XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

ELAINE HARZHEIM MACEDO

FABIANA DE MENEZES SOARES

ARTENIRA DA SILVA E SILVA SAUAIA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Artenira da Silva e Silva Sauaia, Elaine Harzheim Macedo, Fabiana de Menezes Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-352-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

A cidadania e o desenvolvimento sustentável, com destaque para o papel dos atores sociais no Estado democrático de Direito, foram o tema central do XXV Congresso do CONPEDI, realizado nos dias 7 a 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba, nas dependências da UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba.

No Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, foram apresentados e defendidos, ao total, 21 (vinte e um) artigos, abordando questões relevantes de jurisdição e processo afins e aderentes ao tema central, prioritariamente navegando no processo civil, especialmente tendo em vista o novo Código de Processo Civil cujo impacto nos estudos acadêmicos, teóricos e práticos está a exigir do jurista do processo profundo comprometimento. Foi-se também além da fronteira civilista para visitar a sensível e relevante área do processo penal e flertar com o processo eleitoral, de modo a colorir proficuamente os trabalhos que se estenderam ao longo da tarde, beirando o anoitecer, em ambiente profícuo, amistoso e comprometido com discussões que se fazem pertinentes especialmente quando se foca o papel dos atores sociais no Estado democrático de Direito.

Debates sobre a segurança jurídica e efetividade do direito; a esterilidade do precedente judicial na legislação brasileira; a produção de provas e suas “verdades”; a flexibilização da perpetuatio jurisdictionis; a ética, a dignidade humana e o acesso à justiça; os precedentes vinculantes no novo CPC; a fundamentação das decisões judiciais; a coisa julgada frente à segurança jurídica e a isonomia; a “virtude soberana” de Ronald Dworkin e o incidente de resolução de demandas repetitivas; a contagem dos prazos e sua aplicação subsidiária ou supletiva a outros microssistemas processuais; o duplo grau de jurisdição e os recursos repetitivos; o sistema de precedente na common law e o novo CPC; procedimentos como da ação de dissolução parcial de sociedade e da ação de usucapião extrajudicial; o princípio da cooperação e sua inaplicabilidade ao processo penal; o conceito de personalidade humana e o agir processual dos sujeitos processuais; a interdisciplinaridade do CPC de 2015 e a legislação eleitoral no tocante ao poder normativo; a ubiquidade do processo eletrônico; a estabilização da tutela antecipada antecedentes; a colaboração no processo e a distribuição dinâmica do ônus da prova; o estudo trazendo dados empíricos colhidos no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão quanto à fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes judiciais, enriqueceram a tarde de trabalhos e trouxeram para os debates a necessidade crescente do Direito produzir academicamente a partir de dados coletados em

campo para que a visibilidade da realidade vivida e produzida nas instituições do sistema de justiça brasileiro sejam materializadas em uma produção científica coesa e mais hábil em suscitar mudanças na atuação dos representantes estatais em suas atuações, unindo a academia num único propósito, qual seja, de aprimorar o Direito, com vistas à sua condição de ciência aplicada em prol de uma sociedade culturalmente pluralista, economicamente frágil e cientificamente jovem, mas intuída pelo fortalecimento do valor maior, a dignidade da pessoa humana, princípio e fim do Direito.

Profa. Dra. Elaine Harzheim Macedo - PUCRS

Profa. Dra. Fabiana de Menezes Soares - UFMG

Profa. Dra. Artenira da Silva e Silva Sauaia - UFMA

A COLABORAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

COLLABORATION IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015 AND DYNAMIC DISTRIBUTION OF BURDEN OF PROOF

Tiemi Saito [1]
Antoine Youssef Kamel [2]

Resumo

Este trabalho trata da aplicação do princípio da colaboração na relação processual diante do Novo Código de Processo Civil. O objetivo é demonstrar a colaboração na distribuição do ônus da prova entre as partes como modelo mais adequado para uma democracia. Para tanto, apresentam-se os instrumentos que visam a redução do litígio e o redimensionamento da relação processual a fim de atingir o processo justo. Conclui-se que diante do Estado Constitucional, o princípio do contraditório recebe nova roupagem, que enseja atuação e submissão de todos os participantes do litígio, inclusive o juiz, de forma equilibrada.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Princípio da colaboração, Distribuição dinâmica do ônus da prova

Abstract/Resumen/Résumé

This work with the principle of cooperation in the new Civil Procedure Code. The goal is to demonstrate how the principle of cooperation can be seen in relation to the distribution of the burden of proof and that as the most suitable model for a democracy. It follows that in the constitutional state, the principle of the receives new clothing, which entails action and submission of all participants in the dispute, including the judge, in a balanced way.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New code of civil procedure, Principle of collaboration, Dynamic distribution of the burden of proof

[1] Advogada, especialista em Direito Público, professora do Centro Universitário Internacional UNINTER.

[2] Advogado, mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER.

INTRODUÇÃO

Em São Paulo, há oito vezes mais advogados do que no Japão, país que tem uma população três vezes maior do que o estado brasileiro.[1] Marcelo Nobre ensina que "no século XVII, o Japão já resolvia seus conflitos por meio da chamada *conciliação didática* que tinha como princípio a obrigatoriedade da conciliação com o fim de educar para a pacificação harmônica."[2]

Enquanto que, no Brasil, caminhamos para algo parecido com isso, e dizemos por quê. Explicitaremos como a distribuição dinâmica do ônus da prova *reflete* o dever de colaboração e de que maneira se pode dizer que ela *é* uma das formas de expressão da colaboração, conforme preconizada no Código de Processo Civil de 2015, em vigor desde 18 de março de 2016.

Diante do atual Estado Constitucional, o legislador tratou de prever diversos instrumentos por meio dos quais faz-se viável o alcance efetivo do processo justo frente à nova roupagem que se dá, por exemplo, ao princípio do contraditório.

O redimensionamento da relação processual que proporcionou nova dimensão do papel do juiz na condução do processo é resultado da superação histórica e cultural de que apenas as partes deveriam interagir na dialética, o que viabilizava a litigância protelatória, o que não se deseja perpetuar.

Importa também demonstrar se a lei é unicamente o reflexo da sociedade — ou dos seus anseios — ou, se não (se a lei pode inovar um entendimento), o quanto uma lei pode alterar o comportamento das pessoas.

---

[1] "O Brasil disputa com os Estados Unidos a liderança mundial em quantidade de profissionais do Direito a cada 100 mil habitantes. Em 2010 (ano em que foi realizado o último censo demográfico brasileiro), a pesquisa revelou os seguintes dados: Os Estados Unidos estavam em primeiro lugar, com 372 advogados por 100 mil habitantes; O Brasil aparecia em segundo lugar, com 357 advogados por 100 mil; A Índia, segundo lugar em número absoluto de advogados num total de 1,1 milhão de profissionais, tinha uma concentração relativamente pequena no critério por cem mil: apenas 90 advogados." (BASTOS, 2014. p. 16.)

[2] "Porém, hoje, o Japão adota o princípio da conciliação da voluntariedade das partes para resolução pacífica de seus conflitos." (NOBRE, 2015. p. 257).

1 INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS EM PROL DA COLABORAÇÃO

Instrumentos legislativos são reflexos da necessidade de trazer novas formas de lidar com conflitos, ou trazer força àquelas já existentes. É neste cenário que apresentam-se os métodos judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos, sendo aqueles, os instrumentos processuais utilizados diante da atuação do Poder Judiciário, enquanto que estes prescindem tal intervenção, viabilizando a verdadeira composição da lide de maneira mais célere e menos onerosa.

A arbitragem, prevista na lei 9.307/1996, foi reformada em 26 de maio de 2015, pela lei 13.129/2015, apontando que "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". (§ 1º do art. 1º da Lei 9.307/1996). A lei nº 13.140/2015, de 26 de junho de 2015, por sua vez, tratou de regulamentar a mediação, cuja finalidade precípua é a busca do consenso motivada pelos "princípios da independência, da imparcialidade, do autorregramento da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada" (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 275), nos termos do artigo 166 do CPC.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil de 2015 incentiva a utilização desses meios, por exemplo, no art. 3º, § 3º[3] e no art. 334,[4] o qual prevê audiência de autocomposição como parte intrínseca do primeiro momento do processo, sem prejuízo de que venha a ser tentada a composição amigável nas demais fases processuais.

No entanto, por mais que abundem os esforços por soluções extrajudiciais, elas nem sempre serão suficientes:

> A mediação, para ser eficiente, depende de bom senso e convicção, sopesadas as vantagens e desvantagens de prosseguir com a controvérsia, visto que só assim o instituto acarretará verdadeira pacificação de conflito.
> Obviamente, **há casos em que, por razões fáticas ou jurídicas, não haverá composição possível**, hipótese em que a decisão judicial ou arbitral será medida inevitável e legítima.
> O instituto da mediação não deve ser visto como uma panaceia para todos os males advindos da litigiosidade que hoje desafia o Poder Judiciário. [...] (REIS, 2015, p. 235.) (Destacou-se.)

---

[3]Art. 3º, § 3."A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial."

[4] "Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência."

Então, para tais casos, importa fortalecer o processo judicial com a inspiração da resolução amigável; O novel Código de Processo Civil é uma nobre ferramenta para esse caminho, ao explicitar o dever de colaboração das partes, em seu art. 6º, o qual dispõe que "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

No sentido da colaboração, muitos elementos do novel Código de Processo Civil contribuem para incentivar as partes a não criarem empecilhos ao bom transcorrer do processo e efetivação da tutela jurisdicional, seja tornando inútil tal atitude (porque há meios legais de anular intentos perversos, como no caso da sentença de mérito parcial, que permite julgamento prévio mesmo em caso de tentativa de protelar), seja estabelecendo sanção pecuniária ou de outra espécie (tal como punição por ato atentatório à dignidade da justiça) para procedimentos perniciosos das partes.

Assim, o Código contempla sentença de mérito parcial (art. 356), previsão de atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 77, § 1º, punidos também com multa, conforme o § 2º) e, também como positivação de ato derivado do dever de colaboração, a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373 e seus §§), entre outros institutos que *colaboram para a colaboração*.

Verifica-se que, no atual modelo processual civil brasileiro, cria-se uma nova vertente de produção probatória, ao lado dos dois modelos consagrados. De um lado, o modelo adversarial, tradicional nos países de *common law*, vê o órgão jurisdicional como espectador de uma batalha que se desenlaça à sua frente, sendo o juízo um ente passivo, exceto para sua função de dizer o direito. Nele, cabe às partes a iniciativa probatória, a coleta e apresentação das provas de suas alegações. Por outro lado, o modelo inquisitorial, característico dos países de *civil law* que tem no juiz o "grande protagonista do processo", aquele que determina as provas a serem produzidas. Organiza-se, o modelo inquisitorial, como uma "pesquisa oficial" (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 82-83).

Quanto ao direito anglo-saxão, de modelo adversarial, lê-se:

> [...] limitar a atuação probatória do Estado-juiz, deixando aos litigantes (e seus advogados) a tarefa de reunir toda a prova do quanto alegado, não é uma opção estritamente técnica dos ordenamentos anglo-saxônicos e seu *adversarial system*. É, nitidamente, uma opção político-ideológica decorrente da prevalência de um ideário liberal e individualista. O processo seria equiparado a um duelo [...] "com a presença do Estado reduzida à de mero fiscal da observância de certas 'regras do jogo'".

> Entretanto, a legitimidade deste modelo pressupõe a existência de um equilíbrio mínimo entre os adversários (litigantes), que devem confrontar-se com paridade de armas, o que nem sempre ocorre. [...] E, diante da inércia institucionalizada do julgador, o resultado da prova pode restar desvirtuado. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 83-84.)

E, por essa falha, justamente na Inglaterra e nos Estados Unidos se nota uma mudança do modelo adversarial, deslocando a prevalência de todo dos litigantes para o órgão judicial (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 84).

Vem-se consolidando o entendimento de que, ao lado desses dois modelos — inquisitorial e adversarial —, existe um terceiro modelo, o cooperativo, baseado no princípio da cooperação ou da colaboração, "com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes".[5]

Trata-se, portanto, de:

> [...] um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 81.)

Neste ínterim, pode-se afirmar que o redimensionamento da atuação dos participantes do processo buscando efetivar o princípio da cooperação constitui elemento essencial da garantia do processo justo, haja vista a inafastável conexão existente entre a democracia e o contraditório (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 81), como princípios constitucionais de repercussão imediata junto à jurisdição e ao processo.

É de se perquirir sobre demais objetivos da colaboração e seus efeitos no deslinde processual, e tal como preconiza Humberto Theodoro Júnior (2016), o novo Código todo está fundado no princípio da colaboração, de modo que é indissociável tratar desse princípio sem trazer ao mesmo tempo todas as regras que o refletem. Mas não só. "Passa a ser uma obrigação, e uma prioridade do Estado no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para alcance das finalidades salientadas." (WAMBIER; DIDIER; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 65.) Também desse mesmo modo, a

---

[5] Continua o autor: "O contraditório é revalorizado como instrumento indispensável, ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida." (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 87.)

celeridade é uma qualidade basilar buscada nesse código, perfazendo suas disposições: foram alteradas disposições atinentes ao critério de fixação dos honorários advocatícios de sucumbência. Aquele que litiga, seja em qual polo estiver, estará menos propenso a interpor recursos temerários. A prática forense demonstra que profissionais descompromissados com o bom andamento do processo fazem uso de um sem-número de recursos para eternizar as demandas. Visando a coibir tal prática, o legislador instituiu a figura da sucumbência recursal (art. 85, § 11º, CPC).

Com relação à virada copernicana do CPC, posicionam-se os doutrinadores:

> Do ponto de vista da administração da justiça – e, consequentemente, do interesse público – a mudança também é salutar, pois, essa possível imposição de despesa adicional ao vencido muito provavelmente importará na redução da quantidade de recursos. Essa medida poderá tornar o Poder Público mais ágil, já que com menor quantidade de recursos para julgar, os desembargadores e ministros decidirão mais rapidamente os eventualmente interpostos. (WAMBIER; DIDIER; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 321.)

Em modos mais amplos para garantia tanto da celeridade quanto segurança jurídica, o código possibilita que centenas ou mesmo milhares de causas sejam decididas de uma só vez, pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (RIBEIRO, 2011, p. 547).

Assim, sendo esses dois princípios constitutivos do Código de Processo Civil hoje em vigor — a cooperação e celeridade —, reúnem-se no mesmo propósito de proceder a uma reformulação do modo de as partes e o juiz interagirem em um processo, reunindo o dever de colaborar e o suposto objetivo comum de que esse modo de se trabalhar processualmente implica satisfação das necessidades em tempo razoável. Alguns dos mecanismos que utilizados para essa finalidade instrutiva, e até pedagógica, serão vistos adiante.

2 REDIMENSIONAMENTO DA RELAÇÃO PROCESSUAL EM BUSCA DO PROCESSO JUSTO

Muito embora a Carta Magna não seja clara quanto à garantia constitucional do “processo justo”, tratou de instituí-lo como “devido processo legal” em seu artigo 5º, inciso LIV. A expressão é criticada pela doutrina em virtude de duas principais razões, quais sejam: primeiramente, porque

> [...] remete ao contexto do Estado de Direito (*Rechtsstaat, État Légal*), em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo. Em segundo lugar, porque dá azo a que se procure (...) uma dimensão substancial à previsão *substantive due processo of law)*, quando inexiste necessidade de pensá-la para além de sua dimensão processual. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 491-492.)

Inobstante o embate terminológico, não há que se olvidar a pretensão do poder constituinte em garantir tal direito fundamental, o direito ao processo justo ou, ao devido processo legal, cuja observação é condição essencial e indispensável à obtenção de decisões judiciais justas.

Cumpre observar que há um perfil mínimo sem o qual a garantia do processo justo encontrar-se-ia violada, qual seja: primeiro, a efetividade do modelo cooperativo do processo civil e do princípio da colaboração, diante, principalmente, da colaboração do juiz para com as partes e, em segundo lugar, a capacidade processual de se prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal e artigo 3º do Código de Processo Civil.

A respeito do assunto, explica-se:

> Em primeiro lugar, do ponto de vista da "divisão do trabalho" processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz para com as partes. Daí a razão pela qual o NCPC positivou expressamente o modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração (art. 6 do CPC). O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, CF/1988, e 3º do CPC), em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório (arts. 5º, I e LV, da CF/1988, e 7º, 9º e 10 do CPC), com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados (arts. 93, IX, CF/1988, e 11 e 189 do CPC) com duração razoável (arts. 5º, LXXVIII, CF/1988, e 4º do CPC) e em, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e com formação de coisa julgada. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 492.)

Contudo, embora o perfil mínimo ora apresentado consubstancie as bases elementares e comuns às mais variadas manifestações, cumpre observar que não esgotam em si a finalidade que o próprio objeto da lide, no caso, o direito material exerce na concepção da finalidade do processo e na conformação de sua organização técnica. Razão pela qual é possível afirmar que "[...] o direito ao processo justo requer para sua concretização efetiva adequação do processo ao direito material […]. É preciso ter presente que compõe o direito ao

processo justo o direito à tutela jurisdicional adequada dos direitos". (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 494.)

Ambos os requisitos supracitados se fundem sob um único aspecto e fenômeno, qual seja o redimensionamento da relação processual diante do chamado "contraditório democrático" (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 82), o qual tem a finalidade precípua de fortalecer:

> [...] o papel das partes na formação da decisão judicial, alterando substancialmente a posição jurídica do juiz e das partes, em dois caminhos: o domínio dos fatos pertence também ao juiz – que não deve se contentar com os fatos expostos e comprovados pelas partes – e a valoração jurídica do direito também pertencente às partes (e não apenas ao juiz), as quais, por meio do direito ao contraditório, influem na valoração jurídica da causa. Essas facetas eivam de inaplicabilidade o brocardo [superado] '*da mihi factum, dado tibi ius*'. (BONNA, 2014, p. 77.)

A cooperação enseja, portanto, a transformação da relação processual, no sentido de promover um franco diálogo entre as partes e o juiz a fim de alcançar a resolução mais justa e adequada ao caso concreto.

O princípio da cooperação deve ser interpretado como uma organização do processo de modo cooperativo entre seus participantes e fundada na boa fé, não uma cooperação entre as partes, uma vez que litigam por interesses distintos sobre o mesmo objeto. Neste sentido, apontam-se para o atuar do juiz, diante do princípio da cooperação, quatro deveres: de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 83).

O dever de esclarecimento encontra amparo legal no artigo 357, §3º do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual caberá ao juiz questionar as partes no que se refere a eventuais obscuridades, pedir que especifiquem requerimentos possivelmente feitos em termos genéricos, dentre outras situações.

Ramificação direta do princípio do contraditório é o dever de diálogo do juiz, em razão do qual tanto as partes, quanto o magistrado irão debater as provas trazidas ao juízo durante a instrução processual, nos termos do artigo 9º do CPC.

Constitui, ainda, dever do juiz, advertir as partes a respeito dos riscos e deficiências das manifestações e estratégias possivelmente adoradas, orientando-as a corrigir tais defeitos sempre que possível. Um exemplo disso é a situação na qual, verificado o não preenchimento dos requisitos dos artigos 319 e 320, ambos do Código de Processo Civil, cumpre ao juiz,

determinar ao autor que emende ou complete os defeitos e irregularidades apontados (art. 321, CPC).

E, por fim, deverá o magistrado auxiliar as partes afastando ou amenizando as dificuldades que possam surgir no decorrer do processo. Poderá, por exemplo, de ofício ou sob requerimento da parte interessada, dilatar o prazo para apresentação de provas documentais de alta complexidade, com fundamento no art. 437, §2º do CPC.

As partes, muito embora não estejam obrigadas a produzirem provas contra si mesmas, possuem o dever de agir de modo probo, e imbuídas de boa-fé, de maneira que não devem escusar-se imotivada ou desarrazoadamente do fornecimento de elementos determinados pelo juízo, ainda que venha a beneficiar a contraparte, isto pelo dever geral de boa-fé insculpido em nosso ordenamento jurídico não só no Código de Processo Civil, mas igualmente no Código Civil, a ensejar os subprincípios da honestidade, de boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar (RODRIGUES, 2002, p. 60), querendo-se dizer que, ainda que não se exija ceder à parte adversa as provas e os argumentos fáticos, jurídicos contrários a si (o que jamais em nossa ordem constitucional se exigirá), impera um senso geral de não obstar por vias duvidosas o resultado final do processo.

Diante do exposto, oportunas são as palavras de Daniel Mitiero ao sustentar que:

> O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo. O juiz no processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é partidário no diálogo e assimétrico na decisão. (MITIDIERO, 2011, p. 48.)

Diante do princípio da cooperação, o juiz passa a atuar no feito de forma ativa, com interesse. Interesse este não pelo objeto do litígio, mas interesse na garantia do efetivo processo justo e mais célere possível. Tal perspectiva busca dar nova feição ao processo, diante da nova divisão do encargo probatório entre as partes e o juízo de maneira equilibrada. Em outras palavras, “a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 498).

3 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO FERRAMENTA E REFLEXO DA COLABORAÇÃO PROCESSUAL

A distribuição dinâmica do ônus da prova era uma realidade mais presente no meio consumerista, desde 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.078/1990, o qual prevê ao consumidor que litiga em juízo, nos termos do artigo 6, inciso VIII: "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Diante da interpretação do dispositivo supra se verifica a distribuição do ônus da prova de modo que privilegia a real capacidade de cada parte comprovar determinada alegação, independentemente de quem tenha suscitado a questão.

A distribuição do ônus da prova no processo civil contemporâneo, que vai além da previsão taxativa do antigo Código de Processo Civil[6] ou da simples disposição da Consolidação das Leis do Trabalho,[7] de aplicação há muito mitigada, é um avanço para atender à multiplicidade de situações concretas que chegam ao Judiciário.

Desta maneira, o art. 373 do novo Código é uma relevante forma de expressão da colaboração, conforme preconizada no Código de Processo Civil de 2015, para traduzir o princípio da aptidão para a prova. Com sua visão do processo, o magistrado pode atribuir a cada parte deveres probatórios na medida da capacidade de cada uma, permanecendo, tradicionalmente, o senhor das provas (art. 370, CPC), com restrições apontadas pelo doutrina ao poder instrutório do juiz (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 89-91).

Na medida em que permite às próprias partes, por si mesmas (art. 373, § 3º)[8] ou em conjunto com o magistrado (art. 357, inc. III e § 3º),[9] decidir quem produzirá quais provas, é também fortalecida a colaboração. Importante observar que, seja qual for a relevância do ato

---

[6] CPC/1973, "Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

[7] CLT, "Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer."

[8] "Art. 373, § 3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito."

[9] "Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; [...] § 3º. Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações."

de combinar o ônus da prova para alcançar determinado fim (consenso entre as partes no processo, mais rapidez), ele não pode atacar direito indisponível nem "tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito" (art. 373, § 3º, inc. II).

Ao conceder expressamente poder ao juiz para distribuir o ônus da prova, dá-lhe mais força na condução do processo a fim de que melhor se garantam os princípios a serem seguidos.

Em prol da cooperação processual, a parte deve colaborar com o juízo até mesmo na produção das provas que interessarem ao processo, ainda que não lhe interessem enquanto parte, tanto quanto não prejudicar seu direito de não produzir prova contra si mesma, conforme o art. 379 do CPC.[10]

Os princípios constitucionais fundamentais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, Constituição) não podem ser tocados (art. 60, § 4º), a menos que advenha uma nova Constituição. As partes, assim, têm livre acesso a opor pontos de vista, seja em processo judicial, seja fora dela, utilizando todos os meios necessários para fazer valer seus interesses.

O Código de Processo Civil, ao prever a colaboração — e instrumentos que a promovem — não vergasta a Constituição, porém, de certo modo, a regulamenta e, pode-se dizer, ao regulamentar, limita certos interesses.

Dá-se nova roupagem ao princípio do contraditório, pois este direito que anteriormente incidia sobre a "simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes" (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 403), garantindo-as um direito de resposta e contraponto na dialética processual, sob a égide do Estado Liberal; hoje, diante do redimensionamento da atuação dos participantes da relação processual, e sob o manto do Estado Constitucional, o princípio do contraditório afeta, inclusive o juiz, tendo este, agora, que participar e influenciar os rumos do processo.

Por outro lado, não poderá o magistrado expandir suas decisões definitivas para além dos contornos delineados pelas questões previamente debatidas pelas partes, restando determinantemente vedada as "decisões surpresa", nos termos do artigo 10 do Novo Código de Processo Civil.

---

[10] "Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado."

Cabe um parêntese. Enquanto que à Administração Pública só cabe efetivar as normas tal qual o conteúdo legislativo prevê, ao particular é lícito praticar tudo que não é vedado em lei. Por exemplo, a Administração Pública não pode contratar com quem quiser, dispensando licitação, se não for caso de dispensa segundo a Lei de Licitações. Já o particular, em seu estabelecimento comercial, pode aceitar pagamentos em cheque, dinheiro ou cartão de crédito, ou pode recusar cheque e cartão, pois a lei não exige que ele aceite outros meios de pagamento que não o dinheiro. Aplicando esse raciocínio ao processo: o particular, com a ampla defesa e o contraditório em mãos, pode criar absurdos em sua defesa; o que o limita são os demais valores constitucionais, como a própria dignidade da pessoa humana, mas principalmente a regulamentação infraconstitucional atinente à esfera que vai lhe proporcionar esses direitos.

O particular pode se valer das garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa *na medida em que* o permitirem as normas processuais às quais recorrerá para a defesa dos seus direitos e interesses. Destarte, se nada previsse a lei, como os deveres previstos no art. 77 do Código de Processo Civil, ao particular seria lícito alterar a verdade dos fatos (inc. I), defender-se com argumentos pífios apenas para ganhar tempo (II), requerer provas ainda que desnecessários (III), e assim por diante. Do mesmo modo o magistrado, ao receber poder para distribuir as provas com base na sua percepção do fato concreto, respeitada a devida fundamentação e a não-surpresa (ou "dever de consulta", art. 10 do Código de Processo Civil) (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 129), pode inibir o jogo argumentativo vazio de as partes, com base na lei, transferir o ônus probatório para a parte adversa, privilegiando o entendimento de cada caso.[11] Com isso, demonstra-se o poder que as normativas processuais civis têm de forçar uma nova cultura jurídica, sem com isso malferir direitos constitucionais, apenas regulamentando-os na sua devida esfera processual.

Por essa visão, de colaboração e busca de resultado, não se quer um processo em que o juiz seja mero fiscal da observância das regras do embate, mas também não se pode olvidar o papel das partes. "Se o modelo do processo está baseado na cooperação, não deve haver protagonismo durante a tramitação do processo." (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 90). E nessa afirmação reside ponto chave do raciocínio da produção probatória colaborativa: foco na efetividade do resultado, que é uma decisão de mérito justa, não nas

[11] A particularidade que tem cada caso concreto é, ainda, importante notar na previsão dos negócios jurídicos processuais (arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil), que não são objeto deste estudo.

partes e em suas armas. Conclui-se assim, com Didier Júnior, que "O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia." (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 125.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, devemos ser gratos pelas pessoas que nos ensinaram a batalhar no processo com todas as armas, incluindo utilizar a *versão* da verdade que mais convém — mas sem alterar a verdade dos fatos, porque isso é proibido —, saber apelar apenas para postergar o processo — sem que pareça estarmos utilizando um recurso com fins meramente protelatórios. Essas pessoas nos ensinaram a realidade dos fatos, do homem competidor ("o homem é lobo do homem") (HOBBES, 1998, p. 3), uma realidade que pode ser combatida, *deve* ser combatida, e *está* sendo combatida.

Dito isso, devemos também agradecer àqueles que nos ensinaram que a conciliação e a mediação se prestam a obter uma solução satisfatória, mesmo que tenha sido um juiz do trabalho severo que praticamente liquida antecipadamente uma sentença que nem existe para obrigar a uma proposta de conciliação. E que estejamos aprendendo que um meio por si só apto a ganhar a guerra é a própria paz, como Mohandas Gandhi; a não resistência, a paz pela paz.

No nosso ordenamento jurídico-constitucional, não haverá margem para que o cidadão deva dar o punhal para que o adversário o apunhale — por mais que a parte adversa tenha toda a razão para fazê-la. Permanecem o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, Constituição) e o *nemo tenenur se detegere*, incidente sobre os diversos ramos do direito ("Preservado o direito de não produzir prova contra si própria", art. 379, CPC); por outro lado, em torno desses mecanismos constitucionais e infraconstitucionais de proteção de direitos e garantias, as novidades processuais que citamos aqui, entre outras, reduzem a amplitude que pode assumir o litígio, amoldando-o à proposta do novo Código expressa no art. 6º, de que, embora cada parte tenha diferentes interesses materiais (daí haver lide, isto é, pretensão resistida), o interesse maior de ambas é, ou deveria ser, a obtenção de uma "decisão de mérito justa e efetiva". Se não for esse o interesse de uma das partes, conforme se citou, o Código criou meios de coibir atos temerários, atentatórios à dignidade da justiça.

Ideal seria que a lei viesse a refletir o caráter da sociedade, ou o melhor dela — uma lei benevolente para uma sociedade benevolente. Assim como a Constituição de 1988 não

acabou com a ditadura, antes coroou a vitória da democracia afinal de contas, depois que a tirania estava enfraquecida de morte, assim deveria ser o Código Processual Civil: trazer em seus valores e regras aquilo que a sociedade nitidamente espera e pratica. Isso seguiria a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale (1994), na qual em suma se afirma que a estrutura normativa (as normas) são fruto da realidade social (aquilo que se pratica) e dos valores almejados pela mesma sociedade para manter ou transformar essa realidade, numa constante tensão entre realidade, valores e a estrutura normativa disso resultante. Porém, não foi assim.

Não foi uma sociedade menos litigiosa que favoreceu o surgimento de um diploma legal mais conciliatório. O Código de Processo Civil de 2015 veio para a sociedade que, de boca cheia, com vanglória, orgulha-se de poder se valer de recursos inúmeros os quais, se não demonstram razão a quem não tem razão, ao menos possibilita um acordo pela dor gerada à parte impaciente. Veio esse Código para a sociedade na qual muitos recebem boas quantias pela sua habilidade em ganhar um processo, que é instrumental, valendo-se do próprio processo, com soluções processuais, não meritórias. Na qual o valor maior é "ganhar", não "resolver".

Portanto, ao contrário do exemplo da Constituição de 1988 (que veio para consolidar uma democracia que já pulsava nos valores almejados), o Código de Processo Civil veio como solução de cima para baixo, para, pela própria estrutura normativa, passar a mudar a realidade e os valores da sociedade. Não é o ideal — porque não é natural, porque a adaptação demora mais, porque a ideia codificadora não estava madura para discussão —, porém, defende-se que foi o melhor que se pôde obter, uma vez que, não fosse assim, a alternativa seria aguardar a mudança da sociedade para, em lei, formalizar os movimentos sociais, sem prazo definido para uma mudança dessa magnitude. E, do alto para baixo, sem que ninguém a chamasse, nasceu a colaboração, princípio fundamental do novo Código. Podemos tomar essa principiologia como um método de instrução dos atores processuais e, sendo um método de instrução, um ramo de estudo criado recentemente, por seus aspectos didáticos, vem recebendo o nome de "pedagogia" do novo Código de Processo Civil.

A colaboração no processo, afinal de contas, tem nada mais que esse objetivo: resolver os problemas, cooperando, nesse sentido e como visto, com a celeridade. Resolver o problema da demora processual; resolver o problema de a parte sem razão ganhar tempo e a parte que tem razão perder a paciência; resolver o problema da própria litigiosidade.

Desse modo, podemos, um dia, ser Japão.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro. **Resolução de conflitos para representantes de empresa**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

BONNA, Alexandre Pereira. Cooperação no Processo Civil: A paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 85, jan/mar. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1, introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parge Geral e Processo de Conhecimento**.** v. 1. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Jus Podivm, 2015.

HOBBES, Thomas. **Do Cidadão**. 2. ed. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** v. 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova. **Rev. TST**, Brasília, vol. 78, n. 1, jan/mar 2012.

NOBRE, Marcelo. A Mediação *On-Line*. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). **Arbitragem e Mediação**: A reforma da Legislação Brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Adacir. Mediação e Impactos Positivos para o Judiciário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). **Arbitragem e Mediação**: A reforma da Legislação Brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. O incidente de resolução de demandas repetitivas. *In*: GUEDES, Jefferson Carus; RAMOS, Glauco Gumerato; ROSSI, Fernando (coords.). **O futuro do Processo Civil no Brasil**: Uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo. v. 1. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.