secolo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, v. 71, 2017, pp. 579-614.

CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al Codice di Procedural Civile e alle disposizioni sul processo societario*. 5ª edizione. Padova: CEDAM, 2006.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. José Casais Y Santaló. Madrid: Reus, 2000.

CIPRIANI, Franco. *Il proceso civile italiani tra efficienza e garanzie*. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, ano 56, n. 4, 2002, pp. 1243-1262.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed. Bolonha: Il Mulino, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência, à luz do código de 2004*. 1ª reimp. da 3ª ed., aum. e actualiz, à luz do Código de Processo Civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2016.

COUTURE, Eduardo. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1948.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil (uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro)*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo Código de Processo Civil Brasileiro*. *Revista de Processo*, n. 209, v. 37, julho 2012, pp. 349-374.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão do duty to mitigate the loss no processo civil*. Revista de Processo, v. 71, maio 2009, pp. 35-48.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo, n. 198, v. 36, agosto 2011, pp. 213-225.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *A Teoria Geral do Novo Processo civil*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2014.

FARIA, Márcio Carvalho *A Lealdade Processual na Prestação Jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. Coleção Liebman. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2014.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 4ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.

_____. *A ação declarativa comum: à luz do código de processo civil de 2013*. 4ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.

FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*. 3ª ed. Vol. 1: Artigos 1º a 361º. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de processo civil anotado*. 3ª ed. Vol. 2: Artigos 362º a 626º. Coimbra: Almedina, 2017.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1997.

GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzoni*. Milano: Giuffrè, 2012.

GOUVEIA, Mariana França. *O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, abril-setembro 2013, pp. 595-617.

GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, n.4, v. 21, pp. 580-609.

GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo, v. 164, 2008, pp. 29-56.

GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. Tradução de Ronaldo Kochem. Revista de Processo, ano 37, v. 206, abril 2012, pp. 123-133.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias o contempt of court*. Revista de Processo, v. 102, abril 2001, pp. 102-107.

HABSCHEID, Walter. *As bases do direito processual civil*. Revista de Processo, ano 3, n. 11/12, julho-dezembro 1978, pp. 117-145.

HESS, Burkhard. *Abuse of Procedure in Germany and Austria*. In Abuse of procedural rights: Comparative standards of procedural fairness/ coord. Michele Taruffo. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira). 25ª ed. totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Coimbra: Almedina, 2002.

JUNOY, Joan Picó I. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2003.

_____. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado*. In *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas e quince ensayos*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>> Acesso em: 06 abr. 2019.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, 1960, pp. 551-565.

_____. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. 3ª ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Volume I. rev. act. Lisboa: AAFDL, 1992 (reimpressão).

MESQUITA, Miguel. *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil: acórdão de 8 de Julho de 2010: [anotação]*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143, n. 3983, 2013, p. 129-151.

_____. *Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 145, n. 3995, 2015, pp. 78-108.

_____. *A «morte» do princípio do dispositivo?* Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 147, nov.-dez. 2017, pp. 86-119.

_____. Princípio do dispositivo. Coimbra, FDUC: mestrado em Direito Processual Civil. Aula ministrada em: 24 nov. 2017.

_____. Princípio da boa-fé. Coimbra, FDUC: mestrado em Direito Processual Civil. Aula ministrada em: 27 abr. 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil como um prêt-à-porter? Um convite ao diálogo a Lenio Streck*. Revista de Processo, ano 36, v. 194, abril 2011, pp. 55-68.

_____. *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*. Revista do Advogado – O novo código de Processo civil, n. 126. São Paulo: AASP, 2015. pp. 47-52.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *O problema da “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos*. Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, 1991, Lisboa, pp. 29-44.

_____. *O futuro da justiça no Brasil: alguns mitos*. Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O processo, as partes e a sociedade*. Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Ética e Justiça*. Revista da EMERJ, n. 29, v. 8, 2005, pp. 17-27.

_____. *Vicissitudes da audiência preliminar*. Temas de Direito Processual: nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O neoprivatismo no processo civil*. Temas de Direito Processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em:

<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%200-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%200-formatado.pdf)> Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, n. 137, v. 31, julho 2006, pp. 7-31.

_____. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Il formalismo nel processo civile: proposta di un formalismo-valutativo (Giuristi stranieri di oggi)*. Milano: Giuffrè, 2013.

OSNA, Gustavo. *Processo Civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PICARDI, Nicola. *Codice di Procedura Civile*. Tomo I. Edizione V. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PORTUGAL. Regime Jurídico da Litigância de má fé: estudo de avaliação de impacto. Lisboa: DPGJ, 2010.

PRÜTTING, Hans. *La preparazione della trattazione orale e le conseguenze delle deduzioni tardive nel processo civil tedesco*. Rivista di Diritto Processuale, ano 46 (segunda série), n. 2, abril-junho 1991, pp. 414-427.

RÊGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. (1948), reimp. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Terza edizione. Torino: G. Gianppichelli Editore, 2001.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 17. neu bearbeitete Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2010.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, LEX, 1997.

_____. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 2000.

_____. *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: Que consequências?* Disponível em: <https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A2ncias_01.2015_>. Acesso em: 02 fev. 2019.

TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (Relatório Geral)*. Revista de Processo, n. 177, v. 34, novembro 2009, pp. 153-184.

_____. *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano 63, n. 2, junho 2009, pp. 723-730.

_____. *L'abuso del processo: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano 66, n.1, março 2012, pp. 117-140.

_____. *Abuso del proceso [Abuse of process]*. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, n. 2, v. 6, agosto-dezembro 2016, pp. 6-29.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Estabilização da demanda no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, n. 244, v. 40, junho 2015, pp. 195-205.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.

VARELA, João Antunes de Matos; BEZERRA, José Miguel; NORA, José Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. rev.act. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados: (estudo de jurisprudência crítica)*. Sep. de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 19-21. Coimbra: [s.n.], 1946.

WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr*. 2. Auflage. Bonn, 1896 apud CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência, à luz do código de 2004*. 2ª ed. aum. e act. Coimbra: Almedina, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código De Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: zur theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied. Darmstadt: Luchterhand, 1978.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL

Supremo Tribunal Federal

Agravo de instrumento nº 529733. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 17.10.2006.

Superior Tribunal de Justiça

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 752335/MG. 4ª Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de julgamento: 02.03.2010.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1548783 / RS. 4ª Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data do Julgamento: 11.06.2019.

Recurso Especial nº 623.704/SC. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 01.02.2006.

Recurso Especial nº 1.696.396/MT. Corte Especial Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 05.12.2018.

Recurso Especial nº 1.704.520/MT. Corte Especial. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 05.12.2018.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Agravo de instrumento nº 0700637-74.2018.8.07.9000. 8ª Turma Cível. Relator Desembargador. Eustáquio. Data de publicação: 06.08.2018.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Apelação Cível nº 70081041337. 23ª Câmara Cível. Relatora: Ana Paula Dalbosco. Data de julgamento: 28.05.2019.

PORTUGAL

Tribunal da Relação de Lisboa

Apelação nº 573/18.1T8SXL.L1-6. 6ª Secção. Relator: Manuel Rodrigues. Data do julgamento: 24.01.2019.

Tribunal da Relação de Coimbra

Apelação nº 10327/15.1T8CBR.C1. Relator: Arlindo Oliveira. Data de Julgamento: 14.03.2017.

Recurso nº 16/16.5GDIDN.C1. Relatora: Maria José Nogueira. Data de Julgamento: 19.12.2018.

Tribunal da Relação do Porto

Apelação nº 1253/15.5T8PVZ-A.P1. Relatora: Lina Baptista. Data do julgamento: 21.02.2018.

Apelação nº 1425/17.8T8GDM.P2. Relator: Jorge Seabra. Data de julgamento: 06/05/2019