

# Princípios Gerais do Direito no Processo Civil

**JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES**

*Desembargador do TJ/RJ. Professor de Processo  
Civil da EMERJ*

**I. Introdução** - Não seria necessário repetir que o comando jurídico, tanto mais geral e abstrato quanto seja, mais exige que o intérprete lhe penetre no âmago para saber como aplicá-lo ao caso concreto, quase sempre envolto em contornos não previstos pela lei.

E dentre os recursos usados na interpretação do texto legal, para sua plena e correta aplicação, encontram-se os princípios gerais do direito, que também foram respeitados e atendidos na elaboração da norma.

Diz ALCIDES MENDONÇA LIMA (*Processo de Conhecimento e Processo de Execução*, p. 43) que todos os ramos jurídicos estão subordinados a princípios, que lhes servem de diretrizes, indispensáveis à elaboração, interpretação e aplicação de suas respectivas normas cogentes, esclarecendo ser evidente que, como traço comum a todas e a cada uma delas, dominam a base ideológica do Estado em que tenham incidência, segundo as estruturas sociais.

Daí decorre que os códigos de um país, de regime político capitalista ou de um socialista, não poderiam seguir a mesma orientação, como assinala o mestre, o que tem levado as minorias políticas, em cada um deles, a se insurgir contra os respectivos poderes judiciários, apontando-os como defensores da maioria, quando não são mais do que aplicadores das leis impostas por sua maioria.

HERMES LIMA (*Introdução à Ciência do Direito*, Edit. Freitas Bastos, 31<sup>a</sup> ed., p. 157) anuncia que, no direito privado, os princípios gerais do direito derivam, preferentemente, da lei escrita e não lhe constituem senão o prolongamento, culminando por apontá-los como “prestações normativas, integrantes da lei ou do seu espírito e que ajudam a expressão lógica do direito”; ressaltando que, pela posição jusnaturalista, nos princípios gerais do direito verificar-se-ia uma concretização de verdades filosóficas perenes.

COVIELLO (*apud* HERMES LIMA, *op. cit.*, p. 958) esclarece que

tais princípios, embora não se achem formulados em nenhum lugar, formam o pressuposto lógico necessário de várias normas da legislação, neles sintetizando a construção doutrinária a causas econômicas, históricas e sociais que determinam as leis, valendo eles como foco de luz para iluminar o texto, ou a aplicação do mesmo.

Mestre PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao CPC*, Edit. Forense, ed. 1974, p. 66) afirma que toda a legislação supõe conceitos que, correspondentes a causas e fatos, deles se separam para poderem organizar a vida social segundo a própria natureza (objetivo) e segundo o propósito dos que o organizaram. Através deles e de suas combinações, o homem consegue, com esforço psíquico, organizar, lá fora, a vida. A ciência procura acertar o máximo possível, quanto às suas afirmações acerca dos conceitos e das relações entre eles, segundo a técnica que se emprega. O papel da política legislativa é mais o de transmitir proposições; portanto, ensejando a construção jurídica. A abstração e a generalização prestam-lhe serviços enormes, para o bem e para o mal. Na elaboração de definições e princípios, pretende o legislador sintetizar a realidade mesma do direito; mas, em verdade, é a introdução da abstração, como se fossem realidade... Por isso mesmo, à base de toda legislação, está a concepção filosófica da vida, teoria do conhecimento.

**II. Os Princípios e o Processo** - Considerando que é através do processo que o Estado, após assumir para si a força da prestação jurisdicional, proibindo o exercício privado das próprias razões, excetuadas as hipóteses legalmente previstas, atende aos seus objetivos maiores de garantir a paz social e das relações jurídicas, resulta inequívoco ser o processo o depositário de um sem número de princípios, ou pressupostos lógicos ou normas, buscando cumprir seus compromissos com a moral e a ética, valendo como algo anterior e externo ao sistema processual e, sobretudo, como bússola na aplicação das regras processuais em busca dos objetivos sociais e políticos do próprio sistema jurídico.

Como assinala ADA GRINOVER (ADA GRINOVER/ DINAMARCO/A.C. ARAÚJO CINTRA, *Teoria Geral do Processo*, Editora R.T.), a experiência jurídica, segundo conhecidíssimo pensamento *iuris* filosófico, pode ser estudada por três aspectos: norma, valor e fato. Sob o aspecto da *norma*, constitui-se a *epistemologia* (ciência do direito positivo), à qual pertence a dogmática jurídica, que estuda o direito como

ordem normativa. Os valores éticos do direito são objeto da *deontologia jurídica*. O fato é estudado pela *culturologia*. Alguns dos princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos.

As normas jurídicas, como assinala ARTHUR J. FAVERET CAVALCANTE não têm uma existência objetiva e independente do conhecimento que se tenha, sendo impossível dissociar o seu conteúdo da opinião que delas se faça, elas prescrevem aquilo que os integrantes ou coletividade supõem que prescrevam.

Daí porque os princípios são, ao mesmo tempo, fonte de interpretação da norma, como direito positivo que esta é, e seu critério legitimador, ou seja, expressão de sua legitimidade e aceitação moral, como regra de conduta social.

ARRUDA ALVIM (*Código de Processo Civil Comentado*, vol. V, p. 54) até faz a distinção entre princípios *informativos* e princípios *fundamentais* sendo, os primeiros, regras eminentemente técnicas estruturais e, assim, universais, enquanto os segundos são plenos de carga ideológica, conjuntural admitindo outros que a eles se antepõem. Assim, para ele, a defesa da propriedade é princípio *fundamental* ínsito aos sistemas capitalistas, servindo de âncora para a interpretação de atos processuais, como v.g., a possibilidade ou não, de ser julgado de plano o pleito desapropriatório, em casos de revelia enquanto o princípio da bilateralidade da audiência (ou do contraditório) é técnico e inerente ao próprio processo, sendo apontado como *informativo*.

A dissensão não é ampla quanto ao conteúdo, eis que alguns, como LIEBMAN (*Manuale*, Tomo I, p. 227. nº 124 ) e ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 51) optam pela expressão “princípios gerais”, enquanto MAURO CAPELLETTI (*El processo civil*, p. 16) e FREDERICO MARQUES os denominam “princípios fundamentais” e H. THEODORO JUNIOR (*Princípios*, in *Rev. Processo*, vol. 23/178) e outros, de “princípios informativos” do processo, não faltando os que, como ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*op. cit.*, p. 44) vejam os “informativos” no processo e os “fundamentais” no procedimento.

Conforme, porém, sua importância quanto à substância da norma, tanto que ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 51/52) os chama de informativos, tais princípios costumam ser classificados como:

a) princípio *lógico*, que consiste na escolha dos fatos e forma mais

aptas para descobrir a verdade e evitar o erro;

b) princípio *jurídico*, que consiste em proporcionar aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão;

c) princípio *político*, que consiste em prover os direitos privados da máxima garantia social com mínimo de sacrifício da liberdade individual; e

d) princípio *econômico* que consiste em fazer com que as lides não sejam tão dispendiosas, a ponto de se poder dizer que a justiça civil é feita só para os ricos, possibilitando seu acesso a todos.

Tais princípios, por alguns chamados meras *regras informativas do processo*, não se conformam ao princípio da deontologia, ultrapassando a dogmática jurídica e exibindo-se aos estudiosos do direito na formação de consciências e infiltrações do próprio *ius positum*.

É na Constituição de um estado que se encontram formulados tais princípios servindo eles de uma verdadeira *plataforma comum*, segundo a feliz expressão de CÂNDIDO DINAMARCO (*op. cit.*, p. 49) a embasar todas as teorias processuais e permitir a elaboração de uma teoria geral do processo.

Refletem-se, cada um deles e todos em sistema, na prestação jurisdicional, como finalidade que é do processo, seu mero instrumento, fornecendo-lhe elementos de atuação para atingir os fins colimados, pena de, falhando a aplicação de qualquer um deles, tornar-se viciada a prestação, sem a devida e necessária proteção dos direitos das partes.

Efetivamente, sem os meios aptos, como assinala ALCIDES MENDONÇA LIMA (*op. cit.*, p. 49), a verdade dificilmente será descoberta e o erro evitado (princípio lógico); se os litigantes não foram tratados com igualdade, inclusive na sentença, ocorrerá a injustiça (princípio jurídico); se não for assegurada a máxima garantia à defesa dos direitos, com sacrifício desnecessário da liberdade, o processo se tornará instrumento de opressão, falhando em seu objetivo (princípio político) e, finalmente, se os gastos forem tão grandes que desestimulem os litigantes de poucos recursos, fadados a terem de suportar a iniquidade, sem poderem reagir em juízo, o processo se poderá tornar, quiçá, em incentivo a atos de justiça privada (poder econômico).

São, portanto, tais regras, guardiãs dos princípios gerais e dos próprios textos legais que acodem no momento crucial em que a paz e as relações jurídicas são violadas.

Em verdade, quase todos os textos legais do nosso ordenamento estão

impregnados de mais de um desses princípios. Exemplificando: embora o art. 20, referente ao sucumbimento, ou sucumbência, reflita a preocupação do princípio econômico, fazendo indenizar o vencedor de seus gastos feitos com a vinda a juízo, ressarcindo a parte afinal vitoriosa, o art. 125, alusivo aos poderes do juiz, se refere a todos eles: **a)** ao lógico, como meio eficiente de descobrir a verdade; **b)** ao jurídico, porque compete ao juiz assegurar a igualdade de tratamento às partes; **c)** ao político, porque cumpre ao juiz garantir às partes seus direitos com o mínimo de sacrifício; e, finalmente, **d)** econômico porque cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio, evitando-lhe estipêndios financeiros desnecessários.

Daí porque estão, e devem estar, refletidos no Texto Maior de qualquer ordenamento jurídico, que os respeite e preconize, como ocorre na nossa Carta de 88, cujo art. 5º, § 2º, expressamente prevê que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e *dos princípios* por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

HUMBERTO THEODORO JUNIOR (*Princípios Gerais do Processo Civil*, Rev. Processo, vol. 23, p. 178) bem observa o fenômeno, asseverando que, em nenhum ramo do direito, portanto, mais se avulta a importância dos princípios informativos do que no direito processual, já que da fiel interpretação de seus dispositivos, e da correta aplicação de seus institutos, vai depender a sorte política, não raras vezes, das normas dos demais ramos da ciência jurídica, que compõem o direito material ou substancial.

Ante seu caráter geral e balizador de todas as atividades legais da sociedade a que se dirige, cabe à Constituição de um Estado estabelecer as regras mestras que hão de dirigir seus momentos, no sentido dos quatro princípios acima chamados, também, de regras gerais ou dogmáticas e da deontologia jurídica.

Qual deles seria prevalente ou mais importante, do ponto de vista pessoal, é também discussão que travam os juristas, havendo quem aponte o *dispositivo*, ou de *disponibilidade acionária* (*Dispositionsprinzip*, conforme GRÖNNER, 1881), segundo o qual a iniciativa acionária é atribuída ao próprio interessado, enquanto outros indicam o da *imparcialidade* do juiz, órgão estatal encarregado da entrega da justiça, com poderes alusivos aos quatro princípios basilares e deles decorrentes.

Assim, nossa apresentação não indicará qualquer conotação de ordem

de importância, mas apenas de critério quanto ao surgimento na vida do processo, sendo possível enunciar desde logo, entre eles, o da dispositividade, o da imparcialidade do juiz, o da audiência bilateral ou do contraditório, o da ampla defesa, o do devido processo legal, o da recorribilidade, o da igualdade, da coisa julgada, da motivação das decisões, da publicidade e tantos outros.

Chamaríamos princípios legais, inerentes ao processo ou ao procedimento, aqueles que se acham expressos nos textos processuais, como o código e leis extravagantes, entre eles: o da contradição do libelo, da impugnação específica, da congruência ou correlação da sentença, da preclusão, da eventualidade, da estabilidade da lide, da relevância do fato superveniente, da perpetuação da jurisdição (ou da competência), da verdade real, da economia processual, da concentração, da oralidade, da imediatidade ou identidade física do juiz, e outros que serão adiante analisados.

### **III. Princípios Constitucionais ou Fundamentais do Processo**

#### *1. Princípio da Igualdade ou Isonomia*

Decorre da regra estabelecida no art. 5º, *caput*, do Texto Maior, segundo a qual todos são iguais perante a lei, e aos brasileiros ou estrangeiros residentes no país, é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Segundo EDUARDO COUTURE (*Fundamentos del Derecho Procesual Civil*, B. Aires, Depalma, 1958), “as partes se acham no litígio em pé de igualdade e essa igualdade, dentro do processo, outra coisa não é senão uma manifestação do princípio da igualdade dos indivíduos perante a lei”.

Todo o constitucionalismo contemporâneo, como esclarece ARRUDA ALVIM (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 28), contém em si a idéia cristalizadora do princípio da igualdade de todos perante a lei. Consiste essa idéia num epílogo, na principal resultante de uma revolução social triunfante, monolítica em seus princípios e fins, que foi a Revolução Francesa. A idéia de igualdade de todos perante a lei, uma realidade, através de todos os mecanismos de que ela se serviu informou e informa todo o direito constitucional ocidental.

E, após examinar os interesses políticos decorrentes, no mundo capitalista e no comunista, que conflitam a igualdade jurídica com a igualdade real, concluindo que estão inseridos nas cartas ocidentais alguns dispositivos antagônicos, arremata o mestre (*Comentários ao Código de Processo Civil*,

vol. V, p. 29) que o Direito Constitucional não é, de forma alguma, algo estritamente formal: guarda um profundo e exaltado compromisso com a História, de que descende e onde se enraíza, desde que os conceitos, para ele, são produtos de uma experiência vivida. Doutra parte, no entanto, o costume, a lei, a norma escrita, nada mais é, do que a cristalização conceitual desta experiência vivida, a qual se constitui no conteúdo substancial de interesses protegidos e éticos daquelas normas, que se encontram formalmente centralizadas na constituição, adiantando ser o maior o princípio da igualdade, que é servido, porém, por outros, a fim de proporcionar autêntica eficácia a tal regra.

Assim, como mecanismos também constitucionais, para a plena aplicação e eficácia do princípio da isonomia, aponta os da *plenitude lógica do ordenamento jurídico* e o do *acesso ao Judiciário*.

Pelo primeiro, o ordenamento jurídico pretende atingir a totalidade dos comportamentos humanos, e das condutas, sem qualquer distinção, considerando os destinatários das normas.

Em nossa Carta Política, efetivamente, a regra se consubstancia no art. 5º, *caput*, assim como no inciso II, onde se afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, donde resulta ser a lei obrigatória a todos os seus destinatários.

Pelo segundo, do pleno acesso ao Judiciário, também expresso na Carta de 88, em seu art. 5º, XXXV, pelo qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, completo fica o ciclo de proteção à igualdade entre as pessoas, consagrando expressa e amplamente o princípio da igualdade, a partir do sistema constitucional que é, na feliz expressão de ARRUDA ALVIM (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 31) a matriz eficaz e lógica do sistema, uma verdadeira unidade do ordenamento jurídico, evidenciada pela circunstância de que toda normatividade válida encontra na Constituição o seu fundamento de validade.

Ocorre, todavia, como visto antes, que, apesar da abrangência da lei, em termos infraconstitucionais, regulando ela aspectos que, em determinado momento e situação histórica, na verdade, proporcionam situações diferenciadas, ou seja, comportamentos que não podem ser exigidos de todas as pessoas, porque se referem a situações distintas, só aquelas incluídas nas conjunturas especialmente reguladas são a ela obrigadas, constituindo-se num verdadeiro elemento discriminatório de atuações.

À lei de locações, por exemplo, não estarão sujeitos aqueles que não sejam locadores ou locatários, nem tenham eventuais direitos ou deveres decorrentes da relação jurídica locatícia que se instalou.

Mas apesar dessa discriminação de situações, é incontestável que, dentro do universo heterogêneo de pessoas e abrangido pela lei, há que haver igualdade de tratamentos, sendo vedada a separação ante situações jurídicas idênticas.

Em direito processual civil, o princípio da igualdade, também chamado de *princípio da paridade de tratamento*, estabelece que, dentro do processo, os litigantes não de ser tratados igualmente, respeitadas as diversidades intrínsecas de suas posições.

Assim, segundo a chamada *igualdade formal*, autor e réu ostentam situações diferentes, eis que o autor apresenta atributos e requisitos próprios, e diversos, até funcionalmente, daquelas do réu, não podendo ser tratados igualmente, mas atendendo cada um ao que a lei deles espera.

O que não se admite é que se tratem diferentemente os autores, de um lado, e os réus, de outro, tanto que, pelo princípio da *paridade substancial*, devem ser dadas condições de tratamento igual a autor e réu, o que faz, por exemplo, o C.P.C., em seus artigos 397 e 398, ao estabelecer que, a qualquer momento, e antes da sentença, as partes (tanto autor como réu) poderão juntar documentos aos autos, exigindo-se ao mesmo tempo, que sobre eles seja chamada a outra parte a se pronunciar.

É claro que tal regra não é simples aplicação da igualdade, fazendo também eco ao princípio do contraditório, mas é fora de dúvida, como já ressaltado, que dificilmente um mesmo dispositivo processual se encaixe apenas sob o signo de um único princípio, sendo comum atender a, pelo menos, dois deles.

Vulnerando, aparentemente, tanto a supracitada igualdade formal, como sobretudo a material, o diploma processual vigente tem outorgado prerrogativas a certas pessoas, como à Fazenda Pública, ao Ministério Público e a Defensoria Pública, as quais foram instituídas com vistas ao interesse público e em razão da natureza e organização do Estado.

Assim, a ampliação dos prazos estabelecida no art. 188, do digesto processual, alterando as condições em ambos, como autores ou como réus, quadruplicando seus prazos para contestar ou dobrando-os, em regra, para falar nos autos.

Tal benefício se tem justificado como indispensável e necessário às características de tais entes: a Fazenda, diante da complexidade dos servi-



ços estatais e necessidade de formalidades burocráticas; o M.P., por causa do desaparecimento e distância das fontes de informação e das provas; a Defensoria Pública, por ambas as razões.

Além da dilação do prazo, há também outras formas de violação à isonomia formal ou substancial, como o caso da dispensa de preparo aos carentes, desde que beneficiário de justiça gratuita, concedida pelo juiz, face à prevalência do bem jurídico VIDA, afetável eventualmente por esse pagamento, se não dispensado; a isenção de caução e a variedade percentual (de 10 a 20%), inclusive sem esses índices, quando vencida a Fazenda, que para muitos tem sido julgado inconstitucional e a própria dispensa do caucionamento da execução, através de depósito, na forma do art. 602, de valor que renda aquele outro necessário ao enfrentamento, ou condições, conforme art. 20, parágrafo 5º, do digesto processual.

Também aflora à questão a regra do recurso obrigatório, ou duplo grau de jurisdição, insculpido no art. 475, II e III, do CPC, segundo o qual a sentença proferida contra a União, Estado e Município e aquela que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública, sofrerá reexame obrigatório pelo órgão recursal competente, devendo o juiz ordenar remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária, ou parte vencida, podendo avocá-los o presidente do Tribunal, se assim não for feito.

Cuida-se de dispositivo que, evidentemente protege a Fazenda e fere o princípio das igualdades formal e material de tratamento às partes e que tem sido recriminado pela quase unânime doutrina.

*Formalmente* porque, em verdade, não há sentença que julgue execução fiscal improcedente, mas sim que, eventualmente, acolha os embargos manejados pelo devedor. *Substancialmente* porque, se os órgãos públicos têm suas próprias procuradorias, com advogados recrutados, nos termos da Constituição, por concurso, não há razão lógica nem moral para que receba tratamento privilegiado, corrigindo perícia ou desídia de seus representantes, conforme assinala ADA P. GRINOVER (*Os Princípios Constitucionais e o Processo Civil*, ed. 1975, p. 45).

Outro dispositivo aparentemente violador desse princípio é aquele referente ao dever de depósito prévio do percentual de 5% do valor da causa, para a propositura de ação rescisória, do qual é dispensada a Fazenda Pública, conforme art. 488, II e seu parágrafo único.

A dispensa, todavia, se explica, dada a natureza do depósito, de garantir a prévia execução da multa legalmente estabelecida, como verdadeira

antecipação por perdas e danos, decorrente do ataque ao anterior vencedor em demanda transitada em julgado, ante os evidentes e presumidos prejuízos que possa sofrer.

É que a Fazenda Pública é, por presunção legal, solvente, indiscutivelmente, assim entendido dentro do nosso ordenamento, não havendo razão para que adiante valores, como se exige do particular, que não goza daquele conceito legal.

Outros textos poderiam ser examinados, como o da garantia prestável pelo autor de caução que resida fora do país, ou dele se ausente, na pendência de lide, não tendo no país imóveis que lhe assegurem o pagamento de custas e honorários, entendendo ADA GRINOVER (*Os Princípios constitucionais e o Processo Civil*, ed. 1975) ser inconstitucional tal dispositivo, por violar a isonomia, enquanto ARRUDA ALVIM (*op. cit.*, p. 50) o acolhe, justificando seu entendimento com o fato de que aquele que se ausenta não se encontra numa situação jurídico-material de ser eventualmente responsabilizado de forma igual àquele que se encontra presente, via de regra, com seu patrimônio também presente.

Mas é no instituto da revelia que se acha a grande discussão sobre o princípio.

Advindo o texto, em parte, do direito alemão, como adverte a doutrina, apresenta-se a regra do art. 319 como drástica e draconiana, por não ostentar, como no direito tedesco, aquele recurso específico outorgado ao réu de, pela mera manifestação de sua vontade, anular a sentença que tenha considerado por confitentes os fatos da inicial e a possibilidade de novo julgamento, com base nas provas existentes, manifestando-se ARRUDA ALVIM (*op. cit.*, p. 51) pela sua constitucionalidade.

Funda-se ela em que a evolução da regra da *bilateralidade da audiência ou do contraditório* se deu no sentido de distinguir entre a ciência ao réu da existência de processo de seu interesse e o seu comparecimento para se defender, tanto que a figura da citação se torna indispensável para o aperfeiçoamento da relação processual triangular. É evidente, diz ele, que se se descuida de dar ciência ao réu, não poderá ele defender-se e, portanto, deduzir sua contestação, exceção etc... Mas tal ciência é o essencial, o ôntico à bilateralidade, e não o comparecimento do interessado, que é titular de seu patrimônio e de seu direito, e deles pode dispor.

Tanto que a lei ressalva que a revelia não produzirá os efeitos previstos se se tratar de direito indisponível, caso em que os fatos devem ser

provados pelo autor.

Outro ângulo da questão, em sede doutrinária, reside na outorga de curador especial, em processo de execução.

É que nele o autor, ou exequente, busca a satisfação de um direito que já lhe foi reconhecido por decisão judicial trânsita, ou a tal assemelhada por lei, como o título extrajudicial, cujo valor e eficácia é àquela equiparado, razão pela qual prevalece aqui o chamado princípio da *superioridade*, ou da *eminência do credor*.

Ocorrendo a revelia finalmente, através da não apresentação de embargos pelo devedor, citado por edital ou hora certa, seria correto, com fulcro no art. 9º, II, do pergaminho processual, outorgar-lhe a nomeação de curador especial, com poderes para fazê-lo?

A justificativa para tal figura é a não certitude, em casos que tais, de uma citação ficta, em que não se sabe, ao certo, se o devedor foi, ou não, validamente citado, ou seja, se, não obstante a abertura de prazos dilatatórios ou peremptórios, teve ele pleno conhecimento ou existência de lide que o atinja!

Do ponto de vista rigorosamente dogmático, não caberia tal nomeação, eis que os embargos do devedor têm natureza eminentemente desconstitutiva, cuja finalidade é desfazer o título judicial ou extrajudicial, em que se funda o exequente, o qual já obteve anterior sentença favorável.

Do ângulo da igualdade substancial, porém, os embargos apresentam conteúdo de defesa, sobretudo em relação aos títulos extrajudiciais, em que a lei (art. 745, do C.P.C.) admite apresentação de qualquer argumento de defesa que seria lícito arguir em processo de conhecimento, e o art. 741 arrola quanto aos títulos judiciais, também a defesa, alusiva a fatos posteriores à condenação.

Até porque nos embargos, ou junto com eles, poderia o embargante-devedor formular exceções, de incompetência e suspeição, que são evidentemente matérias de defesa, como o admite o próprio código, nos arts. 301 e 304.

Daí evoluiu a doutrina, no que tem sido secundada pela jurisprudência dos tribunais superiores, supremo ou estaduais, que em nome de um rigor dogmático não se pode deixar de nomear, em execução, curador ao revel, citado por edital (já que aqui a hora certa não seria possível, legalmente), podendo ele exercer a mesma função processual que teria no processo de conhecimento, ou seja, apresentar todas as defesas possíveis, não aplicando-

se, aqui, o princípio da superioridade ou prevalência do credor.

Finalmente, o princípio da igualdade jurisdicional, apresenta-se sob duas premissas: como interdição ao juiz de fazer distinções entre situações iguais, ao aplicar a lei, e como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais, ou tratamento igual a situações desiguais. Na 1ª hipótese a igualdade implica, também, na criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) admitindo ela mesma o privilégio de favor, para certas pessoas, em razão de suas condições pessoais. Voltaremos ao assunto quando tratarmos da regra do juiz natural. Na segunda hipótese, a Carta Magna outorga a possibilidade de fulminar-se a lei inconstitucional, através de expresse sistema a respeito de seu controle.

## 2. Princípio do Contraditório

O princípio do *contraditório*, por outros chamado de regra da *audiência bilateral*, é também garantia constitucional, estabelecido entre nós pelo art. 5º, LV, da Carta de 88.

Inerente a outro princípio, segundo o qual o juiz deve ser imparcial, determina a este que, ouvindo uma das partes, não se pode deixar de ouvir a outra, pelo que, como já se viu acima, é intimamente ligado ao princípio da *igualdade* ou da *paridade de tratamento* das partes, e é evidentemente ligado ao processo.

Assim, como assinala ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 55), a *bilateralidade da ação* gera a bilateralidade do processo. Em todo processo há pelo menos duas partes: autor e réu. O autor (demandante) instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional, mas a relação processual só se completa e põe-se em condições de preparar o provimento judicial com o chamamento do réu a juízo. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.

A Constituição, em único dispositivo (art. 5º, LV) previu o contraditório e ampla defesa, aplicável expressamente aos litigantes, em qualquer processo judicial ou administrativo.

Afastada a impropriedade de se afirmar a existência de processo administrativo, em regra, mero procedimento, eis que nele não há a prestação jurisdicional, como no processo, o que se crê é que o Texto Maior quis ampliar a aplicação da regra da audiência bilateral, impondo a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pela outra parte, a fim de que ele possa realizar o *contraditório* e até o *princípio da*

*recorribilidade*, mesmo ainda em fase de discussão administrativa.

Tais fatos levaram ROBERT W. MILLAR (*The Formature Principle of Procedure*, p. 47) a assegurar ser o da *bilateralidade* da audiência das partes o mais importante de todos os princípios processuais, por encerrar, em si mesmo, o do contraditório e ampla defesa, igualdade de tratamento e imparcialidade do juiz.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a seu turno (*Processo de Conhecimento*, p. 28), assegura que, ao lado da concessão da Justiça Gratuita a quem não possa remunerar seu advogado, o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual seria proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamentos, durante todo o curso do processo, acrescentando que, embora os princípios processuais possam admitir exceções, como o do princípio da igualdade entre as partes, acima analisado, o do contraditório é absoluto, e deve ser sempre observado, sob pena de nulidade do processo, tanto que o código em seu art. 741, I, estabelece a possibilidade de que o executado, através de embargos, possa invocar a nulidade do processo de conhecimento, por vício de citação, desfazendo-se não só a execução, como o próprio título judicial que lhe deu arrimo.

Daí decorre, inexoravelmente, que toda decisão só pode ser proferida depois de ouvidas ambas as partes mas não, ao menos, de lhes ter sido dada a oportunidade de se pronunciar sobre relação processual de seu interesse, que só após a citação estará perfectibilizada, do que decorrem os chamados limites subjetivos da coisa julgada.

Traduzem eles a idéia de que, em regra, ninguém pode ser alvo de condenação senão no processo em que foi chamado que, por isso, só às partes presentes produz eficácia a decisão.

É bem verdade que existem exceções, mas que não violam o princípio.

Uma delas é a do assistente, conforme art. 55, do diploma processual, que não mais poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão prolatada naquele em que interveio, após seu trânsito, salvo se alegar e provar que, pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influenciar na sentença, ou que desconhecia a existência de alegação ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

Aluda-se também à figura do litisconsorte unitário, ou seja, daqueles que, nos termos do art. 47, do C.P.C., em redação confusa e truncada, devam ter a lide decidida de modo uniforme para todos, por ser lide relativa a titularidade única e indivisível, bastando o ato de um deles para beneficiar os demais, mas impondo-se que todos compareçam ao processo, se a sentença for contrária ao seu interesse, pena de não atingir, exatamente por ofensa à bilateralidade da audiência.

É a hipótese apontada como da coisa julgada, ou de efeitos processuais *secundum eventum litis*, tal como ocorre na ação popular (Lei nº 4.717/65), cujo art. 18 estabelece que a sentença em tais feitos terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente, por deficiência de prova, caso em que qualquer cidadão poderá intentar ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, p. 88) chama a este de princípio da *audição jurídica*, ou da ouvida necessária ou de direito (*Grundsatz der richtlichen Gehörs*) assegurando que “qualquer processo civil, ainda que arbitral, submete-se à teratologia de que só se pode prosseguir com a ouvida da outra parte; e o próprio autor, no que lhe interesse após a petição, tem que ser ouvido. Quando se pratica o ato processual, sem se ter ouvido a parte, que teria prazo para falar, ou algo determinar, infringe-se o princípio da *audição jurídica*. Não se pode renunciar de início, ou em geral, às audiências ou vistas, mas é renunciável o direito à audiência ou vista em cada ato processual”.

### 3. Princípio da Ampla Defesa

Imposto no art. 5º, LV, do Texto Maior, funciona como complemento inevitável do princípio do contraditório.

Efetivamente, se se entende não se poder admitir a relação processual sem a presença do réu, que a ela deve ser chamado, seria absolutamente inócuo o regramento se, comparecendo a juízo para se defender, e opor-se à pretensão do autor, o réu não pudesse, em juízo deduzir toda a prova de seu interesse.

Daí ser chamada de pleonástica a expressão “ampla defesa”, já que toda defesa, como garantia constitucional, deve ser a mais ampla possível, inadmitindo-se a sua prévia limitação.

### 4. Princípio da Imparcialidade do Juiz

Chamando a si o Estado o dever de efetuar a prestação jurisdicional, ou seja, de fazer justiça ao cidadão, desde o momento em que proibiu o

exercício da justiça pelas próprias mãos; é indissolúvel o conceito de jurisdição do processo.

Daí decorre que a justa composição da lide, a solução do conflito de interesses entre as partes, só pode ser obtida através de processo regular, em que as partes tenham igualdade de tratamento, sob o regime do contraditório e da ampla defesa e perante um juiz imparcial.

Mirabeau, perante a Assembléia Constituinte, reagindo contra os juízes secretos e de caráter inquisitivo do período reinol, manifestou expressivo pensamento, ao declarar: *donnez-moi le juge que vous voudrez: parcial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'importe pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'a la face du public*".

Era a imperiosidade de que o juiz fosse imparcial, ainda que apenas diante do público, consagrando não só esta característica, como também a independência, a autoridade e a responsabilidade do juiz.

Para garantir tal imparcialidade, a Carta Magna outorga à magistratura predicamentos inafastáveis, em seu art. 95, a saber: a *vitaliciedade* que, no 1º grau, só será adquirida após 2 anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do Tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial, transitada em julgado; a *inamovibilidade*, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; e a *irredutibilidade de vencimentos*, observado quanto à remuneração o que dispõem os arts. 37, XI; 150, II; 153, III e 153, par. 2º, I, da Carta.

Salta aos olhos que, embora garantia do magistrado, tais regalias lhe são outorgadas em busca de independência e imparcialidade, em que não estão subjugadas a qualquer valor outro que não seja o da sua conveniência e disponibilidade, na interpretação e aplicação da lei, a cada caso concreto.

Por isso mesmo, impõe-lhe a Carta Política, naquele mesmo dispositivo, as proibições de (I) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; (II) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; e (III) dedicar-se à atividade política partidária.

Efetivamente, só um juiz imparcial poderá exercitar eficazmente os demais princípios constitucionais aplicáveis ao processo, sem ressalva ou subterfúgio, considerando que a maior das ditaduras é exatamente a da inteligência.

Garantindo tal princípio, um outro, também de nível constitucional, surge no art. 93, IX, da Carta Magna, relativo a motivação das decisões.

### 5. Princípio da Motivação das decisões

Foi erigido pela Carta de 88 um princípio constitucional do direito processual, através da regra inserta no art. 83, IX, pela qual “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”.

O texto consagra também o princípio da publicidade, que, como antes examinados, diz respeito não só à imparcialidade do juiz, como à motivação de todas as decisões e, afinal, à própria recorribilidade delas.

Interessa-nos, por ora, o exame da motivação, que diz respeito à garantia constitucional ao jurisdicionado de que as decisões judiciais não extrapolam os limites da lei e da interpretação que a elas tem dado o julgador.

Dissertando sobre o tema, o Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ensina.

*Hoje, têm-se no diploma de 1973 o artigo 131 (“o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”); o artigo 458, que arrola, entre os “requisitos essenciais da sentença”, no inciso II, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”; e, ainda, o artigo 165, que estende aos acórdãos a incidência do artigo 458, acrescentando que “as demais decisões” (isto é, as interlocutórias) também “serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”. A conjugação desses dispositivos não deixa margem a qualquer dúvida sobre a adoção categórica e irrestrita do princípio da obrigatoriedade da motivação.*

Vê-se, portanto, que o princípio da motivação das decisões judiciais se vincula a diversos outros regramentos. Um deles é, diante de justificativa de decisão, e de sua publicidade, a confirmação da imparcialidade do juiz, tal qual afirmou MIRABEAU. O outro é a legalidade da decisão, eis que só conhecendo as razões de decidir, poder-se-á conhecer o papel desempenhado no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo, ao concretizar conceitos jurídicos abstratos, como *bons costumes*, *exercício regular do direito*, *interesse público* e outros análogos, como acentua



BARBOSA MOREIRA (*A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, p. 116). O terceiro seria o controle da discricionariedade do juiz que, podendo escolher entre vários caminhos ditados pela prova dos autos, pode optar por qualquer deles, mas está obrigado a se justificar, conforme o artigo 131, do digesto processual.

Outro, finalmente, é o de buscar a reforma da decisão que, por desatendimento aos ditames acima, se revele diferente ou incorreta, chamado de recorribilidade.

#### 6. *Princípio do Devido Processo Legal*

É no sistema das normas de direito processual que se apresentam os princípios gerais, informativos e fundamentais do processo civil moderno, consoante a regra imposta pela Carta Magna de 88, em seu art. 5º.

Efetivamente, só a preexistência de regras processuais imutáveis, ou pelo menos, cuja alteração não acarreta prejuízo a qualquer das partes, é que pode garantir não apenas a igualdade entre as pessoas, como a própria justiça da decisão.

Atendendo a esse princípio genérico, haurido do *due process of law*, do direito americano, encontramos princípios outros, de ordem constitucional e legal, tais como o do juiz natural, proibição de tribunais de exceção, promotor natural, duplo grau de jurisdição, ou recorribilidade das decisões e motivação das decisões judiciais, além da obediência às formas previamente estabelecidas.

É, portanto, princípio que encerra os quatro tipos de regras ou princípios gerais da dogmática jurídica, a saber: o princípio *lógico*, buscando a verdade sem erro; princípio *jurídico*, usando a igualdade no processo e justiça na decisão; o princípio *político*, trazendo o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual e o princípio *econômico*, tornando acessível a justiça a todos.

A maior emanção desse princípio é a do *juiz natural*, insculpido no art. 5º, LIII, da Carta Magna, assim entendido aquele que não só consagra a tese de que juiz é aquele investido de função jurisdicional, afastando julgamentos por outro poder, como ainda impede a criação de tribunais de exceção ou *ad hoc*, para o julgamento de causas cíveis ou penais.

Assegura ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 33) que “as modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente, vale dizer, aquele que tinha sido previamente indicado pelas leis processuais vigentes, de modo que a

garantia se desdobra em 3 princípios a saber: a) só são órgãos jurisdicionais aqueles que tenham sido constituídos pela constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato, já que isso importaria num tribunal de exceção, criado precipuamente para aquele julgamento; c) entre os juízes pré-constituídos, vigora uma ordem expressa de competências, a qual exclui qualquer possibilidade de discricionariedade de quem quer que seja.

Este princípio, como já visto, complementa e é complementado pelo da imparciabilidade do juiz e pelas prerrogativas constitucionais da magistratura, além das vedações à sua atuação, sempre no sentido de garantir às partes a lisura da prestação jurisdicional.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, constante da Assembléia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris, em 1948, assegura, em prol da imparciabilidade do juiz e da defesa da personalidade humana, que “toda pessoa tem direito em condição de plena igualdade, de ser ouvida, publicamente e com justiça, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

Além da regra do juiz natural, entendemos que o princípio do devido processo legal também agasalha a *do promotor natural*, ou seja, a do órgão do Ministério Público que, nos termos do art. 127, da Carta Magna, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático, e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para garantir a imparcialidade do órgão de atuação do M.P., no sentido de fiscalizar a aplicação da lei, como lhe determinarem as leis do processo, atendendo a defesa da ordem jurídica e colaborando com a função jurisdicional, a Constituição assegurou ao M.P. a indivisibilidade, a unidade e a independência funcional, sendo garantida autonomia funcional administrativa e elaborando sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Goza, segundo o art. 128, § 5º, I, das mesmas prerrogativas da magistratura, ou seja, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, recebendo as mesmas vedações que os magistrados conforme inciso II do mesmo texto e recebendo, da Carta Magna, funções institucionais que, ao mesmo tempo que limitam as suas funções, lhe atribuem pesados encargos, no sentido de preservar os direitos assegurados na Constituição

pelos poderes públicos e pelos serviços de relevância pública.

Não se pode deixar de inferir, diante desse quadro, ser o M.P. órgão integrante do devido processo legal, em busca da prestação jurisdicional, sobretudo com vistas à justiça e segurança das relações sociais e jurídicas.

Finalmente, decorre também do devido processo legal, a regra segundo a qual, atendendo ao princípio jurídico e ao político (v. supra), o processo é mero instrumento para realização do direito.

#### 7. *Princípio da Recorribilidade ou do Duplo Grau de Jurisdição*

Mesmo que se tenham criado regras fundadas no princípio *jurídico*, visando à justiça das decisões judiciais, e no *lógico*, buscando a verdade, sem erro, muitas vezes é possível que, por variadas razões, sobretudo errôneas interpretações dos fatos e das leis, essas metas não tenham sido atingidas, razão pela qual, a jurisdição deve escalonar-se em graus (em geral dois).

É a aplicação do princípio chamado *da recorribilidade* ou *do duplo grau de jurisdição*, que garante à parte um novo julgamento, em regra por órgão denominado de “jurisdição superior” (ADA e DINAMARCO, *op. cit.*, p. 72), e que tem sido acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive o brasileiro.

Não vem expressamente mencionado na Carta Federal vigente, mas dela decorre quando, em seu art. 5º, inc. LV, estabelece o direito à ampla defesa, ao contraditório, com “os meios e os *recursos* a ela inerentes”.

Da mesma forma, no artigo 102 e seguintes, reguladores do Poder Judiciário, quando atribui competência recursal a vários órgãos superiores, aos quais outorga a denominação de *tribunais*, ocorrendo exceção, apenas, em relação a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de sua competência originária.

Repousa este princípio, não só no atendimento ao natural inconformismo das partes quanto a decisões que lhes sejam desfavoráveis, como, principalmente, na preservação da imparcialidade dos juízes e legalidade das decisões, ou até mesmo na possibilidade de que determinadas decisões sejam *injustas* ou *erradas*, exigindo-se sua reforma.

A ele se opõem alguns tratadistas, apresentando três argumentos, a saber:

1. O erro e a injustiça podem ocorrer no tribunal recursal, ao fazer julgamento que modifique a decisão de grau anterior, a qual, na verdade, é que estaria correta e acorde com a lei e a justiça;

2. é ineficaz e desnecessária a decisão recursal, quando confirme

a anterior, que não merecia ser reexaminada, o que afronta a economia processual;

3. ao apontar erro ou injustiça na decisão anterior reformada, a decisão emanada de órgão recursal é sempre perniciosa ao prestígio e respeitabilidade do Poder Judiciário, fomentando desavenças e incentivando o desrespeito, além de desprestigiar um Poder da República.

Mas não é ordem psicológica, nem mesmo técnico-jurídica a necessidade do duplo grau de jurisdição, como também, a da fundamentação das decisões judiciais, a ela ombreadas, senão de ordem política.

É que nenhum órgão, atendendo ao sistema de harmonia estabelecido pela Carta Federal, pode ficar infenso ao controle de outro, sobretudo no Poder Judiciário, onde seus membros não são eleitos pelo povo, a quem devem prestar seus serviços, mas por concurso ou designação de outros órgãos estatais.

Inexistindo - e realmente não pode existir - qualquer possibilidade de controle *externo* sobre as decisões dos magistrados, pena de serem violados todos esses princípios, o que os tornaria vulneráveis e inseguros, só pode o controle ser exercido *internamente*, através de órgãos que lhes examinem o conteúdo das decisões, para aquilatar justiça e legalidade, sendo isso até caminho político para a própria reestruturação das leis ou de sistemas legais, referentes a certos institutos de direito, cuja imperfeição seja, e muitas vezes o é, proclamada pelos julgadores, ao fazerem a aplicação das leis a cada caso concreto.

E o sistema é tão importante que, nos próprios empregos de juizados especiais, alusivos às chamadas causas de pequenos valores, hoje regulado pela Lei nº 9.099/95, admite-se o duplo grau de jurisdição, propiciando-se à parte inconformada a possibilidade de revisão da sentença desfavorável, por outro órgão, do próprio sistema especial, chamado de Conselho Recursal.

**IV. Princípios Legais ou Informativos do Processo** - Analisaremos, aqui, aquelas regras expressas ou não na lei, sempre decorrentes ou ligadas a um princípio constitucional, e que servem de plataforma comum a embasar todas as teorias processuais e permitir a elaboração de uma teoria geral do processo.

#### 1. *Princípio Dispositivo*

Verificado que o juiz, sempre que autorizado a desencadear o curso processual, ficava vinculado, moral e psicologicamente, à sua posição de

autor, afetando sua necessária imparcialidade, criou-se a necessidade de que outrem instaurasse a ação, pelo que se atribui, em regra, no campo penal o poder ao chamado *promotor de justiça*, em proveito público, encarregado de zelar pelo interesse da coletividade.

Na esfera civil o poder foi entregue à própria parte interessada, àquela que se sentisse atingida pelo comportamento alheio, podendo ela vir a juízo apresentar a sua pretensão, se quiser ou da forma que lhe aprouver, assim como dela desistir, respeitadas as exigências legais.

Como ensina ADA GRINOVER (*Princípios Gerais do Processo Civil*, Ed. Malheiros, in TGP, p. 68) “esse poder dispositivo é quase absoluto, no processo civil, mercê da natureza do direito material que se visa a atuar. Sofre limitação quando o direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado”.

Isto não significa, porém, que o estado atual do processo encarcere o juiz ao arbítrio da parte, embora a ela ele esteja vinculado, como na aplicação do princípio da congruência, a ser adiante examinado.

No processo moderno, os poderes do juiz deixaram de ser de mero expectador, como no direito romano em que “*non liquet*” obrigava as partes a refazer toda a via processual, já que “não restou claro” para o magistrado, passando ele não só a finalizar como sobretudo a impulsionar o processo, determinar provas, chamar terceiros, reprimir comportamentos etc. É o que caracteriza o art. 262, 2ª parte do objeto processual, quando atribui ao juiz, representante do Estado na prestação jurisdicional, o dever de dar andamento ao processo.

## *2. Princípio do Impulso Oficial*

É aquele, como se viu acima, pelo qual o juízo, após o disparo da ação pela parte interessada, nela reclamando a prestação jurisdicional, assume o dever de entregá-la, munido de poderes que para tanto a lei lhe confere.

Assim, o art. 125 do C.P.C. anuncia que ao juiz compete dirigir o processo, conforme a disposição da lei, assegurando às partes igualdade de tratamento (princípio da isonomia ou imparcialidade), velar pela rápida solução do conflito (princípio da economia), prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (deontologia) e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (princípio político), sendo-lhe vedado eximir-se de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, para o que poderá valer-se, se inexistente norma legal aplicável, de regras de analogia, costumes e princípios gerais do direito, decidindo a lide nos limites das

questões propostas e sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, evidentemente que sejam de ordem pública, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Tem-se afirmado que, ante os termos do art. 130, pode o juiz satisfazer-se com a vontade formal para dirimir a controvérsia, vale dizer, pode apenas deferir, ou não, as questões que as partes tenham formulado, sobretudo em lide atinente a direitos disponíveis, mas a melhor e mais perfeita posição hoje é outra: ante os poderes que, lentamente o processo civil foi conferindo ao juiz, e sendo ele o destinatário da prova, cumpre-lhe aferir não só sobre a necessidade de prova requerida, como também processá-la, para melhor e mais perfeita prestação jurisdicional, conforme preconiza o art. 130, *in fine*, do vigente diploma processual.

A propósito do tema, ADA P. GRINOVER, *op.cit.*, p. 64, assinala:

*“Conclui-se pois, que o processo civil não é mais eminentemente dispositivo como era outrora;*

*“Impera, portanto, no campo processual penal, como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.*

Mais provas do poder conferido ao juiz para o impulso do processo residem no art. 267, II e III, que permitem a sua extinção, sem exame do mérito, por contumácia das partes, determinando ao magistrado apenas a sua intimação para as providências devidas, no prazo assinalado, caracterizando a teimosia da omissão ou negligência.

Mas, como se vê, o art. 128 veda ao magistrado o conhecimento dos feitos não suscitados pelas partes, eminentemente de caráter dispositivo, decidindo a lide nos limites das questões propostas. Tal princípio, de certa forma, é repetitivo no art. 460 do C.P.C., quando proíbe ao magistrado proferir sentença a favor do autor de natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em quantidade superior, ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, estabelecendo o chamado *princípio da congruência*.

### *3. Princípio da Congruência ou Correlação*

É, como se viu, a regra segundo a qual o juiz, ao decidir a questão que lhe foi proposta, deve manter-se nos limites das questões trazidas, não podendo julgar acima, abaixo (entenda-se omissamente quanto a algum ponto) ou diferentemente do que lhe foi trazido: são as jurisdições ou julgamentos *ultra, intra* ou *extra petita*.

Tal princípio, sem dúvida, decorre não só daquele outro, de sede

constitucional, referente à imparcialidade do juiz, como daquele alusivo à legalidade e à igualdade das partes, não se podendo olvidar o do contraditório, pois se a parte autora efetuou determinado pedido, foi em relação a ele que a outra se defendeu, sendo vedado considerá-la naquilo em que não teve oportunidade de se defender, como também vedado lhe é deixar de examinar algum pedido do autor, de entregar-lhe algo que não pediu, em relação ao *ex adverso*.

Equivale, pois, o princípio da congruência ou da correlação, ao *silogismo*, isto é, ao processo lógico de raciocínio em que, de uma premissa maior - que é a lei ou o contrato -, cotejada com uma premissa menor, - que são os fatos apontados pelas partes - se conclui estarem, ou não, estes enquadrados naqueles, não se podendo avaliar senão os fatos, tais como ofertados ou provados em juízo.

Assim, da mesma forma que se diz: (P.M.) - Todo homem é mortal; e se afirma: (p.m.) - João é homem; concluindo: logo, João é mortal, se deverá, na sentença dizer: Todo inquilino deve pagar alugueres; ora, João é inquilino, logo, João deve pagar alugueres (conclusão).

É, pois, o princípio da correlação, ou da congruência, um exame conclusivo entre a petição inicial, com seu pedido, fatos e fundamentos, em cotejo com os argumentos da defesa, de modo que o julgador, pena de viciar o processo lógico de raciocínio, e violar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não poderá decidir senão nos limites dos fatos e pretensões discutidos, sendo-lhe defeso, por isso, extrapolar daqueles limites.

Apenas o direito é que poderá ser reexaminado, em homenagem à regra *iura novit curia*, ou *mihi factum et dabo jus*, pois o dever de Justiça do Estado, ao entregar a prestação jurisdicional, lhe permite eventualmente, aplicar ao caso regra jurídica diversa da pretendida ou invocada, eis que a norma é de interesse público. Para alguns, o termo correlação diz respeito à *quantidade* da condenação, enquanto o da *congruência* se refere à natureza da sentença.

Daí se infere, também, que o processo é conjunto de atos, ordenados e vinculados entre si, através dos quais o Estado presta a jurisdição, sendo, portanto, mero instrumento dessa entrega de Justiça.

Decorre disso o outro princípio a seguir examinado.

#### 4. *Princípio da Instrumentalidade*

Processo é instrumento de Justiça, é conjunto de regras através das

quais o Estado, através do Poder competente, presta a jurisdição, dirimindo conflitos, trazendo a paz e a segurança às relações entre seus cidadãos.

Assim, o princípio da instrumentalidade do processo, para alguns apenas instrumentalidade das formas, é aquele segundo o qual, quando a lei prescrever ao ato determinada forma, sem cominar nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Conforme registrado na Revista nº 65/183, do STJ, órgão encarregado da aplicação em última instância, da legislação infraconstitucional (art. 105, da C.F.), sobre o recente X Congresso Mundial de Direito Processual é no art. 244, do nosso código processual de 1973, que se encontra a mais bela regra do atual direito processual, pois nele se valorizam e dimensionam corretamente a finalidade do processo, considerando-se válido o ato que, se atendendo embora a forma legal, sem vício de nulidade porque ausente qualquer prejuízo, tenha atingido seu efeito dentro do processo (princípio jurídico e político), ensejando a entrega da prestação jurisdicional sem mais despesas ou da forma mais rápida possível.

#### 5. Princípio da Substanciação

É aquele pelo qual o autor, já na inicial, ao apresentar sua pretensão, deve indicar os fatos e os fundamentos da sua pretensão, as razões pelas quais vem a juízo em busca da subordinação da vontade alheia à sua própria vontade, o que só através da ação do Estado se mostra possível.

Demonstra o Prof. JOSÉ AUGUSTO GALDINO DA COSTA (*Princípios Gerais do Processo Civil*, Editora Proqram, p. 52) que este princípio impõe ao autor o ônus processual de indicar, na petição inicial, *a\_causa petendi próxima e a remota*, conforme estabelecido pelo art. 282, III, do C.P.C., pena de indeferimento (art. 284), apontando a lição de Lobão (J.J. Caetano Correia e Souza ).

A lição não foi aceita exatamente assim pela doutrina, que vê na causa remota a relação jurídica, de caráter prévio e abstrato, de onde emanavam direitos subjetivos e deveres jurídicos ou direitos potestativos que podem ser exigidos pelos autores demandantes, em face dos réus demandados, podendo também o pleito incidir sobre mera declaração jurídica, existência dessa relação, ou falsidade de documento, conforme art. 4º, do CPC, bastando que, ao lado desse fundamento, ou causa remota, se aponte a causa próxima, ou fato, configurado pelo comportamento do réu e ensejador do inconformismo do demandante.



Assim, numa ação de indenização, o fato (causa próxima) é o dano oriundo do ato ilícito praticado, e o fundamento (causa remota) é a lei, que impõe ao causador do dano, por ato ilícito, o dever de reparar o mal causado.

Também, numa ação de separação, o fato (a causa próxima) será a grave violação do dever legal, enquanto a causa remota, ou fundamento, é a relação jurídica estabelecida pelo casamento, onde são impostos direitos e deveres aos cônjuges.

É exatamente desse binômio: fato-fundamento que o réu deverá defender-se, por conta do princípio do contraditório e ensejando sua oportunidade de impugnar os fatos e o direito alegado pelo autor.

#### *6. Princípio da Impugnação especificada*

Inerente ao contraditório, este princípio, consagrado no art. 302 do estatuto procedimental, afirma caber ao réu, na contestação, manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo se: 1 - não for admissível, a seu respeito, a confissão decorrente do silêncio; 2 - se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público, que a lei considerar da substância do ato; e 3 - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Ressalta a lei, todavia, que esta regra quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos (e não da regra jurídica apontada, como já vimos) não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público, considerando-se advogado dativo também o Procurador nomeado pela assistência judiciária, os quais ficam dispensados dessa impugnação, podendo fazer a genérica.

Conseqüência da aplicação desta regra é que a eventual revelia, na confissão do fato impugnado, que também não se aplica à Fazenda Pública, consoante jurisprudência dominante, ante a natureza do direito em litígio, que é de interesse público (RTJ 84/613), não é conhecida em relação as pessoas mencionadas, e a contestação “por negação geral dos fatos” torna os mesmos controvertidos (RT 497/118), transferindo ao autor o ônus de provar nas suas alegações, ainda que não impugnada por qualquer daqueles antes acima descritos.

Aduz a lei, no art. 303, que a contrariedade dos fatos, na defesa, é tão importante, inclusive para efeitos da aplicação do princípio da congruência, ou da correlação, que só é lícito deduzir nas alegações, depois

da contestação, quando: I - relativo a direito superveniente; II - competir a juiz dela conhecer de ofício, o que até tornaria redundante a oportuna alegação; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo ou juízo, como nas hipóteses da competência absoluta (art. 113), ou prescrição, ou ainda, segundo alguns, na hipótese do art. 264, § 3º, em relação aos pressupostos processuais ou condições para o legítimo exercício do direito acionário.

Por oportuno, ressaltamos, quanto a última questão, nosso entendimento no sentido de que, quando a lei (art. 267, § 3º do CPC) afirma que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não profundar sentença de mérito (entenda-se também, acórdão) de matéria constante dos nºs IV, V e VI (pressupostos processuais e condições gerais ou especiais para o legítimo exercício do direito acionário), fê-lo independente de preclusão, apenas para aquelas questões que não tenham sido ainda examinadas, embora disponíveis às alegações das partes.

Como afirma GALENO DE LACERDA em lapidar lição, repetida na RTJ 100/7:

*“A preclusão no curso de processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação.”*

### *7. Princípio da Estabilidade da lide*

Valendo-se do exemplo acima, ditado pelo art. 303, segundo o qual não pode a parte, após a defesa, aduzir novos argumentos, senão os admitidos pela lei, e considerando que também ao autor foi imposto o ônus de, na inicial, declarar os fatos e os fundamentos de seu pedido, temos como consequência inicial, que a lide já estará caracterizada, assim entendida lide como a pretensão do autor, resistida pelo réu, segundo LIEBMAN.

Fundado no princípio fundamental, porque constitucional, da igualdade entre as partes, dispõe a lei, através do art. 264 do CPC que, feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições

(*rectius*: sucessões) permitidas em lei, sendo absolutamente vedada, mesmo se o réu a consentisse, a alteração do pedido, ou da causa de pedir, após o saneamento do feito.

É o chamado *princípio da estabilidade da lide*, segundo o qual, se o autor já apresentou, atendendo à regra da substanciação, seu pedido justificado pelos fatos e fundamentos, e se o réu já foi convocado a sobre eles se pronunciar, não poderá mais o autor modificar sua pretensão sem anuência do réu e, depois de ultrapassado o momento da defesa, com o conseqüente saneamento, nem mesmo com o consentimento de ambas as partes isso será possível, eis que foi iniciado o julgamento do feito, através do saneamento, pelo que a eventual modificação corresponderia a outra causa, caracterizada pelo pedido e/ou causa de pedir diversa, ensejando também diverso julgamento.

Ambas as limitações temporais, todavia, além de impor a aplicação do presente princípio, também revelam - e já expressam que, normalmente, os princípios estão aglutinados num mesmo texto legal - a presença de outro princípio, que é o da eventualidade.

#### 8. *Princípio da Eventualidade*

Por este princípio, devem as partes alegar, na oportunidade própria, aberta pela lei, ou por ocasião do exercício de faculdade processual, todas as pretensões ou decisões de mérito, ou de defesa, ou de rito, não o podendo fazê-lo em outra oportunidade, no mesmo processo.

Mesmo que tais alegações sejam aparentemente contraditórias, ou conflitantes, no momento em que são feitas, devem ser elas apresentadas naquela oportunidade, não podendo a parte, salvo permissivo legal, aguardar o julgamento de cada uma delas, para apresentar a outra, pena de se eternizar o julgamento e a demanda.

Assim, assinala JOSÉ AUGUSTO GALDINO DA COSTA (*op. cit.*, p. 115) que “todas as alegações devem ser feitas cumulativamente, ainda que no momento não apresentem interesse atual e que tenham sido alegadas em via subordinada, no sentido de que somente sejam decididas, na eventualidade de que as deduções propostas em via principal sejam rejeitadas”.

Assim, a desvantagem da cumulatividade da alegação, pela eventualidade, também se caracteriza se a parte não pode fazer tardias alegações que possam trazer seus elementos de convicção em juízo, enquanto, de outro lado vale o princípio para ajudar a rapidez do processo (princípio da celeridade), impondo às partes a prévia colocação nos autos de todos os seus

argumentos, evitando o prejuízo de uma em favor de outra parte, menos técnica e mais guiada por artimanhas processuais.

Da imposição nesse princípio, ou seja, da impossibilidade de argumentações extemporâneas, decorre outro princípio, que o garante e reforça, conhecido como da preclusão.

#### 9. *Princípio da Preclusão*

É o princípio pelo qual, ultrapassado o momento e o tempo próprios para a prática do ato, não mais poderá ser ele efetuado, porque preclui, ou seja, *pre* (prefixo latino = antes) e *cludere* (variação verbal do verbo *claudio* - *is, si, sum, ere* = fechar) o seu direito de fazê-lo.

Em regra, aplicável às partes, também se estende aos julgadores, conforme a regra do art. 473, do CPC segundo o qual é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão, na medida em que não poderá examinar questão já superada, sendo-lhe permitido, evidentemente, a qualquer momento, conhecer de questão indisponível à parte, ou de direito.

Tal é nosso entendimento, por exemplo, a respeito da preclusão nas questões referentes ao art. 264, § 2º, do CPC, como expusemos anteriormente na análise do princípio da eventualidade.

Exemplo típico de preclusão é a do art. 245 do estatuto processual, onde se afirma que “a nulidade dos atos (*rectius*: anulabilidade) deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”, não se aplicando a regra àquelas nulidades que o juiz deve declarar de ofício, como no prefalado art. 264, § 3º, ou no art. 301, § 4º, e no art. 303, II, isto é, nas hipóteses relativas ao compromisso arbitral e puderem as partes, por expressa disposição legal, formular questões em qualquer tempo e juízo, como a prescrição e a incompetência absoluta.

A doutrina vem desenvolvendo diversas espécies de preclusão, a saber:

##### a) consumativa

Atribuída a CÂNDIDO DINAMARCO, ou, ao menos, por ele desenvolvida, é a modalidade de preclusão, em que a parte, por praticar o ato, ou exercer a faculdade, ainda dentro do prazo processual, não mais poderá modificá-lo ou aditá-lo, ainda dentro do seu lapso temporal, eis que, ao consumir o ato, entende-se tenha afirmado desnecessário o restante do prazo, não utilizado.

Assim é, *v. g.*, quando a parte apresenta seu recurso antes do fim do lapso temporal, desacompanhado do comprovante de pagamento de cus-

tas, ou de eventual documento indispensável pela lei, sendo-lhe vedado *a posteriori*, mesmo que dentro do prazo legal, complementar ou corrigir o ato praticado.

b) preclusão temporal

É a geralmente conhecida como simplesmente preclusão, pela qual as partes, tendo prazo para o ato ou faculdade, não o exercendo no tempo hábil, ficam impedidas de fazê-lo, após o seu curso, ou seja, extemporaneamente.

c) preclusão lógica

É a perda, ou impossibilidade lógica, ou prática de ato, ou faculdade, em contradição com atos anteriores, ofendendo a lógica do comportamento das partes.

Dispõe o art. 503 do C.P.C., *v.g.*, que a parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença na decisão, não poderá dela recorrer.

Sirvam de exemplos a entrega das chaves, na ação de despejo decretada, ainda dentro do prazo de recurso que, com isso, fica logicamente precluso, por se entender a renúncia do inquilino.

Também, conforme a Lei de Desapropriação, o depósito complementar prévio, pelo expropriante, ante o pleito de imissão provisória na posse do bem desapropriado, o que vale como concordância com a decisão que o impôs, afastando o cabimento do recurso, ainda que dentro do prazo legal.

d) preclusão ordinatória

Consiste na perda da possibilidade de praticar o ato, ou exercer faculdade, se precedida do exercício irregular da mesma possibilidade.

Assim, não podem ser recebidos os embargos do devedor, antes de garantido o juízo pela penhora, ou para depositar, conforme a hipótese:

O Professor ANTONIO ALBERTO BARBOSA (*in A Preclusão Processual Civil*, RT, 2ª edição, 1992) assegura que “se a faculdade deve ser exercida de determinado modo, e segundo determinadas formas, decorre disso que o exercício irregular preclui, nos casos estabelecidos pela lei, qualquer outro exercício. Ela é a típica expressão do princípio da auto-responsabilidade da parte e corresponde às exigências de um ordenado e rápido desenvolvimento do processo”.

e) preclusão máxima; ou coisa julgada

Significa este tipo de preclusão que a parte, deixando ultrapassar o prazo para a prática do ato, por qualquer que seja o motivo, nada mais pode pleitear naquele feito, eis que já decidido por sentença trânsita, seja por extinção do processo sem exame do mérito (coisa julgada material),

sendo defeso a ela pleitear, e ao juiz decidir naquele feito, esgotadas as possibilidades de praticar o ato ou do exercício de faculdade. Seu objetivo é impedir que, ofendendo a segurança das relações jurídicas, se venha a proferir uma sentença, no mesmo ou em outro processo, conforme a hipótese, envolvendo as mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir. Se o for, a segunda decisão, por tal fato, poderá ser rescindida.

#### 10. *Princípio da Publicidade*

Decorre esse princípio informativo não só daquele estrutural, ou fundamental, inerente à imparcialidade do juiz, como do princípio *due process of law*.

Como afirma ADA P. GRINOVER (*op. cit.*, p. 67) é ela “preciosa garantia do indivíduo, no tocante ao exercício da jurisdição. A presunção do público, nas audiências, e a possibilidade de exame dos autos, por qualquer pessoa, representam o mais seguro instrumento de fiscalização proposta sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise o povo é o juiz dos juízes”.

Como se viu, foi pela Revolução Francesa, ao se insurgir contra as arbitrariedades da realeza, julgamentos secretos e imotivados, que surgiu este princípio, difundido por MIRABEAU, perante a Assembléia Constituinte, situando-o como marco da independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade dos magistrados.

Presente na lei, sofre por ela algumas restrições, de interesse público, como no art. 155 do CPC, onde se permite o chamado *segredo de justiça*, em restrição à publicidade do processo, quando: I) o exigir o interesse público; II) disser o processo respeito a casamento, filiação, separação de cônjuges, converção da separação em divórcio, alimentos e guarda de menores, restringindo o direito de consulta e certidões dos autos apenas às partes e seus procuradores, admitindo ao terceiro somente o direito de obter, por pedido ao próprio magistrado, certidão do dispositivo (e não à fundamentação da sentença) bem como de inventário e partilha resultante de desquite.

Prevaleceu aqui, sobre o da publicidade, e suas razões, princípio mais de respeito e sigilo à imagem e privacidade das partes, no tocante às suas relações conjugais e familiares, não expostas normalmente - e por preserváveis - ao conhecimento e ridicularia pública, eis que em tais feitos são expostas e analisadas questões do tão só interesse das partes e alusivas a seus direitos personalíssimos.

Como alerta ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 69), publicidade, como

garantia política - cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços de justiça - não pode ser confundida com sensacionalismo, que afronta a dignidade humana, cabendo à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea, em face da experiência e do costume de cada povo.

Mesmo em última hipótese, não expressamente contempladas na lei, tem-se admitido possa o magistrado, graças ao poder de que é investido e do princípio da autoridade do processo, bloquear ou restringir o afluxo de curiosos aos atos processuais, igualmente incitada pela mídia, respeitando, assim, as partes da execução pública, que nada tem a ver com a publicidade do ato, por interesse público, obviamente.

#### 11. *Princípio da Economia Processual*

Decorrente da regra fundamental do princípio econômico que, como acentuou JAIME GUASP, reside em aplicar-se o direito processual para obtenção da prestação jurisdicional no máximo de resultado com o mínimo de esforço, não se sente ele apenas poupador de gastos e custas das partes, senão de dispêndio desnecessário de qualquer outro bem.

Efetivamente, ligado ao princípio da instrumentalidade, ou do aproveitamento do ato, este princípio justifica a prática e validade do ato a “*se desdobra a su vez en economia de dinero, de tiempo y de trabajo*” (GUASP, *Des. Proc. Civ.*, p. 26 ).

Para CHIOVENDA, o princípio nada mais revela que a aplicação da tradicional e indiscutível lei social do *menor esforço* à atividade jurisdicional, eis que ninguém faz, com muito esforço, aquilo que pode fazer com pouco esforço.

Daí a existência de regras como a preclusão, a conexão (arts. 102 a 111, do CPC) e o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que também envolvem à economia processual e a garantia fundamental do devido processo legal.

#### 12. *Princípio da Perpetuatio Jurisdictionis*

O princípio, ao se traduzir como o da perpetuação da jurisdição (*rectius*: da competência) se liga, evidentemente a outros princípios fundamentais, como do devido processo legal, da legalidade ou da imparcialidade do juiz.

Por ele, conforme art. 87 do digesto processual, determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo

quando suprimirem o órgão judiciário de alterarem a competência, em razão da matéria ou da hierarquia.

Significa dizer que o órgão competente, a quem foi validamente distribuído o feito, no início, competente será para seu julgamento, até o final do processo, ressalvadas as hipóteses legais.

Quer-se, com a adoção do princípio, evitar a burla ao devido processo legal e, particularmente, ao princípio do juiz natural, o que ocorreria, v.g., se a parte, após o início do feito perante o juiz legalmente competente, mudasse seu domicílio ou o objeto da causa, como também o direito em que se fundou fosse alterado.

Mas o princípio, em nome da economia processual, e até no da legalidade, pode ceder:

a) nos termos da própria lei (art. 87 do CPC), se extinto o órgão judiciário, como por exemplo a vara ou comarca, passando o feito à competência de outra que for em substituição designada;

b) se alterada a competência do órgão primitivo, em razão da matéria ou da hierarquia, como no caso de extinção ou desmembramento de varas, dividindo-se sua competência, pelo que a anterior não mais terá possibilidade jurídica do exame da questão, a ser entregue à outra;

c) no caso de desmembramento de comarca, quando ele cede à exceção: os processos iniciados na comarca desmembrada serão transferidos para a nova, em atendimento às superiores razões do interesse público, como assinala EDSON PRATA (*Comentários ao C.P.C.*, Forense, 1987, vol. 2, p. 303);

d) finalmente, ocorrendo a conexão de causas (art. 102 e segs. do CPC) o órgão inicialmente competente poderá perder sua competência em face de outro, atendidos os pressupostos legais (art. 106 e 219 do CPC) prevalecendo o interesse público do *simultaneus processus*, e gerando a impossibilidade lógica de que um dos juízos, perdendo sua competência, possa conhecer de outra causa.

### 13. *Princípio do Ônus da Prova*

Sintetiza este princípio o encargo, ou ônus, atribuído à parte que alega o fato, de trazer os elementos probatórios do que afirma, a fim de que possa o juiz estabelecer aquele silogismo jurídico de que se falou, ao analisar o princípio da congruência, ou da correlação.

Segundo o brocardo latino *onus probandi incubit eius qui dicit, non qui negat*, ou seja, o dever de provar é de quem afirma o positivo, e não de quem



simplesmente nega, já que a prova do negativo é impossível (ou diabólica).

Pode, ainda, a parte, além de provar os fatos, conforme imposição do art. 333, I (ao autor) e II (ao réu), ser chamado, também a provar o direito, vale dizer, a existência e vigência da lei, em norma de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, quando solicitado pelo juiz, eis que este só está obrigado a conhecer a lei federal, dispensando a parte de comprovar sua existência e vigência.

Ante, porém, a moderna tendência publicista do processo, que vem atenuando a diferença entre o princípio dispositivo, ínsito ao processo civil, e o inquisitivo, típico do penal, foram aumentados o poder do juiz, podendo ele, conforme art. 130 do diploma processual, determinar a produção de provas necessárias à instrução do processo, inclusive, indeferindo as diligências inúteis meramente protelatórias.

Já entenderam os tribunais (RT 593/166 e JTA 141/257) que o julgador de segunda instância, assim como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito, como o dever de converter o julgamento em diligência, sempre que assim entender mais necessário, para uma apreciação perfeita, justa e correta da questão que lhe é posta.

#### 14. *Princípio do Livre Convencimento*

Do exemplo acima, vem o presente princípio, pelo qual se outorga ao juiz o poder de julgar consoante o seu livre convencimento, decorrente da análise da prova que as partes tenham carreado aos autos ou que, por dúvidas, tenha ele mesmo delimitado.

Não se trata de arbitrariedade do juiz, mas de decorrência dos princípios constitucionais da imparcialidade e da independência, ficando ele, todavia, obrigado a motivar as suas decisões, a fim de permitir às partes, ao público e aos tribunais, em caso de recurso, o controle da legalidade e moralidade da decisão.

ADA P. GRINOVER (*op. cit.*, p. 66) ensina que o princípio se situa entre o da prova legal, em que as provas já são adredemente valorizadas, cabendo ao juiz apenas aplicá-las mecanicamente, e o do julgamento *secundum conscientiam*, hoje de certa forma presente nos Juizados Especiais, e em tribunais de júri, onde ao juiz era dado julgar consoante sua consciência e sua íntima convicção.

Tal sistema, ligado aos da independência e imparcialidade, de outro lado está igualmente atado aos procedimentais da validade, da identidade

física do juiz e da imediatidade, entre outros, a serem examinados logo a seguir.

**V. Princípios do Procedimento** - Considerando-se o procedimento como a exterioridade do processo, ou sua aparência e realização material e física, temos que, como acentua ALCIDES MENDONÇA LIMA, “enquanto os princípios fundamentais do procedimento ainda podem estar inseridos, expressamente, na lei, para maior certeza quanto à orientação adotada, os princípios informativos do processo surgem quando os dispositivos devam ser interpretados para a devida aplicação, mesmo sem nunca aparecerem como texto legal, mas nem por isso deixam de reger o processo, em seus fins, como garantia das instituições gerais”. (*Processo de Conhecimento e Processo de Execução*, p. 50)

Daí se crê que, enquanto os princípios informativos do processo são decorrência do sistema, estando como sangue nas veias do ser vivo que é o processo, as normas procedimentais, por serem ínsitas a cada caso, devem ser expressas, trazendo em seu bojo, em regra, o princípio informativo de sua origem.

Podemos apresentar os seguintes princípios procedimentais como os mais conhecidos.

#### 1. *Princípio da Imediatidade ou da Imediação*

Por este princípio, de caráter tipicamente informativo, está o juiz da causa obrigado ao contato direto com as partes e a sua prova testemunhal, ou pericial, com a própria coisa ou com terceiros, para que possa obter os elementos necessários ao esclarecimento da vontade dos autos, e, em consequência, decidir e justificar o seu livre convencimento.

Sua aplicação reside em vários textos legais, sobretudo o art. 440, alusivo à inspeção judicial, art. 342, referente aos depoimentos pessoais das partes; e 446, II, que lhe impõe, em caráter especial, proceder direta e pessoalmente à colheita da prova.

O epílogo desse processo de apuração da prova eclode no art. 132, onde se afirma que o juiz que apurar a prova deverá proferir a decisão. Hoje, tal princípio foi atenuado conforme a nova redação do texto citado, trazida pela Lei do Agravo, para atribuir a decisão não ao juiz que houver presidido a prova, mas ao que houver concluído a audiência, o que se afigura atenuação ao comando apenas por razões de economia processual e de maior aceleração da prestação jurisdicional.

No sistema processual moderno, orientado pela economia processual, instrumentalidade e efetividade da prestação jurisdicional, tal sistema tem sido, como se vê, mitigado em sua importância.

Assim, o art. 330 permite que a decisão seja proferida de acordo com o estado da lide, vale dizer, sem o contato do juiz com as partes e sem prova oral ou pericial, mas apenas a documental, eis que desnecessária se torna a audiência ou a produção de qualquer outra prova.

Também quando ocorrerem os efeitos da revelia (arts. 319 e 320, do CPC) ou for unicamente de direito a matéria *sob examine*, caso em que o magistrado também dispensará qualquer contato com as partes ou demais provas.

### 2. Princípio da Oralidade

Por este princípio, já bastante atenuado nos tempos modernos, mas preocupado com os resultados, a eficácia do processo e a efetividade da prestação jurisdicional, a discussão oral da causa, na presença do magistrado, é apontada como de fundamental importância para que ele possa aquilatar a validade e confiabilidade dos elementos probatórios nos autos.

Está ligado, pois, a três outros princípios procedimentais: *da imediatidade*, antes examinado, *da concentração*, a seguir examinado, e *da recorribilidade das decisões interlocutórias*, também a ser analisado.

### 3. Princípio da Concentração

Integrante de um conjunto de outros princípios procedimentais, destinados a regulamentar e orientar a apuração de provas e a decisão judicial, consiste o da *concentração em uma só audiência* - já que ela é una e contínua, ainda que tenha prosseguimento em outro dia - de toda a prova requerida pelas partes e autorizada ou determinada pelo magistrado, e perante ele produzida.

Em nosso código vigente, dispõe o art. 331 que, não obtida a conciliação, o juiz saneará o processo, deferirá a prova e designará audiência; os arts. 450 e seguintes, em continuação, dispõem sobre a realização da audiência, devendo o juiz ouvidas as partes, fixar os pontos controvertidos sobre as quais incidirá a prova, a ser, em seguida, produzida na seguinte ordem: inicialmente, o perito e seus assistentes técnicos, atendidos os requisitos do art. 435, depois os depoimentos pessoais, finalmente as testemunhas, abrindo-se prazo para os debates orais que, todavia, poderão ser substituídos por memoriais, se a causa apresentar questões complexas, de fato ou de direito, abrindo-se prazo para seu oferecimento.

Essa concentração da prova na mesma audiência, geralmente seguida de sentença, nela também prolatada, salvo adiamento para tal, no prazo de dez dias, consolida a trilogia atrás anunciada de oralidade - concentração - imediatidade, à qual se ajusta o princípio da vinculação do juiz, ou de sua identidade física, a ser a seguir examinado.

#### 4. *Princípio da Identidade Física do Juiz, ou da Vinculação*

Regulado pelo art. 132 do CPC, como vimos, já hoje bastante atenuado pelos princípios informativos da economia e da celeridade processual, além de efetividade da prestação jurisdicional, significa ele que fica vinculado ao processo o juiz que presidiu e concluiu a instrução probatória, devendo ser o seu sentenciante, exatamente porque será aquele em melhores condições para tal, diante da prova por ele colhida.

Ocorre que, por motivos já expostos, a lei despreza esse princípio, estabelecendo que deva sentenciar o processo o juiz que *concluiu* a audiência, independente de ter apreciado a prova oral e de ter estado presente no ato da concentração probatória.

A esse propósito, observa CÂNDIDO DINAMARCO (*A Reforma do CPC*, Malheiros, 1ª ed., p. 55).

#### 5. *Princípio da Lealdade Processual*

Busca esse princípio que, além de direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades que os sujeitos da relação processual (partes e juiz) tenham entre si, também exista, particularmente entre autor e réu um dever recíproco de ética no comportamento processual, não podendo uma faltar com a verdade à outra ou ao magistrado.

Efetivamente, se o processo é meio de obtenção de justiça e de resposta do Estado à pretensão das partes, de outro lado, como assinala ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 69) é também meio de pacificação geral da faculdade e atuação de seu direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esse dever de moralidade e probidade a todos aqueles que participem do processo (partes, juízes, auxiliares, advogados e membros do M.P.) denomina-se *princípio da lealdade processual*.

Visa ele exatamente a impor, sobretudo aos litigantes, uma conduta moral e de respeito mútuo, que possa ensejar ao feito seu natural curso e levá-lo à consecução de seus objetivos: a prestação jurisdicional e a paz social.

Independente de ilícitos processuais já estabelecidos em dispositivos

próprios, como a fraude processual, o legislador também estabeleceu a figura do litigante de má-fé no art. 17 do C.P.C., que diz:

*“Reputa-se litigante de má-fé aquele que:*

*I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*

*II - alterar a verdade dos fatos;*

*III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*

*IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*

*V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;*

*VI - provocar incidentes manifestamente infundados.”*

Com toda cautela a jurisprudência vem evitando aplicar essas sanções, por entender muito sutil a caracterização da litigância de má-fé, em oposição aos termos do contraditório, que é constitucionalmente garantido, afastando daquela figura o comportamento meramente culposos, para abranger apenas aquele visivelmente doloso e entendendo qualquer ato lesivo, por culpa, ligado ao *ius defendendi*.

**VI. Princípios Inerentes aos Recursos** - A natureza jurídica do recurso, do latim *re* (movimento para trás) e curso (de *curro - is, cucurri, cursum, ere* = verbo correr), sofre questionamentos doutrinários, havendo quem (Giller, Betti, Montana, Guasp e outros) o entenda como *ação autônoma* destinada a impugnar decisões judiciais, buscando a sua desconstituição, e exigindo-se, como direito acionário, os mesmos requisitos exigíveis para a propositura da inicial.

Em sede penal, também EDUARDO SPINOLA assim entende, afirmando, inclusive, que a revisão criminal tem a mesma natureza dos demais recursos, embora rotulada de ação autônoma.

Para outros (Rocco, Calamandrei e a maioria), porém, o recurso se insere no exercício do direito acessório, sendo ato processual, como os demais, sujeito a requisitos legais para sua admissibilidade, mas sempre no mesmo processo, como fase procedimental posterior, evitando a ocorrência da coisa julgada.

Em sede doutrinária, tem-se entendido, no Brasil, como em outros países de tradição processualista, como a Itália e a Alemanha, que o recurso é uma fase procedimental de continuação do processo, decorrente *do princípio dispositivo*, tanto que presente o princípio da voluntariedade, como se

verá adiante, o que de logo afasta do seu rol o chamado *recurso ex officio*, ou duplo grau obrigatório, assegurando alguns até que seja ele a repetição, ou reexame, do que se passou em 1º grau, o que seria vedado se de ação autônoma se tratasse, sem o atendimento às previsões legais.

Frise-se, de logo, que apenas os atos do juiz estão sujeitos a recurso, e não os da parte, do M.P., do Escrivão, ou de quem quer que seja, o que desloca o problema para a regra do art. 162, do digesto processual que define,

a) *sentença*: é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa;

b) *decisão interlocutória*: é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente;

c) são *despachos* todos os demais do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Afaste-se, outrossim, a imprecisão conceitual da lei alusiva a despacho, caracterizado formalmente, ou seja pela ausência de forma legal, quando o correto, *d.v.*, na linha de raciocínio exposta, e até da eficácia do conceito, seria o critério ontológico, apontando como despachos aqueles atos que nada decidem, ou seja, que impulsionam o processo mas não decidem questão alguma ou que, em síntese, desatendam a qualquer interesse da parte no processo, eis que se o fizesse seriam decisões interlocutórias, tal como o vêm entendendo tranqüilamente a doutrina e a jurisprudência.

Destarte, tentaremos expor os princípios processuais que dizem respeito aos recursos, assim entendidos aqueles atos da parte que, inconformados com o desatendimento a seu interesse nos autos (processual ou material) buscam o reexame da questão, afastando-nos por ora, do exame da parte alusiva às vantagens e desvantagens dos recursos, nascida, sobretudo, com a Revolução Francesa, cuja Assembléia Constituinte se insurgia contra o despotismo dos magistrados, subservientes à realeza.

Estabelecido já ficou que os princípios do processo nem sempre estão expressos e visíveis na Lei, como os do procedimento, cumprindo trazer a palavra de NELSON NERY JR. (*Os Princípios fundamentais do Recurso*, RT, 4ª ed., p. 33) a respeito do tema, eis que, para ele “Quando falamos em princípios gerais dos recursos estamos nos referindo aos *fundamentais* e não aos informativos, que são verdadeiros axiomas, aplicáveis ao instituto do recurso no Processo Civil Brasileiro. Os problemas estão, sim, no concerne aos princípios fundamentais, adotados pelo sistema jurídico brasileiro,

sob conotações ideológicas e políticas. Daí serem discutíveis e discutidos em doutrina e jurisprudência, ...”, esclarecendo que a nomenclatura usada por ele não é uniforme, mas clara e a permitir plena compreensão de suas posições, ao lado de outros não menos ilustres tratadistas do tema.

### 1. *Princípio do Duplo Grau de Jurisdição*

Decorrente do princípio fundamental da recorribilidade, como daquele da imparcialidade do Juiz e da motivação dos julgamentos, quer este princípio atender à possibilidade de que, sob provocação da parte e, excepcionalmente, por vontade da lei, seja a decisão judicial revista por outro órgão do Poder Judiciário.

É destinado à garantia fundamental da boa justiça, da paz social e da ordem geral e segurança em relações jurídicas, sendo seu principal fundamento a falibilidade do homem, mesmo na função judicante, não sendo lógico, nem psicológico, que ninguém pudesse pretender o reexame de seus atos ou de sua fundamentação, sobretudo tendo em vista o seu dever de obediências aos demais princípios antes apontados.

Como se viu antes, embora não expressamente previsto o princípio da recorribilidade em sede constitucional, está ele implícito nos dispositivos que apontam a competência recursal do Supremo Tribunal Federal (art. 102 da C.F.) ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 108 da C.F.) ou, mesmo, quando afirma o Texto Maior, no art. 121, § 3º, serem irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo quando contrariarem a C.F, entre outros casos, como a sugerir o caminho da via extraordinária.

Assim, podemos dizer que o princípio do duplo grau de jurisdição decorre naturalmente do devido processo legal (*due process of law*), estabelecendo a possibilidade de que a decisão venha a ser reapreciada por órgão de hierarquia normalmente superior à do que a prolatou, não sendo isso absolutamente necessário, mas recomendável, na lição do Mestre MACHADO GUIMARÃES (*Limites Objetivos do Recurso de Apelação*, 1961, p.31) .

Na verdade, a competência do reexame da decisão, inerente ao duplo grau de jurisdição, nada tem a ver com questão, que é de análise do *ato em si*, quanto aos requisitos e fundamentos da decisão, nada impedindo que o seja por outro órgão do mesmo nível, embora não fosse o desejável, ante a maior experiência, geralmente existente, no órgão superior, ou tribunais, compostos por Juízes mais experientes.

Alguns problemas surgem da aplicação desse princípio:

a) o primeiro dele é o relativo ao chamado reexame obrigatório do

recurso *ex officio*, titulado no art. 475, do nosso Código, que o impõe, pena de ineficácia da decisão até a sua confirmação nas hipóteses que menciona, quais sejam as matérias de nulidade de casamento ou contra Fazenda Pública, por entendê-las como de alto interesse público.

Assim, esse duplo exame obrigatório, por isso mesmo, recurso não é, eis que a ele ausentes as características essenciais de prazo, voluntariedade, interesse, legitimidade e dialeticidade e outras, presentes nos recursos, como requisito de sua admissibilidade.

Efetivamente, ao recorrer da própria sentença o juiz não tem na matéria qualquer interesse pessoal, - e se tivesse não poderia julgá-la - pelo que também lhe falece a legitimidade para o recurso; ademais, não apresenta as razões para a reforma de sua decisão, nem tem prazo para fazê-lo, estabelecendo a lei apenas que, se não o fizer no ato sentencial, a decisão não terá qualquer eficácia até sua confirmação pelo colegiado superior.

b) Outro problema diz respeito à limitação da questão trazida à competência do órgão recursal, dispondo a lei que apenas o que lhe for devolvido (remetido), poderá se objeto de exame.

Assim, se a decisão é extintiva do processo, sem o exame do mérito, não poderá o Tribunal, ao examinar o recurso, se afastada a razão da extinção, prolatar desde logo decisão de mérito, pena de usurpar a competência do juízo de primeiro grau, violando o princípio do *juiz natural* e, com toda certeza, agredindo o direito de ampla defesa das partes, eis que o mérito ainda não teria sido em primeiro grau debatido.

c) O princípio não tem incidência ilimitada, estando apenas previsto na Carta Magna, o que implica em dizer que não pode ser suprimido pela Legislação Ordinária mas poderá ser delimitado, ou restrito.

Assim, Lei de Execuções Fiscais, em seu art. 34, prevê que o recurso cabível, contra as sentenças em causas de valor inferior a 50 OTN's, seja ao próprio juiz da causa, também a Lei nº 9.099/95, regulamentadora dos Juizados Especiais, admite recurso para o próprio Juizado, através de um conselho composto de três juizes do mesmo nível do sentenciante. Vê-se, pois, não ser necessário que o recurso seja endereçado a Tribunal ou órgão de nível superior ao do recurso, podendo ser a outro do mesmo nível hierárquico.

## 2. Princípio da Taxatividade

É aquele segundo o qual só podem ser acionados os recursos previstos na Lei processual civil.



Assim, havendo o CPC, em seu art. 496 estabelecido os oito recursos clausulados, nenhum outro pode ser criado, revelando-se o texto legal como autêntico *numerus clausus*.

Mas é forçoso admitir que daqueles previstos, alguns recursos podem sofrer - e sofrem - variação na aplicação ao caso concreto, como no caso do *Agravo e dos Embargos Infringentes*.

Efetivamente, além do agravo previsto no art. 496, II e art. 522 e seguintes do CPC, encontram-se ainda, fora do arrolamento do Código, mas também ditados pela lei, os seguintes agravos:

a) O agravo do art. 532, pelo qual pode a parte se insurgir contra a decisão que inadmitir os Embargos Infringentes interpostos, admissibilidade atribuível ao Relator do feito, em caráter monocrático, por exemplo, por intempestivo, por não haver voto vencido etc. Neste caso, o agravo será interposto pelo Embargante, no prazo de 5 dias (art. 557, parágrafo único) para o órgão a quem competiria o julgamento do recurso que foi denegado.

b) Agravo contra o eventual indeferimento de outrem Agravo de Instrumento, atacando este a denegação liminar de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, como se vê do art. 145, do CPC, onde se fala em agravo, o qual está previsto e representado pelo art. 258, do Reg. Interno do STJ e art. 317 do Regimento Interno do STF.

c) Agravo previsto no art. 557 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 9.139/95, atacando decisão monocrática do relator que, liminarmente, negar seguimento a recurso, por inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a Súmula do próprio Tribunal ou de Tribunal Superior, cabendo a competência para o exame e julgamento desse outro agravo, chamado de *interno* pelo STJ, porque se processa sem instrumento e nos próprios autos do processo, ao órgão que seria competente para conhecer do recurso que foi atentado.

Em relação aos Embargos Infringentes, previstos pelo digesto processual em seu art. 530, quando a decisão proferida em Apelação, ou Ação Rescisória, não for unânime, podemos destacar o fato de que os Tribunais Superiores têm entendido não ser ele admitido nos processos alusivos a Mandado de Segurança, conforme Súmula nº 597, do STF e nº 169 do STJ, eis que entendem essas cortes que a ação mandamental se submete a estatuto processual próprio (Lei nº 1.533/51) de sistema recursal fechado, onde não está previsto o recurso de Embargos Infringentes.

Igualmente, pela Súmula 293, o E. STF entende ser inadmissível esse

recurso contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais, nas chamadas declarações de inconstitucionalidade, eis que inexistente órgão superior ao plenário do Tribunal, ao qual competisse o recurso.

### 3. *Princípio da Singularidade*

É aquele também chamado de regra da unirecorribilidade ou unicidade, pelo qual, ante a admitida taxatividade do sistema recursal, para cada ato impugnável existe apenas um recurso próprio e admissível, vedando-se a interposição cumulativa de outro recurso contra o mesmo ato.

Evidente que, atentando para o princípio, impõe-se examinar a natureza do ato judicial recorrível (eis que os irrecuráveis, a teor do art. 504, não oferecem problema) sendo irrelevante a forma ou nome que o julgador haja dado às decisões (despacho, decisão, saneador etc.), importando apenas o seu conteúdo, a teor do art. 162, do CPC, para caracterizar o recurso cabível.

É possível, assim, que num mesmo momento, v.g., numa audiência de instrução e julgamento, após indeferir a prova deferida, o magistrado se ponha a proferir a decisão da questão, ou sentença.

Assim, pela natureza jurídica da decisão interlocutória, o primeiro *decisum* desafia agravo, que poderá ser retido, manifestado pelo advogado na própria ata da audiência, ou de instrumento, nos dez dias subseqüentes.

Quanto à decisão extintiva do processo, com ou sem julgamento do mérito, o recurso evidentemente será o de Apelação.

Como assinala NELSON NERY JR. (*Teoria Geral do Recurso*, RT, 4ª ed., p.96) “o fato de o CPC permitir às partes a interposição simultânea de Embargos Infringentes, Recurso Especial e Recurso Extraordinário, relativamente ao mesmo acórdão (art.498) constitui, em nosso entender, *exceção* ao princípio da singularidade dos recursos”.

Efetivamente, prolatado em Apelação, ou Ação Rescisória, um acórdão em que a decisão não tenha sido unânime, e também tenha sido, a ver da parte, violada a Lei Federal, a jurisprudência, e, ainda, desrespeitado texto constitucional, deve e pode a parte apresentar os três recursos cabíveis, pena de preclusão temporal, cabendo ao Tribunal examinar primeiro os Embargos e, se desacolhidos eles, encaminhar os outros dois recursos, começando pelo Especial, ficando o Extraordinário reservado para a final observação e julgamento.

### 4. *Princípio da Fungibilidade*

Previsto no Código de 1939, em seu art. 810, que estabelece “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela inter-

posição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara ou Turma, a que compete o julgamento”.

Deriva o princípio do verbo latino *fungere*, que significa: *trocar, mudar* (daí: fungível), admitindo ele possa o recurso ser trocado por outro, o que ocorria sempre que o prazo estivesse adaptado no recurso.

Alguns tratadistas afastam a moderna aplicação do princípio, por falta de previsão legal, e ofensa à regra da singularidade, enquanto outros, fundados na origem e fundamentação constitucional da recorribilidade, dizem-no possível, não necessitando de previsão legal expressa porque decorrem do próprio sistema jurídico-processual.

Afirma-se, também possível o princípio quando se evidencia confusa e de difícil percepção a opção pelo recurso legalmente previsto.

É a hipótese, v.g. do art. 395 do CPC, que se refere à decisão sobre o incidente de falsidade documental como sentença, quando, na realidade, apenas o incidente foi resolvido, desafiando o manejo de Agravo.

Também a hipótese de rejeição liminar de reconvenção ou de ação declaratória incidental, verdadeiras ações, cujo indeferimento, ou extinção, se caracteriza como ato sentencial, a reclamar apelação, mas a doutrina e a jurisprudência admitem aceite agravo, porque o processo principal, onde foram apresentados, não se extinguiu, para justificar a apelação.

#### 5. *Princípio da Dialeticidade*

É o princípio consubstanciado no art. 514, II do CPC, entre outros, que exige seja o recurso discursivo, isto é, dialético, isto é, sujeito a contrariedade, a fim de que se estabeleça também o contraditório na fase recursal.

Da mesma forma que a petição inicial deve atender ao princípio da *substanciação* (vide acima), o recurso deverá ser fundamentado apresentando o recorrente as razões pelas quais pretende ver reformada a decisão alvejada.

#### 6. *Princípio da Voluntariedade*

Decorrente do genérico princípio dispositivo, inerente às ações, o presente princípio da voluntariedade consiste em que a parte deve declarar seu expresso inconformismo com a decisão guerreada e assinalar os motivos dessa insatisfação, não podendo ser conhecido o recurso apresentado sem seu conhecimento e autorização.

Daí porque, havendo a parte manifestado propósito incompatível com o recurso, ou renúncia, ou ainda, desistência ao recurso já formulado, não deve ser este admitido, por ofensa ao princípio da voluntariedade.

Como não pode o juiz aceitá-lo, também não pode impor o recurso à

parte, nem mesmo ao incapaz, por menoridade ou insanidade.

Daí também se extrai o já manifestado entendimento de que o duplo grau de jurisdição não é recurso, porque impõe o reexame da matéria, nas hipóteses que a lei menciona, mesmo que a parte teoricamente interessada, por ser sucumbente não tenha trazido seu inconformismo voluntário a juízo.

### 7. *Princípio da Complementariedade*

Exceção ao princípio da dialeticidade, afirma este princípio ser possível a apresentação de razões fora do prazo da apelação, quando esta já tiver sido acompanhada dos motivos do inconformismo.

Só que estas novas razões, como se deduz do raciocínio, serão complementares àquelas, por força de fato novo, ocorrido após a sentença, desfavorável total ou parcialmente, e ensejadora do recurso.

Tal ocorre, v.g., quando proferida a sentença, e ofertada a apelação, por uma das partes, a outra formular Embargos de Declaração que, aceitos, importem em uma nova sucumbência para a parte que já apelou. Exemplo, o aumento da verba honorária.

Também poderá ela trazer nova apelação, eis que, pelo princípio da consumação ou preclusão consumativa, já recorreu do ato, cabendo-lhe apenas, em complemento a ela, trazer novas razões contrárias a esse fato não objeto do apelo, como no caso dos honorários.

Evidente que, não havendo ela ainda apelado, poderá fazê-lo agora, e neste caso o princípio não será o da *complementariedade*, mas da *recorribilidade*.

### 8. *Princípio da Proibição da Reformatio in pejus*

Também chamado de princípio de defesa da coisa julgada parcial, consiste este princípio na proibição de que, devolvida ao órgão recursal *ad quem* o processo, fica-lhe defeso reformar a sentença para piorar a situação jurídica do recorrente, ressalvada a hipótese em que também a outra parte recorreu, caso em que eventual reforma atenderá aquele outro recurso.

Efetivamente, se pela *voluntariedade* a parte recorre do que lhe foi adverso, não tem sentido que o tribunal, reexaminando o feito, ainda mais a prejudicasse, sem que isso também fosse pedido pela outra parte.

Escapam a esse princípio as chamadas questões de ordem pública, reguladas pelo art. 267, § 3º do digesto processual, pelo qual as questões processuais, de ordem pública, antes de proferida a decisão, podem ser conhecidas por qualquer juiz ou tribunal, *ex officio*, sem ofensa ao direito

da parte.

É decorrência do chamado princípio inquisitório, da obediência pela Justiça às questões de ordem pública, como ocorre na hipótese de coisa julgada, ilegitimidade da parte, representação processual etc., o que não agride, ante garante o direito da parte à prestação jurisdicional justa.

Questão interessante é a decisão do recurso, *ex officio*, por advento de questão superveniente, não examinada na sentença, e que vinha a desfavorecer a parte recorrente, não se podendo entender aqui aplicável o princípio, eis que não conhecida ante a questão, só agora vinda a recurso, por autorização legal excepcional.

#### 9. *Princípio da Irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias*

Com o advento da nova Lei do Agravo, que criou, inclusive, a suspensividade de decisões interlocutórias, alguns têm entendido superado o princípio em nosso sistema.

Como observa, porém, NELSON NERY JR. (*op. cit.*, p. 150), a questão está na expressão em separado, que significava recurso com suspensão do processo, o que ainda não ocorre, eis que a suspensividade é apenas excepcional, confirmando a regra da generalidade, já que só conferível, em nome da própria boa justiça, quando verificáveis o *periculum* e o *fumus*.

Nem mesmo o justifica a separação de agravo, a ser interposto no tribunal, já que o feito principal continua a ter seu curso normal, não sendo paralisado, nem mesmo pela suspensividade, eventualmente conferida pelo Tribunal.

#### 10. *Princípio da Consumação*

É da essência do processo que os atos processuais devam ser praticados no tempo e na forma legalmente previstos.

Assim, uma vez perdida a oportunidade, ocorre a preclusão, como também ocorrerá após a apresentação do recurso, através da chamada *preclusão consumativa*.

Daí que, apresentada a apelação, ou outro recurso, pelas razões esposadas, não mais poderá a parte reverter a situação, buscando mudar o recurso ou os motivos da impugnação, ressalvada a regra da *complementariedade*, retro examinada, ante nova decisão modificadora daquela atacada pelo recurso apresentado.

Exceção legal é o chamado recurso *adesivo*, trazido pelo art. 500, do C.P.C., pelo qual o parcialmente sucumbente, satisfeito com a parte que

lhe foi reconhecida na sentença, e não apresentando contra ele o recurso voluntário, pode oportuna e tempestivamente recorrer, ao ser intimado a contrariar o recurso que a outra parte tenha apresentado.

Mas se ele já interpôs o recurso, não mais poderá recorrer adesivamente, junto às contra-razões, ante os princípios da consumação e da singularidade recursal.

Daí dizer-se que o recurso adesivo é recurso condicionado, porque submisso à apresentação e à movimentação do recurso da outra parte, já que inexistente aquele, não poderá ser formulado, e ocorrida a desistência dele, o adesivo também deve ser julgado extinto.

Alguns doutrinadores apresentam outros princípios além dos aqui expostos, pelo que entendemos ser o tema deste trabalho apenas uma iniciação ao tema, tão fértil e atraente. ◆