

**A AUDIÊNCIA DE SANEAMENTO COMPARTILHADO DO ART. 357, § 3º, DO
CPC/2015 E OS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E EFETIVIDADE¹**

***THE SHARED ORGANIZATION COURT HEARING OF ART. 357, § 3, CPC / 2015
AND THE PRINCIPLES OF COOPERATION AND EFFECTIVENESS***

Simone Furlan

Mestre em Direito pela Unimar, Marília/SP. Advogada.

Elias Marques de Medeiros Neto

Pós Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor nos Programas de Doutorado e Mestrado da Unimar e nas pós-graduações da PUC-SP, Mackenzie, EPD e Insper. Advogado. São Paulo/SP.
elias.marques@cosan.com.br

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo estudar, sob a perspectiva do modelo cooperativo de processo, o papel do juiz e sua atuação na fase de organização e saneamento, especificamente na audiência de saneamento prevista no art. 357, § 3º do Código de Processo Civil. No modelo cooperativo de processo, originário do princípio previsto no artigo 6º, do Código de Processo Civil, deverá o juiz promover constante diálogo e debate com os demais sujeitos do processo, com vistas a obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Considerando esse novo modelo processual, deverá o juiz promover o saneamento de eventuais vícios ou irregularidades e, ainda, planejar os próximos passos conjuntamente com os demais sujeitos do processo. Na pesquisa desenvolvida, verificou-se que a realização da audiência saneamento compartilhado, construída de forma cooperativa pelos sujeitos do processo, contribui para dar maior efetividade ao processo e, ainda, para legitimar a prestação da tutela jurisdicional.

¹ Artigo recebido em 01/10/2017 e aprovado em 28/11/2017.

PALAVRAS- CHAVE: Saneamento compartilhado; Cooperação; Efetividade.

ABSTRACT: The purpose of this de work is to study, from the perspective of the cooperative process model, the role of the judge and its performance in the organization and regularization phase, specifically in the regularization court hearing set forth in art. 357, § 3, of the Code of Civil Procedure. In the cooperative process model, originating from the principle established in article 6, of the Code of Civil Procedure, the judge should promote constant dialogue and debate with the other subjects of the process, with a view to obtaining, in a reasonable time, a decision of fair and effective merit. Considering this new procedural model, the judge should promote the reorganization of any defects or irregularities and also plan the next steps jointly with the other subjects of the process. In the research carried out, it was verified that the realization of the shared regularization court hearing, built in a cooperative way by the subjects of the process, contributes to give greater effectiveness to the process and also to legitimize the provision of judicial protection

KEYWORDS: Share regularization; Cooperation; Effectiveness

Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a audiência de saneamento compartilhado prevista no artigo 357, § 3º, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), a luz dos princípios da cooperação, de que trata o artigo 6º, do CPC/2015 e da efetividade.

Para melhor compreensão do tema, foram feitas considerações a respeito do modelo constitucional do processo e das normas fundamentais (art. 1º a 12 do CPC/2015) que tratam, dentre outras, dos princípios da cooperação e da efetividade do processo.

Para contextualizar a tema foi realizada uma retrospectiva histórica dos modelos processuais adotados Brasil, com o objetivo de analisar o papel do juiz e das partes no curso do processo. Esses modelos são: adversarial, inquisitivo e, por fim, o modelo

cooperativo.

O modelo adversarial nasceu no período do Estado liberal, com forte característica não intervencionista e propiciava o comportamento ativo das partes no processo. Em contrapartida, se verificava uma postura passiva do magistrado na condução do processo. O juiz assumia o papel de coadjuvante no cenário processual e, nessa condição, mero espectador do litígio das partes. Nesse período entendia-se que a atuação do magistrado deveria ser estritamente formal, sob pena de ser considerado parcial e, com isso, macular o processo.

Foi abordado o modelo inquisitivo, originário de outro cenário político e social, mais especificamente, dentro da concepção do Estado Social, do bem-estar social (Welfare State). Nesse modelo há evidente inversão dos poderes e papéis dos sujeitos processuais vistos no período anterior. O Juiz assume o papel de protagonista no processo. Os poderes do magistrado são significativamente ampliados. O juiz é o responsável pela condução formal e material do processo, incluindo-se, dentre eles, poderes instrutórios.

Considerando que, atualmente, tais modelos são inadequados ou incongruentes ao cenário social e político do Estado democrático de Direito que se fundamenta na participação e igualdade de todos, surge a terceira via: o modelo cooperativo do processo.

No modelo cooperativo, insculpido pelo princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC/2015, a premissa é de que não devem existir protagonistas no ambiente do processo; todos devem cooperar e participar para que, ao final, seja proferida uma decisão de mérito justa e efetiva. A doutrina faz referência à ideia de uma comunidade de trabalho.

O princípio da cooperação está inserido dentre as normas fundamentais do CPC/2015 e se vê refletido na legislação processual brasileira, tanto como reforço ou complemento de outros princípios, tais como o da boa-fé (art. 5º), da efetividade (art. 4º), da igualdade de tratamento (art. 7º), do contraditório (art. 9º) e da vedação das decisões-surpresas (art. 10º).

Na parte especial, por exemplo, irradia-se na fase postulatória, na fase instrutória e, também, no que se pretende abordar mais especificamente neste artigo, na fase de organização e saneamento do processo.

Por outro lado, entretanto, o art. 6º CPC/2015 dispõe que o dever de cooperação se estende também ao juiz que tem, conforme ensina a doutrina, o dever de participar

ativamente do processo: a) prestando e buscando os esclarecimentos necessários ao deslinde do litígio, b) promovendo o diálogo e o debate, c) adotando medidas de prevenção e alerta sobre os procedimentos temerários ou uso inadequado de ferramentas processuais; e d) auxiliando as partes na superação das dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou a faculdade ou cumprimento de ônus ou direitos processuais.

Diante dessas premissas, faz-se uma análise mais apurada do dever de cooperação do magistrado na fase de organização e saneamento do processo (art. 357) e da importância da audiência de saneamento compartilhado, prevista no § 3º, do CPC/2015.

Nesse momento processual, o dever de cooperação obriga o magistrado a, em constante diálogo com as partes, aferir a viabilidade do processo, a validade dos atos processuais realizados, analisar e resolver as questões processuais pendentes, delimitar o foco da instrução e das provas a serem produzidas, bem como definir a distribuição do seu ônus e, por fim, se necessário, designar audiência de saneamento nas causas complexas.

Tamanha a importância do dever de cooperação e participação dos sujeitos processuais nessa fase, que a doutrina tem admitido à realização da audiência de saneamento, independentemente da complexidade da causa que, por disposição legal, é pré-requisito para a sua designação.

Isso tudo para que, enfim, se possa formar o arcabouço probatório necessário ao convencimento do magistrado e para propiciar a prestação da tutela jurisdicional, em tempo razoável.

Seguindo esse raciocínio, pensando na garantia de uma decisão de mérito justa, adequada e efetiva, tem-se que o dever de cooperação a ser exercido pelo magistrado, na fase de organização e saneamento do processo, está inexoravelmente ligado ao princípio da efetividade processual.

1. O PROCESSO CIVIL E AS NORMAS FUNDAMENTAIS

O processo civil deve ser orientado pelos princípios insculpidos na Constituição Federal e, nessa condição, deve se enquadrar ao modelo constitucional do processo. Noutras palavras, a Constituição institui os parâmetros que deverão moldar o processo civil e sua estrutura.

A Constituição Federativa do Brasil, conforme retratado em seu preâmbulo, foi promulgada para *“instituir o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e dos direitos individuais e coletivos, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”*.

Em seu art. 1º a Constituição institui o Estado democrático de Direito e aponta como seus principais fundamentos: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa e pluralismo político.

Sobre essa perspectiva interessante é a consideração de Candido Rangel Dinamarco que reconhece no ambiente processual o “microcosmo” democrático do Estado de Direito: *“O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo deve refletir as bases do regime democrático nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de Direito, com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório) em clima de legalidade e igualdade”*.²

Nesse sentido, o processo civil deve voltar-se aos fins e princípios constitucionais do Estado democrático de Direito e ser um instrumento hábil para realização das suas garantias e direitos fundamentais: *“Consequentemente, precisa ser reafirmada a noção de que o Código de Processo Civil e as leis extravagantes de processo não são nada mais, nada menos do que as leis que regulamentam a garantia constitucional de justiça contida na Constituição, já que a Constituição pode ser estudada de acordo com as garantias que apresenta frente ao arbítrio do Estado, garantia essa de que o exercício dos poderes estatais não lesionará direitos individuais e coletivos, e mais, que o processo, como instrumento de garantias, será hábil a fazer realizar os direitos fundamentais quando os poderes e instituições responsáveis pela sua efetivação descumprirem o mandamento constitucional, preenchendo as lacunas e antinomias em face do ordenamento constitucional”*.³

O professor Cassio Scarpinella Bueno já ensinava, antes da vigência do CPC/2015,

² DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: RT, 1987, p-25-26.

³ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional - o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007. p 96-96.

ser imperiosa a construção do processo a partir dos princípios e garantias insculpidos pela Constituição. Assim explica: *“A análise do nosso “modelo constitucional” revela que todos os “temas do direito processual civil” só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma “teoria geral do processo civil” que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, inversão do raciocínio useiro o estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual se dá no plano constitucional e não no Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar necessariamente, às diretrizes constitucionais”*.⁴

Nessa perspectiva é que o Código de Processo Civil de 2015, diante da necessidade de se amoldar a princípios e garantias constitucionais, propõe ser o instrumento viabilizador e garantidor da realização dos direitos fundamentais individuais e coletivos insculpidos pela Constituição Federal ou, noutras palavras, o direito processual deve ser um meio para obtenção da tutela de direitos.

Tanto assim é que consigna em sua Parte Geral, Livro I, Capítulo I, no art. 1^a que: *“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado, conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”*.

Luiz Guilherme Marinoni⁵ acrescenta e explica que as normas fundamentais elencadas pelo legislador e dispostas nos arts. 1^o a 12, constituem linhas mestras do CPC/2015. São eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser aplicado e estruturado, sendo certo que essas normas têm origem na Constituição.

Nos artigos subsequentes encontram-se descritos outros princípios e garantias constitucionais tratados de forma específica: art. 2^o trata do princípio da demanda; art. 3^o dispõe sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional e incentivo a solução consensual de conflitos; art. 4^o trata do princípio da efetividade, ou seja, do direito à tutela adequada e tempestiva (celeridade e primazia das decisões de mérito); art. 5^o do princípio da boa-fé

⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: uma paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>. Acesso 08 set 2017.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *in* Novo código de processo civil comentado/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p 90.

processual; art. 6º do princípio da cooperação que exige dos sujeitos processuais colaboração para obtenção de uma decisão de mérito em tempo razoável; art. 7º do princípio da isonomia, consistente na paridade e igualdade de tratamento; art. 8º da atenção aos fins sociais, bem comum, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, publicidade e eficiência; art. 9º do contraditório e ampla defesa; art. 10 da vedação da decisão-surpresa; art. 11. do dever de fundamentação e publicidade; e art. 12. trata da ordem cronológica de julgamento.

Considerando os princípios já consagrados pela Constituição e, agora, positivados no CPC/2015, seguem-se breves análises iniciando-se pelo princípio do devido processo legal.

Trata-se do “princípio-síntese” ou “princípio-encerramento” no qual todos os valores ou concepções de um processo justo e adequado estão compreendidos. É princípio representativo e suficiente de todos os demais princípios processuais constantes da Constituição Federal, conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno⁶.

Nelson Nery Junior ensina: “*O princípio fundamental do processo civil que entendemos como base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o devido processo legal, expressão oriunda da inglesa due process of law (...). Em nosso parecer bastaria à norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorresse todas as garantias processuais que garantiriam aos litigantes um direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios são espécie*”⁷. Nessa perspectiva, dentro aludido modelo constitucional de processo, pode ser considerado como o princípio que engloba todos os demais princípios.

Outro princípio diz respeito ao direito de ação ou da inafastabilidade do controle jurisdicional que dispõe que: “Não se excluirá da apreciação do jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, consignado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e no art. 3º do CPC/2015.

Esse dispositivo se direciona não somente aos atos do poder judiciário, mas também aos atos do legislativo. O objetivo final é não limitar o direito de ação seja por

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella Bueno, *in* Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz no Novo CPC – Lei nº 13.105, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2015. p 41.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992. P. 25.

expressa disposição legal (iniciativa legislativa) ou por decisão judicial. Na verdade, tem um sentido muito mais amplo - e traz consigo complementarmente a ideia de acesso à justiça - ao permitir livre acesso ao judiciário tanto para a demanda, quanto para questões relativas à concessão de tutelas, produção de provas, apresentação de recursos e, por fim, a participação no processo.

Nesse sentido, o direito de ação ou da inafastabilidade do controle judicial visa propiciar a todos o direito de buscar no Judiciário a tutela de seus direitos e ao magistrado de permitir o acesso e o exercício de tal direito.

Esse princípio se relaciona com o acesso à justiça, consignado no art. 5º, XXXV, e que representa o direito não só da possibilidade de propor a ação, mas do direito do litigante de se valer de todos os meios necessários e adequados à obtenção de uma decisão de mérito.

Uma perspectiva do princípio do acesso à justiça, no modelo constitucional do Estado democrático de direito, é de que se possibilitará a promoção da inclusão social e da igualdade, inclusive: “... o Acesso à justiça requer um processo justo, à luz de uma justiça imparcial, que permita não apenas a participação igualitária das partes, independente das posições sociais, mas, sobretudo, a efetiva realização de direitos. Nesse contexto, no que concerne aos objetivos fundamentais da República insta salientar que o acesso à Justiça contribui, sobremaneira, para a inclusão social e, portanto, para a redução das desigualdades econômicas. Portanto, o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Por esta razão, a Justiça deve ser pensada sob o ponto de vista dos consumidores da prestação jurisdicional ”⁸.

Assim, nesse contexto, o princípio do acesso à justiça, é um dos corolários do exercício do direito à ação e do processo adequado, bem como um garantidor da efetiva realização de direitos.

Ademais, há o princípio do contraditório, que está consagrado na Constituição Federal, no art. 5º, LV, e no art. 9º do CPC/2015. Candido Rangel Dinamarco, ainda antes da edição do CPC/2015, já ensinava que o princípio do contraditório é uma garantia constitucional de dupla destinação e é dirigido às partes e ao magistrado: “*Em primeiro*

⁸ OLIVEIRA, Flavio Luis. Princípio do acesso à justiça In: Princípios processuais civis na Constituição. Coordenação Oliveira Neto, Olavo de, Maria Elisabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 79-80.

*lugar a lei deve instituir os meios necessários para a participação dos litigantes no processo e ao juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório”.*⁹

Acrescente-se ainda a lição de José Lebre Freitas: *“O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo do direito de incidir activamente no desenvolvimento do processo”.*¹⁰

Em resumo, noutras palavras, o contraditório consiste num direito das partes e um dever do magistrado de participar do processo, tudo para que se promova, ao final, uma decisão de mérito justa para a lide posta. A promoção de um contraditório adequado pelos sujeitos do processo é o que constrói e estrutura o processo e deverá influenciar o resultado final: a decisão final de mérito.

Esse princípio se relaciona com a ampla defesa, que restou garantida pela disposição do art. 5º, LV, da CF/88 e do 9º, do CPC/2015. Ela não está adstrita à defesa do réu, mas se estende a toda manifestação ou reação quanto às pretensões apresentadas. Essa possibilidade de reação, de manifestação contra a pretensão do outro, com respeito ao contraditório e aos meios adequados do processo, dá-se o nome de ampla defesa. Nesse sentido, Delosmar de Mendonça Junior ensina: *“Ampla defesa é direito fundamental de ambas as partes, instrumentalizando pelo contraditório. Por meio e recursos a ela (defesa) inerentes, colocam-se todas as manifestações do princípio destinadas a influenciar na formação da convicção judicial. Não apenas instrumentos de prova, mas alegações nos momentos oportunos, igualdade de tratamento e recursos previstos no ordenamento. São os meios necessários ao adequado contraditório”.*¹¹

O princípio da isonomia (da igualdade) está previsto no art. 5º da Constituição e restou refletido no art. 7º, do CPC/2015. Sob a perspectiva do Estado democrático de direito, a igualdade é um dos mais relevantes princípios a serem garantidos.

O princípio da boa fé vem disposto no artigo 5º, do CPC/2015. O objetivo desse

⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p-220.

¹⁰ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p 96-97.

¹¹ MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001. p 57.

dispositivo é exigir de todos os sujeitos do processo (partes, advogados e de todos que podem intervir no processo) um comportamento, uma conduta proba, reta e transparente.

A não submissão dos sujeitos a esse princípio poderá gerar sanções pela litigância de má-fé e por atos atentatórios à dignidade da justiça.

O art. 10 do CPC/2015 trata especificamente da vedação das decisões-surpresa. Nota-se que a vedação das decisões-surpresa inserta no artigo 10 decorre da preocupação tanto com a construção do contraditório e da ampla defesa adequados e também, via de consequência, com a legitimidade do processo e da prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva.

Assim também o dever de fundamentação, previsto no art. 11 do CPC/2015, dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Esse dispositivo exige que o magistrado enfrente todas as questões apresentadas pelas partes a fim de que seja proferida decisão legitimada. É necessário que sejam esclarecidas e justificadas as opções e razões de seu decidir tanto para as partes que estão diretamente envolvidas no processo, quanto, mediatamente, à sociedade.

O artigo 6º do CPC/2015 trata do princípio da cooperação e estabelece que “os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva”. Os sujeitos do processo são as partes, o magistrado, terceiros intervenientes e os auxiliares de justiça que cooperam ou colaboram para um fim, qual seja, a realização da prestação da tutela jurisdicional, baseada numa decisão de mérito, dentro de um prazo razoável. Esse cenário traz a ideia de organização de trabalho, na qual os sujeitos devem desempenhar suas funções em colaboração.¹²

Por fim, e não menos importante, tem-se o princípio da efetividade, que, nos termos do art. 5º, LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade processual. O CPC/2015, em seu art. 4º., igualmente estampa a preocupação do legislador com a efetividade processual. O princípio da efetividade está vinculado à ideia de tempo, da celeridade do processo ou, como descrito na legislação, à duração razoável do processo.

¹² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 114.

Neste artigo pretende-se abordar mais detidamente, em capítulos apartados, os princípios da cooperação e da efetividade e identificar seus reflexos, especificamente, na audiência de saneamento compartilhado, prevista no art. 357, § 3º, do CPC/2015.

2. MODELO PROCESSUAL ADVERSARIAL

O processo adversarial pode ser definido como um procedimento no qual a condução formal e material do processo fica a cargo das partes. Trata-se de termo utilizado pelos juristas da *common law* para definir o modelo de processo civil existente e que compõe aquela tradição.

Na contramão, o modelo processual civil inquisitorial, adotado pelos países de tradição da *civil law*, tem como principal característica a intensa interferência do órgão judicial na gerência do processo, inclusive no que diz respeito às questões probatórias.

Para os *common lawyers*, e na perspectiva de um Estado liberal, o modelo inquisitorial é inapropriado, já que pode se tornar arbitrário e comprometer a liberdade das partes. Para entender adequadamente o modelo processual adversarial, é necessário o estudo de algumas premissas.

Desde logo, é importante destacar que não existe atualmente um modelo processual puro, bem como, que este último é abstração jurídica formada a partir da realidade. Assim, um modelo processual será adversarial se a maioria de suas características forem “adversariais”, sendo dispensável que ele se identifique em todos os sentidos com esse modelo¹³.

No mesmo sentido, quando não se pode afirmar a existência de um modelo processual puro, não é possível sustentar que o modelo adversarial é exclusivo dos sistemas adeptos da *common law*, tampouco que os países que adotam a *civil law* só observam os modelos processuais inquisitoriais. Frisa-se que a preponderância de um modelo em determinado país não exclui a possibilidade da existência do outro.

Muito embora se utilize o termo “adversarial” para identificar o sistema processual na tradição da *common law*, fato é que se pode verificar que existe semelhança entre este e

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro. 1º semestre de 2003. p. 45.

aquele. É o modelo que se denominou de “contraditório ou governado pela parte” na cultura *civil law*.¹⁴

Por fim, vale destacar mais uma vez que o modelo adversarial se identifica profundamente com a ideologia liberalista, visto que o Estado liberal prima pela liberdade individual, bem como intervém muito pouco na autonomia privada.

Aliás, esse foi o foco do estudo de Damaska ao examinar a “divisão de trabalho entre o órgão judicial e as partes”¹⁵⁻¹⁶ dentro do processo civil.

Ademais, embora tal divisão seja discutida pela doutrina no que se refere à instrução probatória, é importante verificar que não se limita a ela, devendo ser pensada também no que diz respeito à iniciativa para propor a demanda ou a delimitação do objeto da causa, por exemplo.

Para melhor compreensão do modelo processual adversarial, que foi estruturado na concepção do Estado liberal, é necessário entender o papel de cada um dos sujeitos envolvidos (particulares e o poder judiciário), com suas características peculiares.

No que diz respeito ao papel das partes no modelo processual adversarial, existem duas correntes importantes. A primeira no sentido de serem tratadas com igualdade no âmbito processual (isonomia formal). A segunda, diz respeito à soberania das partes na condução do processo até mesmo com relação ao juiz.

O modelo processual adversarial tem como característica a preocupação em garantir a igualdade formal entre as partes sem que, no entanto, se preocupe em garantir a igualdade material. O referido modelo se identifica muito com as regras da não iniciativa e da não intervenção estatal e, mesmo assim, não pode garantir que as diferenças reais entre as partes sejam observadas.

A igualdade formal, diferente da material, é abstrata e parte da premissa de que todos nascem iguais em direitos e deveres, devendo ser assegurado a todos os seres humanos a igualdade perante a lei.

Neste sentido, leciona Humberto Ávila que a isonomia formal perante a lei

¹⁴ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986. p.80.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45.

¹⁶ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 312-313.

“garante a aplicação uniforme da lei: os cidadãos [...] devem ter o mesmo tipo de aplicação da lei, sem qualquer distinção”¹⁷.

Essa preocupação esteve presente na obra de Michele Taruffo: “*il modello adversary rimane ancorato, per ragioni che verranno meglio esaminate altrove, allo schema dello scontro individualistico tipico dell’ideologia liberale classica, modellato sui presupposti del liberismo economico, tra cui principalmente quello del non-intervento sulle situazioni di disuguaglianza reale*”¹⁸.

Assim, para esse modelo, caso o juiz, na condução do processo, tente auxiliar uma das partes, mesmo que seja hipossuficiente, será visto com maus olhos, sob pena de ser considerado parcial¹⁹. Algumas providências, como a assistência judiciária (*legal aid*), por exemplo, seriam externas ao modelo adversarial, refletindo as linhas sociais vinculadas ao *Welfare State*.

Para essas culturas, esse tipo de assistência não possibilita a solução das desigualdades sociais, ajudando apenas a garantir o acesso à justiça, sem nenhuma qualidade. Assim, restringir o benefício seria uma forma de aumentar a qualidade da assistência prestada.

Ademais, a crítica que se faz é que esse assistencialismo representaria uma contrariedade ao modelo processual adversarial puro, vez que permitiria a intervenção do Estado no processo em prol das partes hipossuficientes.

Neste cenário, é possível concluir que o modelo processual adversarial, além de não reduzir as desigualdades econômico-sociais, ainda é capaz de acentuá-las²⁰. As melhores condições jurídicas sempre estarão nas mãos daqueles que podem pagar melhores advogados e produzir melhores provas, escancarando a vertente da igualdade formal que guia este modelo processual²¹⁻²².

Seguindo a linha idealista do liberalismo, o modelo processual civil adversarial

¹⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria da igualdade tributária. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 74-77.

¹⁸ TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979. p. 73.

¹⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986. p. 107.

²⁰ TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979. p. 90

²¹ (*Ibidem*, p. 109).

²² JOLOWICZ, J.A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 372, mar./abr. 2004, p. 146-147.

adota uma acentuada observação da vontade das partes em seu procedimento. Assim, as partes tem a liberdade de conduzir o processo como melhor lhes aprouver, dando início à demanda, definindo seu objeto, entre outras faculdades às quais ficará o juiz adstrito. Este último apenas não sucumbirá à vontade das partes no que diz respeito às questões jurídicas, podendo decidir com base nas alegações das partes, total ou parcialmente.

Nesse modelo processual, além de ser função das partes a instrução processual, competirá a elas também eleger e produzir as provas adequadas para resguardar seus direitos, ficando o juiz impossibilitado de intervir nessas questões. Isso, porque, ao indeferir ou deferir algum meio de prova, o juiz tomaria posição parcial, beneficiando uma das partes e prejudicando a outra²³.

Importante destacar que no modelo processual adversarial, a autonomia da parte impera até quando o que se põe em jogo é o funcionamento ideal do processo, sobressaindo-se mesmo quando uma das partes encontra-se em situação de desigualdade.²⁴

Em alguns países adeptos à *common Law*, cabe às partes a descoberta e prova dos fatos, bem como a investigação, sem intervenção estatal. O juiz apenas se manifestará no julgamento, precedido por esta fase instrutória²⁵.

É possível concluir que o modelo processual adversarial concentra nas partes os atos processuais, desde a instrução até as questões probatórias, deixando o juiz como coadjuvante processual, com poderes limitados, consagrando o idealismo liberal e a não intervenção do Estado no processo civil.

Por mais que seja comum vincular o princípio dispositivo aos países de tradição *common law*²⁶, e aos países de *civil law* o princípio inquisitivo, mais uma vez é importante destacar que não há como fazer essa divisão. Isso se dá porque ambos os princípios ocorrem tanto em uma como na outra tradição, que se diferenciam apenas pela dosagem que cada um deles possui²⁷.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: _____. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

²⁴ DAMAŠKA, Mirjan. The faces of justice and state authority. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986. p. 105.

²⁵ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. Revista de Processo, São Paulo, n. 110, abr./jun.2003, p. 148-149.

²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016 v. 1, p. 74.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. Revista

Ambos os princípios podem ser analisados sob duas perspectivas: no que diz respeito ao aspecto substancial, envolve a fixação do objeto da ação; há também o aspecto procedimental que envolve, por exemplo, a produção de provas²⁸. No entanto, para José Roberto dos Santos Bedaque, o princípio dispositivo pode ser relacionado apenas ao aspecto processual, enquanto que ao aspecto substancial é denominado “princípio da demanda”²⁹⁻³⁰.

Como forma de diferenciar os princípios dispositivo e inquisitivo, importante destacar que este último diz respeito à desvinculação do juiz da vontade e alegações das partes, podendo dar início, por vontade própria, a fase probatória, por exemplo. Na lição de Mauro Cappelletti, significaria o fim do monopólio das partes³¹.

Já no que diz respeito ao princípio dispositivo, Cappelletti esclarece que ele se associa à plena liberdade das partes, no sentido material quando garante a elas a possibilidade de fixar o objeto do processo, e no âmbito procedimental, no que diz respeito à iniciativa probatória³².

Neste cenário, o autor defende que o juiz deve ser imparcial quanto à demanda, mas não quanto ao processo ou à decisão. Nas suas palavras: “*Imparcial debe ser el juez respecto a la acción, y por ende respecto al derecho hecho valer y al acto (demanda, excepción) de hacerlo valer; pero no respecto al proceso no, menos aun, respecto al juicio, o sea respecto a la justicia de la decisión*”³³.

No final do século XIX, com o domínio da ideologia liberal, predominava no âmbito processual civil o princípio dispositivo tanto no aspecto formal quanto substancial. Em razão da predominância do pensamento em que a vontade das partes imperava sobre a do Estado (que não poderia intervir no meio privado), é normal que o princípio dispositivo imperasse nessa fase conhecida como fase sincrética (pré-científica), na qual o

brasileira de direito comparado, Rio de Janeiro, n. 27, 2005, p. 05-06.

²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 87.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 88.

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria geral do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 46-49.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Tradução: Tomás A. Banzhaf. La Plata: Platense, 2002, v. 1, p. 344-345.

³² *Ibidem*, p. 345.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Tradução: Tomás A. Banzhaf. La Plata: Platense, 2002, v. 1, p. 347.

processo era apenas um meio de garantir o direito material³⁴.

Oscar Büllow traz, ainda no Século XIX (1868), uma nova visão para análise do processo civil, classificando-o em duas relações jurídicas, quais sejam, as de direito material e as de direito formal; sob esta perspectiva, alterou também o enfoque do princípio dispositivo, uma vez que o direito material possui caráter privado enquanto o direito processual possui caráter público e não pode, por sua vez, se desenvolver apenas de acordo com as vontades das partes envolvidas³⁵.

Neste panorama José Roberto dos Santos Bedaque defende que o princípio dispositivo se aplicaria apenas no âmbito material do processo, ficando afastada sua incidência no que diz respeito à relação jurídica processual³⁶. Com isso, é possível defender a existência de um sistema processual baseado no sistema dispositivo em que o juiz tem liberdade de intervir no procedimento sem que ele perca a característica da ideologia liberal³⁷⁻³⁸.

Destacando algumas considerações, Mauro Cappelletti defende que os sistemas processuais adotados pelos países europeus, apesar de estarem muito próximos do inquisitorial, podem manter as características não inquisitórias³⁹. Neste sentido, conclui o autor: *“A presença de tais regras e características fundamentais faz com que o processo civil dos países da Europa Ocidental assumam aquela mesma natureza não inquisitória, que é própria também do processo civil dos países de common law. De maneira errônea, portanto, alguns juristas destes países afirmam que o processo civil europeu-continental é um inquisitory system of litigation (sistema inquisitório de litigância) e o contrapõem ao seu sistema, definido por eles como um contentious ou adversary system of litigation (sistema contencioso de litigância). A verdade é que não se pode definir corretamente como inquisitório um sistema no qual estão vigentes as regras e normas que tomamos em exame nesta primeira parte de nossa investigação; ou seja, um sistema inspirado no*

³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 42.

³⁵ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2001, p. 145-146.

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 90.

³⁷ BEDAQUE, op. cit., p. 93-94.

³⁸ PEREIRA, Rafael Caselli. A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz. *Gênesis - revista de direito processual*, Curitiba, n. 40, jul./dez. 2006, p. 382.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 24-32.

princípio dispositivo, porque é precisamente a exata [o]posição do princípio inquisitório”⁴⁰.

Assim, é possível concluir que o modelo processual adversarial está mais ligado ao princípio dispositivo, mais próximo da ideologia liberal, bem como que a doutrina ainda não foi capaz de pacificar seus contornos de forma exata. Também se conclui ser perfeitamente possível a existência de um processo adversarial, baseado no princípio dispositivo, no qual o juiz possa dar algumas direções, sem que se percam as características liberais desse instituto.

Noutras palavras, trazendo a lição do professor João Batista Lopes, não há como se falar em um ordenamento jurídico puramente dispositivo, tampouco em outro puramente inquisitivo. Cada um será assim denominado de acordo com as características predominantes em seus procedimentos⁴¹.

Ao juiz, no modelo processual adversarial, reserva-se um papel coadjuvante. Enquanto as partes impulsionam o processo, os magistrados se reservam em um papel passivo, visto que qualquer interferência de sua parte poderá ser interpretada de forma a comprometer sua imparcialidade, maculando o processo. Por esse motivo, chega a ser chamado de “convidado de pedra”⁴².

Assim, o juiz deve garantir que, ao final, saia vencedor aquele que melhor defender sua tese, em uma disputa justa e baseada na igualdade formal.

Neste cenário nasce a ideia de conteúdo liberalista de que o processo configura uma “coisa das partes”, ao passo que o juiz termina por ficar completamente dependente delas na sua condução⁴³, bem como para a colheita dos elementos que irão basear sua decisão, inclusive.

Conforme já demonstrado no tópico anterior, há graves críticas à passividade do juiz no modelo adversarial justamente porque acentua a desigualdade entre as partes e, por conseguinte, em nada colabora para a efetivação da isonomia material no campo do processo civil. Pelo contrário, patrocina o jogo de interesses no qual os mais fortes sempre

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 34.

⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 75- 76.

⁴² TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 130-131.

⁴³ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 72.

vencem os mais fracos.⁴⁴

É importante destacar que, para alguns autores, o juiz não pode ser considerado neutro, tendo em vista que, ao decidir, inevitavelmente, escolherá o lado. Nesse mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira defende que o fato de ter o juiz poderes de instrução processual não macula sua imparcialidade, visto que, de toda forma, ao final do processo acabará por decidir de forma a beneficiar uma das partes e prejudicar a outra.

Assim, ao contrário do que prega o modelo processual adversarial, a passividade do juiz não garante a sua imparcialidade e este não é o único problema apontado pelos doutrinadores no que diz respeito à ideologia mencionada. Outra lacuna diz respeito à postura do juiz na condução de demandas que envolvem objetos transindividuais, que impossibilitam a análise dos fatos e a decisão baseada nos elementos trazidos pelas partes.

De toda sorte, dando continuidade ao estudo do papel do juiz, no modelo adversarial, é muito importante partir da análise do objetivo primordial do processo civil.

Em que pese à visão inicial de que o modelo adversarial se caracteriza como uma briga entre as partes na busca da verdade formal, modulada discretamente pelo juiz, é na diferença entre os conceitos de justiça substantiva e processual que fica delineada a função do magistrado no que diz respeito à busca da verdade no referido modelo (objetivo do processo).

Para melhor compreensão: a justiça subjetiva será alcançada se o magistrado encerrar o processo de forma honesta, pormenorizada e adequada ao ordenamento jurídico. Por sua vez, a justiça processual será alcançada se o fizer de modo a cumprir todos os procedimentos e regras processuais que devem ser observadas⁴⁵.

Neste cenário, uma decisão justa deve reunir tanto a justiça subjetiva quanto a processual, nos termos acima descritos.

No entanto, considerando todo o exposto até aqui, é possível verificar que o objetivo visado pelo modelo processual adversarial vai ao encontro da justiça processual, ao passo que defende a igualdade formal entre as partes, formando por vezes juízos inadequados e, por conseguinte, decisões da mesma natureza. Afasta-se, então, do conceito de justiça subjetiva e, sobretudo, do conceito de decisões justas as exaradas sob

⁴⁴ PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 62, nov./1994, p. 289.

⁴⁵ JOLOWICZ, J. A. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 135, maio/2006, p. 163.

essa ideologia.

Esclarecido mais um ponto, é necessário avançar e compreender que o modelo adversarial não impede que o juiz aplique ao caso concreto o regramento que achar mais adequado, sem ficar limitado à vontade das partes.

A crítica que se fez é que o que geralmente se vê é um procedimento oral em sua maior parte e que prega (na concepção clássica), que juiz não deve ter conhecimento prévio do caso que irá julgar (para garantir sua imparcialidade). Não há dúvidas de que, procedendo dessa forma, é natural que o juiz, ao decidir, não esteja devidamente munido para fazer da melhor forma.

É possível concluir, então, que o modelo adversarial não está tão preocupado em produzir decisões corretas, mas sim, em resolver conflitos⁴⁶, partindo da premissa de que atingir uma verdade absoluta é impossível⁴⁷.

Mesmo sob essa ótica, o modelo adversarial se apresentava como uma promessa prática, rápida e mais barata a seus adeptos, e foi implementado por muitos países (principalmente da tradição *common law*), servindo de modelo para os sistemas norte-americano e inglês, por exemplo. No entanto, com o passar dos anos, demonstrou-se que podia ser muito mais complicado do que parecia, bem como restou necessário que fosse lapidado⁴⁸.

Nesse cenário, foram necessárias muitas reformas processuais que visavam dar ao juiz um papel mais atuante no processo. Vale citar como exemplo o *California Evidence Code*, de 1965, *Federal Rules of Evidence*, de 1975, ambas dos Estados Unidos da América, que dão aos magistrados uma nova leva de poderes instrutórios, principalmente com relação à inquirição de testemunhas e escolha de peritos, com fins de reduzir sua passividade e, por conseguinte, a interpretação restritiva⁴⁹.

Não obstante esses importantes avanços, o grande marco no que diz respeito à adequação da passividade do juiz pregada pelo modelo adversarial clássico ocorreu na Inglaterra, mais especificamente com o julgamento do caso *Air Canada v. Secretary of*

⁴⁶ JOLOWICZ, J.A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 372, mar./abr. 2004, p. 141.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 33- 34.

⁴⁸ J. A. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 135, maio/2006, p. 174.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 24- 26.

State for Trade (1983).

Trata-se, em síntese, de grandes empresas aéreas que ingressaram com ações para tentar reduzir as taxas aéreas cobradas pelo Estado Inglês no aeroporto de Heathrow. Para instrução do processo, requereram a apresentação de documentos considerados confidenciais pela parte contrária. O juiz de primeiro grau considerou os documentos importantes e determinou a apresentação desses.

No entanto, as cortes superiores (*Court of Appeal* e *House of Lords*) reformaram a decisão sob o argumento de que a atitude do magistrado macularia a filosofia do modelo adversarial, bem como sua imparcialidade, favorecendo, como de costume nesse modelo, a justiça processual em detrimento da subjetiva⁵⁰.

Nesse contexto, ficou clara a necessidade da adequação do modelo processual inglês que, por sua vez, também passou por diversas reformas para conferir aos magistrados maiores poderes instrutórios⁵¹.

De toda forma, nenhuma dessas reformas se compara com a inovação trazida pelo Código de Processo Civil Inglês (*Rules of Civil Procedure*), que entrou em vigor em 1999 e chegou para ampliar consideravelmente os poderes do magistrado na condução do processo e em matéria probatória, ainda que afastado da cultura *civil law*.

Assim é possível concluir que o papel passivo do juiz pregado no modelo processual adversarial clássico foi alterado em grande escala pelos países que hoje se inspiram no referido modelo, em razão da necessidade de dar maior importância à esfera de direitos que não são individuais e, por fim, para concretizar ideais de Justiça.

3. MODELO PROCESSUAL INQUISITIVO.

No modelo processual adversarial estudado no item anterior, viu-se a predominância do papel atuante das partes no processo *versus* a postura de um magistrado passivo e formalista. Esse desenho era também um reflexo de um contexto histórico e político de um Estado Liberal, ou seja, noutras palavras, de um Estado -

⁵⁰ JOLOWICZ, J. A. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 135, maio/2006, p. 172-173.

⁵¹ JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 377-381.

representado também pelo Juiz - não intervencionista.

No âmbito processual, essa ideologia era refletida na liberdade das partes em detrimento aos poderes do Estado, representado pelo Juiz e que, conforme ficou demonstrado no item anterior, não funcionou da maneira como era esperado.

Afastou-se, portanto, do pensamento adversarial, visto como “*um torneio de interesses, em que as partes litigantes se faziam de dirigente e o juiz não era mais que um paciente colaborador – um boneco de engonços, que só se poderia mover, quando as partes lhe puxassem pelo cordel*”⁵².

O processo civil deixa de ser uma “coisa das partes” e passa a ser um instrumento de direito público a ser tocado pelo Estado, na forma do juiz, em busca de soluções mais rápidas e eficientes. Seu objetivo também deixa de ser a proteção do direito subjetivo (da antiga linha liberalista) e passa para os direitos objetivos, linha de pensamento mais adequada ao Estado social e ao direito processual que nele se desenvolve⁵³.

Neste ponto, primordial trazer aqui os ensinamentos de Franz Klein sobre o Código de Processo Civil austríaco de 1895⁵⁴. Para ele todo conflito individual é também um conflito social e, portanto, devem ser conduzidos pelo Estado. Nessa perspectiva, atribuídos ao juiz poderes de condução do processo para que seja utilizado como um instrumento hábil a proteção dos direitos e o afastamento de arbitrariedades⁵⁵.

Sobre a obra de Klein, Rainer Sprung afirma: “*O resultante da teoria publicística e com ele o ponto de partida do regulamento austríaco em vigor diz: os conflitos jurídicos são um mal social, que implicam perda de tempo, dispêndio de dinheiro, uma ligação infrutífera de valores, de instigação de ódio e zanga entre as partes litigantes, e outras emoções funestas para a vida da comunidade. Assim, tanto o legislador, quando da formação das instituições para o cumprimento do direito, como também o juiz, quando da aplicação das leis judiciais, têm sempre de atentar a que – com todas as precauções para uma decisão correta, que se baseie no verdadeiro fato legal, portanto resolva a matéria real do litígio – tanto quanto possível de forma rápida, barata e*

⁵² SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de processo*, São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar. 1980, p. 143-144

⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*.

3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53-54.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 55-56.

simples, levem à resolução dos conflitos isolados”⁵⁶.

No entanto, tal pensamento é considerado autoritário por muitos⁵⁷, ao passo que prega a primazia das vontades do Estado-juiz em detrimento das partes envolvidas.

Outro ponto importante diz respeito ao termo “inquisitorial” aplicado ao modelo em estudo. Para Michele Taruffo, o termo é inadequado, vez que remete à Santa Inquisição, na qual as partes não possuíam direito de defesa. Fato é que essa não é a realidade do modelo processual inquisitivo. Para ele, o modelo inquisitivo deveria ser nomeado de modelo misto, sem, no entanto, deixar de levar em consideração suas diferenças com o modelo adversarial⁵⁸.

Construiu-se a figura do modelo processual inquisitivo, no qual as partes funcionam como fontes de informação para o processo que é integralmente conduzido pelo órgão jurisdicional que pode, inclusive, instaurar demandas de ofício⁵⁹.

Tal prática é descrita por Mirjan Damaška como semelhante a das antigas potências socialistas e autoritárias. No entanto, é importante que o sistema inquisitivo não seja assemelhado apenas aos regimes totalitários, conforme acentua Fredie Didier Junior: “*A doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina. A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário*”⁶⁰.

Assim, sai de cena o juiz passivo e engessado do processo adversarial para entrar

⁵⁶ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de processo*, São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar. 1980, p. 140.

⁵⁷ MENDONÇA, Luís Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007, p. 67-68.

⁵⁸ TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, mar./ 2006, p. 239-240.

⁵⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986, p. 152-154.

⁶⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 76.

o magistrado togado de interesse Estatal nas demandas judiciais, recebendo papel importante e dotado de poderes e iniciativa.

No modelo processual inquisitivo, são atribuídos ao juiz amplos poderes, como, por exemplo, “de impulso processual, de fixar prazos, de conhecer, mesmo de ofício, os fatos notórios e outros, acessórios, não alegados pelas partes etc.”⁶¹.

A principal característica desse modelo é a busca pela verdade material e de decisões mais justas, dando especial atenção à atividade probatória. Esta, por sua vez, deixa de ser faculdade apenas das partes e passar a ser responsabilidade do juiz, que agora atua ativamente na instrução do processo, na construção do arcabouço probatório que servirá de base de suas decisões sempre que necessário⁶².

O órgão judicial na pessoa do juiz passa, então, a ser visto como órgão de poder. Poder este que pode variar de sistema jurídico para sistema jurídico sem nunca ser absoluto.

Caberá ao Juiz o dever de descobrir toda a verdade e às partes a obrigação de apresentar os fatos como de certo ocorreram, atendendo sempre ao pedido do juiz no que diz respeito à apresentação das provas ao juízo, exceto quando comprometer sua intimidade ou privacidade.

Uma perspectiva interessante foi trazida por Joan Picó i Junoy. O autor defende que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz não prejudica as partes, tendo em vista que assegurar a elas total liberdade probatória não lhes garante que as provas serão melhores geridas. Além disso, a intervenção do magistrado não significa que as partes terão cerceado seu direito de provar todo o alegado, delimitando apenas as formas mais adequadas e lícitas de fazê-lo⁶³.

Destaca ainda que a imparcialidade não está prejudicada com a cessão de maiores poderes ao juiz. Pelo contrário. As provas produzidas no processo não pertencem a uma ou outra parte, mas sim, atendem ao objetivo do processo, qual seja, alcançar uma decisão mais justa⁶⁴⁻⁶⁵.

⁶¹ BARREIROS, *op cit*, p. 96.

⁶² MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 143.

⁶³ PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. *Revista uruguaya de derecho procesal*, Montevideo, n. 03, 2007, p. 576-578.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 578-580.

Por fim, defende que a afirmação de que o modelo inquisitivo possui caráter puramente autoritário é totalmente terminológica e desprovida de fundamentos⁶⁶.

Sob a perspectiva do Estado Social, competiria ao juiz adequar o caso concreto a cláusula geral⁶⁷, exigindo-lhe, ainda, maior fundamentação da sua decisão: “criatividade judicial”⁶⁸. Há que se observar que, em que pese à preocupação do regime de cláusulas gerais com a efetividade do processo, pouco se importa com a segurança jurídica.

O grande problema enfrentado pelos magistrados desde então é o de tornar efetivo o direito escrito pelos legisladores em um cenário cheio de desigualdades sociais, políticas e culturais. Em geral, algumas normas revestiam-se de caráter pseudoprogramático, sendo, na prática, inconcretizáveis⁶⁹.

Não tardou ao judiciário verificar que não conseguiria atender a totalidade de demandas que envolviam direitos fundamentais e de interesses transindividuais que passaram a ser dirigidas principalmente ao poder executivo. Este último teria um papel importante na resolução desses conflitos com a criação de políticas públicas.

De toda forma, em que pese à criatividade judicial necessária à adequada proteção dos direitos, não cabe ao órgão judicial o poder de legislar, exceto nos casos em que haja permissão legal⁷⁰, mas permite a criação de precedentes, impedindo a concretização abusiva desses textos normativos e colaborando para a divisão dos papéis dos órgãos judiciais e legislativos.

Segundo Lorena Barreiros, o modelo inquisitivo, assim como o Estado social, foi adotado por ideologias democráticas e autoritárias⁷¹.

Fato é que, em que pesem as posições em contrário, o ativismo processual vem se intensificando em diversos sistemas processuais.

Owen Fiss define como espécies de adjudicação o modelo de solução de controvérsias e o modelo de processo estrutural⁷². Sobre esse último, disserta: “O

⁶⁵ *Ibidem*, p. 582-584.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 582-584.

⁶⁷ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 155, jan./ 2008, p. 342.

⁶⁸ BARREIROS, *op cit*, p. 100.

⁶⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 115-116.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 80-81.

⁷¹ BARREIROS, *op cit*, p. 105.

⁷² FISS, Owen. As formas de justiça In: Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição,

processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa injuction é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas”⁷³.

O processo estrutural surgiu no Século XX, com o caso *Brown x Board of Education*, no qual Brown pleiteou a unificação das escolas que, na época se dividiam em escolas para brancos e escolas para negros. A procedência da ação gerou uma grande mudança no sistema escolar, que, a muito custo, beneficiou muitas outras pessoas.

O paradigma deu origem a inúmeros outros processos que visavam à transformação em massa de um *status quo*, o que se chama de processo estrutural. Na contramão, o processo de solução de controvérsias busca a manutenção de certa situação.

O autor sustenta que o processo estrutural é necessário, pois grandes burocracias estatais ou organizações privadas podem gerar grandes prejuízos para a concretização de valores públicos⁷⁴. Neste sentido é a importância dessas figuras para a realização de tais valores⁷⁵.

Assim, o processo estrutural possui diversas peculiaridades com relação ao modelo de solução de controvérsia.

O direito defendido neste modelo extrapola o direito subjetivo podendo atingir um grupo de pessoas ou até mesmo toda a sociedade. Outro ponto, diz respeito ao foco probatório que não está relacionado a uma questão específica, mas sim a um cenário social no qual grandes organizações tendem a interferir. Estas últimas, por sua vez, assumem o polo passivo da demanda.

Aqui, o juiz se torna protagonista do processo, conduzindo-o da forma que lhe garanta o acesso aos elementos de prova que julgar necessários; poderá autorizar a participação de *amicus curiae* e ou representantes da corte, dentre outros, inclusive.

constituição e sociedade. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 48.

⁷³ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁴ FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 106.

⁷⁵ FISS, Owen. As formas de justiça. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 47-48.

Importante destacar que a fase executória do processo estrutural se revela, por vezes, a fase mais intrincada do procedimento, visto que trata de alterações estruturais, reorganização e até criação de novas instituições que devem ser acompanhadas de perto pelo juiz, conhecida como uma “relação de supervisão duradoura”⁷⁶.

Owen Fiss, então, reconhece uma grande ligação entre o processo estrutural e o Estado intervencionista⁷⁷.

Mesmo em países de tradição *common law* e conhecidos por serem adeptos do modelo adversarial, é possível verificar uma veia do processo estrutural. É o que ocorre no direito norte-americano, por exemplo.

Segundo Lorena Barreiros, o processo norte-americano “*é manifestação inequívoca do modelo processual inquisitivo, o que decorre, sobretudo, dos amplos poderes de iniciativa conferidos ao juiz na condução material e formal do processo, na instrução probatória e, mesmo, na efetivação de suas decisões*”⁷⁸.

Há pelo que se pode ver a nítida inversão dos papéis do juiz e das partes nesses modelos processuais. Enquanto no primeiro há evidente protagonismo das partes, no segundo modelo (inquisitivo), entra em cena para atuar de forma predominante o Juiz.

Na contramão do que foi visto no primeiro item, no modelo inquisitivo o juiz é protagonista e as partes assumem papel coadjuvante.

Nessa altura, as partes já perderam seus superpoderes quanto à instrução probatória e são obrigadas a colaborar com a apresentação de provas solicitadas pelo juízo na busca da verdade, mesmo que estas venham a lhes prejudicar⁷⁹.

Ao mesmo tempo, no sistema moldado por Franz Klein, surge a necessidade de que as partes estejam acompanhadas de um advogado para que tenham a orientação necessária sobre os passos a serem dados no decorrer do processo⁸⁰.

Com isso ficam reduzidas a autonomia das partes e a desigualdade entre elas,

⁷⁶ FISS, Owen. As formas de justiça. In: _____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 64.

⁷⁷ FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In _____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 119.

⁷⁸ BARREIROS, *op cit*, p. 108.

⁷⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986, p. 164-165.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 641.

características típicas do modelo adversarial, aproximando o modelo inquisitivo de uma verdade material que pouco importava para aquele modelo em que prevalecia sempre o direito do mais forte⁸¹.

No entanto, verifica-se que o modelo processual inquisitivo sofreu e sofre ainda hoje duras críticas doutrinárias em razão da sua veia autoritária que foi muito adotada por regimes antidemocráticos. Surge, então, o movimento contrário a esse modelo: o garantismo processual.

Com algumas adaptações, o garantismo processual ressalta o modelo adversarial em detrimento do modelo inquisitivo.

O garantismo processual se embasa, em resumo, na contraposição entre a liberdade das partes no modelo adversarial e o poder emanado pelo juiz no modelo inquisitivo, fazendo críticas ao direito positivo e buscando a constitucionalização das normas vigentes. Essa vertente nasceu no âmbito processual penal e se espalhou para as demais áreas.

No que diz respeito ao garantismo no processo penal, Luigi Ferrajoli defende que tal modelo encontra-se na carta magna italiana como um “*parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva*”⁸². No entanto, nem sempre as normas constitucionais são observadas pelo legislador ordinário, pelo poder judiciário ou pelo poder executivo. Dessa falta de aplicação da norma constitucional, nasce o garantismo processual.

A doutrina garantista, segundo Ferrajoli, atribui três significados ao termo garantismo. Importante destacar que tal divisão é feita no âmbito do processo penal, mas que nada impede que seja utilizada também no processo civil⁸³.

O primeiro deles é garantismo como um modelo normativo, defensor da legalidade

⁸¹ Piero Calamandrei, referindo-se ao Código de Processo Civil italiano de 1940, que foi influenciado pela legislação austríaca de 1895, comenta o que denomina de “nívelamento social do processo civil”: “Per eliminare nel corso del processo i pericoli derivanti da queste sperequazioni sociali, il nuovo Codice ha avuto speciale cura di dare sviluppo a tutti quegli istituti che posson servire a mettere la parte socialmente più debole in condizione di parità iniziale difronte alla parte più forte, e ad impedire che a causa della inferiorità di cultura e di mezzi economici la uguaglianza di diritto possa dinanzi al giudice trasformarsi in una disuguaglianza di fatto” (CALAMANDREI, Piero. *Gli orientamenti originali del nuovo codice*. In: _____, *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1970, v. 4, p. 231).

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 785.

⁸³ *Ibidem*, p. 788.

nascida com o Estado de direito moderno, no qual os atos processuais devem estar submetidos aos direitos e garantias fundamentais. Limita também o que o Estado pode ou não decidir⁸⁴. Além disso, está vinculado à democracia substancial e não formal por entender que, dessa forma, haverá a “*maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes*”⁸⁵.

Como teoria jurídica, o garantismo adota o denominado jurispositivismo crítico, destacando a importância da interpretação além da norma escrita e da submissão desta interpretação à luz das regras constitucionais. É necessário que haja valoração e efetividade das normas aplicadas⁸⁶.

Reconhece-se neste ponto que há falhas na lei e que essas devem ser criticadas e solucionadas pelo ordenamento jurídico. Assim, quando a lei possuir antinomias, deverá ser invalidada e quando possuir lacunas deverá ser integralizada⁸⁷. Tal pensamento não se coaduna com o positivismo clássico, fundado na completude e coerência das normas sem uma análise aprofundada.

Por fim, como filosofia política, o garantismo defende que o Estado deve se embasar nas doutrinas de caráter heteropoiético, ou seja, o Estado e o direito devem ser ferramentas que possibilitem a concretização dos direitos fundamentais, enquanto o poder emana das classes populares.

Para os garantistas, o Estado autopoiético, no qual o poder vem do alto, tende a ser “*maléfico, porque sempre tendente, se não controlado, à degeneração em despotismo*”⁸⁸.

O garantismo processual civil, pela análise de Adolfo Alvarado Velloso, baseia-se em dois princípios basilares: o da igualdade formal entre as partes e o da atuação imparcial e independente do julgador. Defende, claramente, o modelo adversarial⁸⁹.

Assim, afinado ao modelo adversarial, critica o modelo inquisitivo no sentido de que é autoritário e desrespeita a igualdade entre as partes na medida em que suas intervenções no objeto do processo e nas questões probatórias acabam por favorecer uma

⁸⁴ *Ibidem*, p. 789-791.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 798.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 803-806

⁸⁷ *Ibidem*, p. 809-810.

⁸⁸ BARREIROS, *op cit*, p. 112.

⁸⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 227-237.

das partes em detrimento da outra⁹⁰.

Juan Montero Aroca, também partidário do garantismo processual, ressuscita a figura do processo como coisa das partes⁹¹, no qual cabe a elas a instrução probatória e ao juiz o papel de terceiro imparcial sem poderes instrutórios⁹².

Citando diversos autores, Lorena Barreiros destaca a grande discussão doutrinária que os garantistas desenvolvem em favor ao modelo adversarial em detrimento do modelo processual inquisitivo.

O fundamento dos garantistas é que o modelo inquisitivo é prejudicial em razão de possuir caráter autoritário, bem como que a melhor solução para as questões jurídicas processuais encontram-se no modelo liberal espelhado no adversarial, no qual as partes produzem suas provas, conduzem o processo e o juiz decide conforme aquilo que lhe é apresentado sem poder, no entanto, intervir durante o processo⁹³.

Assim, é possível concluir que o garantismo processual repugna a ampliação de poderes do magistrado e da iniciativa judicial defendido pelo modelo inquisitivo, rechaçando qualquer modelo que não se aproxime do modelo adversarial.

Não há como afastar o mérito dessa corrente no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. No entanto, esse posicionamento um tanto quanto radical por parte dos garantistas acaba por alcançar outros modelos processuais que não o inquisitorial. É o caso, por exemplo, do modelo processual cooperativo que pode sim, ser considerado como um modelo interessante para esclarecer e resolver esses conflitos doutrinários, conforme se verá a seguir de forma mais detalhada.

4. O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO.

Nos itens anteriores, os modelos processuais adversarial e inquisitivo foram analisados, para retratar a postura e o comportamento das partes e do magistrado ao longo da história.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 246-247.

⁹¹ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. *In:* (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 141.

⁹² *Ibidem*, p. 155-156.

⁹³ BARREIROS, *op cit*, p. 114-119.

Pontuou-se, em resumo, que o modelo adversarial incentiva o comportamento ativo das partes em contrapartida à postura passiva do magistrado na condução do processo; e no modelo inquisitivo o Juiz assume uma postura atuante em detrimento da participação das partes.

A crítica feita a esses dois modelos é de que: (i) o primeiro, originário de um Estado liberal, baseado na igualdade formal, não se mostra suficiente para garantir a justiça da decisão; e (ii) o segundo modelo (inquisitivo), baseado na preponderância do poder e dos atos do juiz, originário de um Estado social e intervencionista, se mostra autoritário e, por isso, contraria a democracia.

Esses modelos foram aplicados em épocas distintas, com base nas perspectivas sociais e políticas outras e que, atualmente, não se coadunam com a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

É justamente nesse cenário que veio sendo desenhado um “novo” modelo de processo no qual não há supremacia dos sujeitos, mas a subserviência dos sujeitos ao processo em busca da verdade material, da efetividade e, por fim, da Justiça.

Para análise desse modelo cooperativo, vale trazer a história e discussões relativas ao Código de Processo Civil português, donde se originou o artigo 6º, do Código de Processo Civil brasileiro.

O modelo foi positivado inicialmente no artigo 266, I, do Código de Processo Civil Português⁹⁴ que disciplinava que: “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

Com relação ao modelo cooperativo, a doutrina portuguesa da época se dividiu. De um lado, a escola que reconheceu o modelo cooperativo em Portugal imediatamente, liderada por Mariana França Gouveia; e, de outro, em contrapartida, uma linha que defendia a manutenção do modelo inquisitorial, liderada por Luis Correa Mendonça.

Para Mariana França Gouveia, a reforma significava uma mudança ideológica e

⁹⁴ O Código de Processo Civil Português, de que trata a Lei nº 41/2013, em seu artigo 7º, alterou a redação do artigo 266, I do Código de Processo Civil Português de 1973, mas manteve atualmente o dever de cooperação para as partes, juiz, para o fim de obter de com brevidade e eficácia a composição do litígio. Confira-se: Art. 7. (art. 266, CPC 1961). Princípio da cooperação.

1-Na condução e intervenção do processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

de paradigmas, traduzida pela cooperação dos sujeitos do processo, especialmente, partes e juiz⁹⁵. Sob esse aspecto, estabeleceu duas variantes: (i) deveres das partes, conforme o princípio da boa-fé e (ii) deveres do Juiz⁹⁶.

Na primeira variante, o princípio da boa-fé deve impulsionar a conduta das partes e, na segunda, o dever do juiz de participar do processo. Assim esclarece: *“Na sociedade democrática em que vivemos não se pode admitir uma justiça autoritária, que subjuga o interesse privado a uma ideia pública de verdade; mas também não pode admitir-se uma justiça autista, que abstrai em absoluto da realidade, do mundo, da sociedade em que se integra para julgar cada acção como se de uma ilha se tratasse”*⁹⁷.

Por outro lado, o doutrinador Luís Correia de Mendonça, divergia do entendimento de que se tratava de um novo modelo, por não vislumbrar a possibilidade da aplicação de um modelo processual cooperativo no plano real⁹⁸.

Sobre essas divergências doutrinárias, o professor Fredie Didier Junior sustenta que o modelo cooperativo é, sim, um novo modelo de direito processual. É a terceira via e, por sua vez, critica a posição de Luis Correia Mendonça: *“O autor ignora o sentido dogmático do dever de cooperação, que nada tem a ver com a transformação do processo em um diálogo de lordes ingleses. Os deveres de cooperação surgiram, como será visto mais à frente, no próprio direito material, e não eliminam a existência de óbvios interesses contrapostos entre os sujeitos envolvidos; em verdade, servem para tornar mais leal, ou menos bárbara, a luta por tais interesses”*⁹⁹.

Conforme leciona o professor, referindo-se à proposta de Daniel Mitidiero, destacou-se que uma das perspectivas mais interessantes sobre o modelo é de tratá-lo como uma extensão do contraditório, que, por sua vez, deve ser à base de uma decisão justa. Eis a lição: *“Assim, talvez seja mais adequada à proposta de DANIEL MITIDIERO, para*

⁹⁵ GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007, p. 48-50.

⁹⁶ GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007, p. 52.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁹⁸ MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 429-430.

⁹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 32.

quem há um terceiro modelo de processo civil: o processo civil cooperativo. O art. 266º, I, do CPC português pretende consagrar um novo modelo de direito processual - e a circunstância de não existir texto normativo semelhante no direito estrangeiro talvez, não seja apenas uma coincidência. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado, como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas de uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida”¹⁰⁰. E finaliza: “O modelo de processo cooperativo é um novo modelo de processo equitativo (processo justo, processo devido). O CPC português, ao consagrar expressamente o princípio da cooperação, deu um passo enorme na consolidação desta nova fase do desenvolvimento do direito processual.”¹⁰¹.

Além de ser um modelo, a cooperação deve ser entendida também como um princípio. Nesse sentido, trata da transformação do ambiente processual numa comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), na qual os sujeitos processuais são igualmente atuantes na condução do processo devendo ter por objetivo a solução da controvérsia em tempo razoável.

Com base nesse princípio, ao contrário dos modelos analisados nos capítulos anteriores, a relação processual não deve ter protagonistas, todos devem ser atentos às regras e formalidades. Todos devem colaborar para o atingimento da justa composição do litígio.

Em sua dissertação, Lorena Barreiros¹⁰² explica que o processo cooperativo deve, pois, ser um ambiente em que prepondere o diálogo, ao qual não pode o magistrado ficar alheio e indiferente. O magistrado é também um dos sujeitos do processo e, como tal, deve se atentar ao diálogo e também se submeter ao debate.

A nota fundamental do regime colaborativo consiste na estruturação da relação jurídica processual, que, em lugar de assumir uma perspectiva triangular, é redesenhada em forma de linhas paralelas, colocando-se, pois, o juiz no mesmo nível em que situadas

¹⁰⁰ Ibidem p. 46;

¹⁰¹ Ibidem p. 49-50;

¹⁰² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*, Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2017, às 10:50, p. 87.

às partes. Noutras palavras, a atividade dos sujeitos processuais deve congrega-se em uma única força convergente cujo escopo é a descoberta da verdade e a solução do litígio.

O princípio da cooperação ou princípio da colaboração, nos termos do que ensina Fredie Didier Junior, trata de um norte que “*orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras*”.¹⁰³

Sobre a perspectiva de uma postura mais participativa do juiz, a doutrina brasileira já acenava a respeito: “*Visão moderna e adequada de contraditório, portanto, considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão jurisdicional. Tanto quanto as partes tem o juiz interesse em que sua função atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição. Os valores determinantes do modo de ser do juiz na condução da relação processual não são os mesmos vigentes no início do século. A crescente complexidade das situações regidas pelo direito substancial, a enorme disparidade econômica entre os sujeitos do direito, a integração cada vez maior de culturas jurídicas diferentes, determinada pelo que se convencionou chamar de globalização, tudo isso exige maior preocupação do representante estatal com o resultado do processo. Vem daí a ideia do juiz participativo*”¹⁰⁴.

Ainda sobre o princípio da cooperação trazer consigo a ideia de comunidade de trabalho, o professor Daniel Mitidiero divide sua análise sob três perspectivas que se resumem em sociais, lógicas e éticas.

Para o autor, ainda que o modelo admita a existência de diferenças entre indivíduo, sociedade e Estado, fato é que o modelo organiza essa relação de forma a se adequar ao contorno de um Estado Democrático de Direito, no qual se exige a efetiva participação. Sob essa premissa, o juiz assume uma postura isonômica e simétrica na condução e gestão do processo e assimétrica na decisão. O magistrado, no modelo cooperativo, assume um papel de gestor e condutor do processo, devendo permanecer em constante diálogo com as partes e assumindo também a condição de um dos sujeitos

¹⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, n. 127, set./2005, p. 76.

¹⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 21.

processuais responsáveis pela construção de um contraditório e dos demais atos do processo.

Assim faz um paralelo entre o princípio processual e Estado Democrático de Direito: “... A Constituição, que tem como referencial uma sociedade cooperativa, conforma o Estado como um Estado constitucional, cujas as duas grandes virtudes estão na sua submissão ao Direito e na participação social na sua gestão - O Estado Constitucional, assim, é necessariamente um Estado Democrático de Direito” (art. 1º) (...) Daí a razão pela qual a sociedade contemporânea pode ser ela mesmo um empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção do proveito mútuo. Não por acaso a doutrina já alude mesmo à existência de um Estado Constitucional Cooperativo. Essas características imprimidas pela sociedade no Estado através da Constituição evidentemente acabam repercutindo na posição ocupada pelo Juiz no processo. O Juiz do processo do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritária no diálogo e assimétrica na decisão. Visa-se alcançar com isso um ponto de equilíbrio, na organização do processo, conformando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (*arbeitsgemeinschaft*) entre os seus participantes. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo”¹⁰⁵.

O Juiz do modelo cooperativo está inserido no diálogo processual e, como dito, estabelecido na condição de sujeito do processo, responsável, sim, pela concretização democrática dos direitos fundamentais.

Em se tratando de uma perspectiva social, consubstanciada na realização de direitos fundamentais, as partes conseguem verificar mais um instrumento de exercício de seus direitos e, enfim, de seu exercício de cidadania.

O processo funciona como instrumento de exercício de seu direito fundamental de cidadania, eis que exige a efetiva participação dos sujeitos processuais de forma isonômica na construção do processo e na composição do litígio.

Ainda, na lição de Lucio Grassi de Gouveia, o princípio da cooperação ao exigir

¹⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2015, p. 63-65.

do magistrado o diálogo com os demais sujeitos do processo e a participação dos mesmos acaba também, por fim, por legitimar a prestação jurisdicional do Estado ¹⁰⁶.

Para reforçar esse entendimento, vale aqui trazer a lição de Fredie Didier Jr.¹⁰⁷ sobre a ideia da constitucionalização do Direito Contemporâneo, estabelecendo duas dimensões: a) a incorporação de textos constitucionais de normas processuais, consagrando expressamente direitos fundamentais processuais e b) analisarem as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais.

E o professor Didier¹⁰⁸ alerta: “*Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do devido processo legal, também de natureza constitucional*”.

Sobre essa perspectiva fala-se, ainda, em neoprocessualismo, que trata de uma nova concepção de processo baseada na premissa do reconhecimento da força normativa da Constituição e, especialmente, resulta da constitucionalização dos direitos e garantias processuais¹⁰⁹.

Essa nova postura implica uma necessidade de remodelar o formalismo processual, como instrumento para a realização dos valores constitucionais, de seus direitos e garantias que segundo Didier realça valores éticos que designa como formalismo-valorativo¹¹⁰.

É nesse contexto que vem ganhando expressão no direito brasileiro a concepção contemporânea da relação jurídica processual, influenciada, sobremaneira, pelo Estado Constitucional.

Nesse cenário, a teoria contemporânea da relação jurídica processual revela uma atenção especial à legitimação do ato jurisdicional como ato de poder político, que deve ser realizada por meio de um sistema processual que dialogue com a realidade, com os

¹⁰⁶ GOUVEA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 34, n. 172, jun./2009, p. 51-52.

¹⁰⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p. 47-48

¹⁰⁸ *Ibidem* p. 49

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 224.

¹¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v.1, p. 27-29.

sujeitos processuais e que objetive resguardar o direito material e respeite os direitos fundamentais.

A lição de Luiz Guilherme Marinoni¹¹¹ aponta como pressupostos para a legitimidade do exercício do poder jurisdicional, dentre outros, os seguintes: 1) extrínsecos à jurisdição: a) efetiva participação das partes no procedimento; b) legitimidade do procedimento face à sua adequação à tutela de direito material; c) legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais; e, 2) intrínseco à jurisdição: legitimidade da decisão, especialmente quando confrontadas leis infraconstitucionais aos direitos fundamentais. Em resumo, assevera o autor que o processo deve se estruturar para propiciar uma decisão legítima.

Assim, verificou-se até aqui que o modelo cooperativo de processo, influenciado pelo princípio da cooperação foi reconhecido inicialmente pela doutrina e restou positivado no Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015), na dicção do art. 6º.

O modelo cooperativo tem por base a ideia de uma comunidade de trabalho, tendo por objetivo comum à solução de um litígio de forma justa e célere. A solução desse litígio implica, no modelo cooperativo, necessariamente, no diálogo e participação permanente de todos os sujeitos processuais (partes e juiz).

Nesse sentido é a participação de todos os sujeitos do processo na construção do contraditório que legitima a decisão justa e célere.

O professor Didier analisou, inicialmente, esse princípio a partir conteúdo principiológico do Código de Processo Civil português que foi objeto de seu livro *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*¹¹², reconhecendo a amplitude de seu conteúdo nos seguintes termos: “*A transformação do processo em uma ‘comunidade de trabalho’, trata de um estado de coisas que o princípio da cooperação busca promover, é o fim que se deve buscar inclusive por meios atípicos, desde que conforme ao sistema jurídico. A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a*

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, ano 01, nº 01, jan./jun. 2008, p. 229-235.

¹¹² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 51-52.

efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual venire contra factum proprium do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo)”.

O que se procura analisar neste momento, mais detidamente, é a inclusão do juiz como sujeito do contraditório e a imputação de deveres de cooperação direcionados também ao órgão julgador. Esses são traços que caracterizam esse modelo.

A lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹¹³ traz a ideia de equilíbrio nos papéis dos sujeitos do processo: *“Ora, a ideia de cooperação, além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo, pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”.*

Sobre a cooperação e colaboração do magistrado, Daniel Mitidiero¹¹⁴ é enfático ao admitir que seja também um dever do Estado Constitucional: *“A colaboração impõe a organização de um processo colaborativo – em que haja colaboração entre os seus participantes. O legislador tem o dever de perfilar o processo a partir da sua normatividade, densificando a sua colaboração no tecido processual. E aqui o que importa é deixar claro: a colaboração do processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do Juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange a sorte do litígio”.*

¹¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 137, jul./2006, p. 17-18.

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel, in *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo. Ed. RT 2014. Pag. 114.

Nesse contexto a colaboração é um dever do magistrado na condução do processo, observadas as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório (justo e adequado), da ampla defesa e da duração razoável do processo, para que seja proferida decisão de mérito (prestação da tutela jurisdicional).

O dever do magistrado, sob a perspectiva do modelo cooperativo, visa outorgar, nas palavras da doutrina de Daniel Mitidiero, uma nova dimensão ao papel do Juiz na condução do processo. Para o autor, *“o juiz do processo cooperativo é isonômico na sua condução e assimétrico apenas quanto de suas decisões. Desempenha duplo papel é paritário no diálogo e assimétrico na decisão”*¹¹⁵.

Na verdade, a cooperação esperada no âmbito do processo civil é a do Juiz para com as partes e não das partes entre elas. É a ferramenta necessária à devida e equilibrada prestação da tutela jurisdicional.

O Juiz, no processo colaborativo, assume uma postura ativa e, nessa condição, deverá buscar e obter um ponto de equilíbrio para a sua contribuição efetiva, bem como das partes, para a realização da justiça ao caso concreto. E assim pondera a doutrina: *“O princípio da cooperação exige, pois, um juiz mais ativo, situado no centro da controvérsia, o que, ao invés de causar um distanciamento com as partes e entre elas, vai buscar restabelecer o caráter isonômico do processo, ou, ao menos, conseguir um ponto de equilíbrio. Impende ressaltar que esse objetivo, dentro de uma perspectiva não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea em relação à divisão do trabalho entre o juiz e as partes, somente pode ser alcançado por meio do fortalecimento dos poderes das partes, com sua participação mais ativa e leal no processo, de modo a contribuir mais efetivamente à formação da decisão judicial, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos como na valorização jurídica da causa”*.¹¹⁶

Assim o que se espera do magistrado, dentro de um modelo de processo cooperativo, é sua participação mais ativa de modo a priorizar e contribuir na busca dos fatos para formação de seu convencimento e, assim, promover o julgamento de mérito.

Essa perspectiva da cooperação do juiz deve influenciar todos os atos processuais e

¹¹⁵ MITIDIERO, Daniel, *in* Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo. Ed. RT 2014. 81.

¹¹⁶ PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. Academia Brasileira de direito Processual Civil. www.abdpc.org.br. Acessado em 09/08/2017.

- mais especificamente que se pretende abordar neste artigo - os atos relativos à organização e saneamento do processo a fim de que, ao final, seja proferida uma decisão de mérito, justa e adequada.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha¹¹⁷ os deveres do Juiz estão assim estabelecidos: “a) a consagração de um poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes; b) a consagração de um poder-dever de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito; c) a consagração do poder-dever de auxiliar qualquer das partes na remoção de obstáculos que as impeçam de atuar com eficácia no processo; e d) a consagração, em combinação com o princípio do contraditório, da obrigatória discussão prévia com as partes da solução do pleito, evitando a prolação de “decisões-surpresa”, sem que as partes tenham oportunidade de influenciar as decisões judiciais.”

A partir dessa concepção, a doutrina também optou por classificar as eventuais providências a serem adotadas pelo magistrado estabelecendo quatro tipos ou categorias de deveres. São eles: dever de esclarecimento, de consulta (ou de diálogo), de prevenção e de auxílio. Essas categorias passam a ser agora analisados.

O primeiro, *dever de esclarecimento* consiste, em resumo, tanto no dever do magistrado de buscar junto às partes informações para dirimir suas dúvidas sobre a demanda, quanto no dever de ele mesmo prestar esclarecimentos a respeito de suas decisões no curso do processo.

O dever de determinar que as partes se manifestem a respeito de situações que merecem ser apuradas mais detidamente, independentemente de requerimento, tem por objetivo construir um conjunto probatório apto a garantir uma decisão de mérito adequada e justa.

Assim, em resumo, é obrigação do magistrado, em estrita observância de seu dever de cooperar, colher todos os esclarecimentos necessários a subsidiar sua decisão.

Em contrapartida, cabe também ao magistrado, prestar os esclarecimentos devidos, ou seja, esclarecer seus próprios pronunciamentos. Essa disposição vem reforçada também pelo dever de motivação e fundamentação do magistrado que está, por sua vez, inculcado

¹¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio contraditório e a cooperação no processo. <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/> acessado em 16/06/2016.

no art. 10, do CPC que prevê que “o juiz não pode decidir, em grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidades de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual se deva decidir de ofício”.

Estabelecidas às premissas que classificam o princípio da cooperação, como um dever de esclarecimento, é possível identificar seus reflexos na disposição do Código de Processo Civil Brasileiro de que trata a Lei nº 13.105/2015, conforme se verifica nos exemplos que seguem.

O artigo 139, VII, do CPC/15 dispõe que o magistrado deve determinar, a qualquer tempo, o comparecimento das partes no processo para inquiri-las sobre fatos da causa, hipóteses que não incidirá a pena de confesso. Esse dispositivo, também é conhecido pela doutrina, como interrogatório livre.

Por esse dispositivo, compete ao juiz o dever de oportunizar a parte que compareça para prestar esclarecimentos a respeito de pontos que sejam relevantes ao deslinde da causa, bem como a busca da verdade necessária a fim de que a decisão seja efetivamente justa e efetiva.

O art. 321, do CPC/15 determina ao Juízo que, caso verifique que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320, do mesmo diploma, deverá conceder prazo para que a emende ou a complemente, indicando precisamente quais os motivos da correção e do complemento.

Eis aqui um importante exemplo do princípio da cooperação e da sua vinculação a outros princípios processuais, mais precisamente, da motivação e fundamentação das decisões e da efetividade do processo.

O legislador tratou não só de impor ao magistrado o dever de ouvir a parte sobre pontos que devem ser esclarecidos ou mesmo corrigidos na petição inicial, como também criou a obrigação de que essa decisão pontue claramente o que deve ser esclarecido ou complementado.

Nessa perspectiva, podemos ver a preocupação com a construção de uma instrução e contraditório qualificados, com o objetivo de suportar uma decisão final (prestação da tutela jurisdicional) justa, adequada, efetiva e célere.

Caminhando no mesmo sentido, o artigo 489, § 1º, I a VI e § 2º, do CPC/15 estabelece os deveres do magistrado quando da prolação de decisões (interlocutórias,

sentença e acórdão), tratando especificamente do dever de informar, esclarecer e motivar a sua razão de decidir.

Nesse sentido confunde-se, por vezes, com o princípio da motivação. Nota-se que o legislador obriga o magistrado a explicar os motivos que fundamentaram suas razões de decidir, enfrentar os questionamentos postulados pelas partes, identificar ou não a aplicação de precedentes e fundamentar suas razões. Enfim, prestar esclarecimentos ou exigir que as partes o façam.

Vale aqui mais uma vez destacar que o conceito do princípio da cooperação reflete, de forma sistêmica, no CPC/15, tanto na sua parte geral atingindo outras normas fundamentais, quanto na parte especial.

O artigo 357, § 3º, do CPC/15 prevê o saneamento compartilhado, e no que diz respeito ao dever de esclarecer, poderá o magistrado, em audiência, diante da complexidade, determinar às partes que prestem esclarecimentos necessários à elucidação das alegações apresentadas. No novo CPC, um dos vários exemplos é extraível do art. 357, § 3º. O dever de esclarecimento apresenta ainda uma segunda dimensão, nem sempre considerada sob essa perspectiva: o juiz deve não só buscar a clareza das partes, mas ser, ele mesmo, claro.

É nesse contexto, de cooperação, que se compreende melhor o extremo detalhamento que o CPC/15 estabelece para o dever de fundamentação das decisões do juiz (art. 489, §§ 1º e 2º) ¹¹⁸.

A segunda classificação diz respeito ao *dever de consulta ou de diálogo* do magistrado.

Esse dever consiste na obrigação do Juízo de intimar as partes a manifestarem-se a respeito de questão não analisada no processo, ou seja, noutras palavras, de submeter ao contraditório antes de proferir eventual decisão, até mesmo em casos que possa decidir de ofício.

Há outro motivo para que se dê prévio conhecimento às partes de questões sobre as quais se pode decidir de ofício: a boa fé objetiva de que trata o art. 5º do CPC e da lealdade processual e a segurança jurídica.

¹¹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*. www.migalhas.com.br. migalhas de peso; acesso em 16/06/2016

Mesmo que a decisão possa ser proferida *ex officio*, por cautela, deverá o magistrado oportunizar as partes a ciência e o conhecimento das razões de decidir.

Na verdade, não só a ideia de cooperação, consubstanciada no dever de consulta, mas como também a ideia da vedação de se proferir decisões-surpresas é que devem ser o norte da conduta e comportamento do magistrado.

O aludido dever de consulta pode também ser entendido como um dever vinculado ou decorrente da garantia constitucional do contraditório. Não pode o órgão jurisdicional decidir, com base em questão de fato e de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que as partes sejam sobre elas intimadas a se manifestarem. Assim, deve o juiz consultar as partes sobre a questão não alvitada no processo e, por isso, não posta em contraditório, antes de decidir¹¹⁹.

Nesse contexto é que o princípio da cooperação, na perspectiva do direito de consulta, é visto pela doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e de Cassio Scarpinella Bueno como uma dimensão do contraditório. A conclusão que se extrai aqui é que o diálogo entre os sujeitos processuais, propiciado pelo princípio da cooperação, pode influenciar e assim contribuir para uma decisão final legitimada pelo contraditório efetivo e qualificado.

Nota-se ainda que o princípio da cooperação, consistente no dever de consulta, vincula-se a princípios previstos na Parte Geral do Código de Processo Civil (arts. 9º e 10) e reforça ainda mais a necessidade do juiz de manter um contraditório qualificado, capaz de balizar uma decisão de mérito.

Candido Rangel Dinamarco¹²⁰, ainda antes da edição do novo CPC, ensinava que o princípio do contraditório é uma garantia constitucional de dupla destinação, atingindo partes e juiz: “*Em primeiro lugar a lei deve instituir os meios necessários para a participação dos litigantes no processo e ao juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação o julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório*”.

Em resumo, noutras palavras, participar da construção e do contraditório é um dever do magistrado, tudo para que se promova, ao final, uma decisão de mérito justa e

¹¹⁹ DIDIER Jr, Fredie, Curso de Direito Processual Civil, introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Juspv, 2016. p 130.

¹²⁰ DINAMARCO, Candido Rangel, Instituições de direito processual civil, 6ª edição, 2009, Malheiros Editores, p-220;

adequada. A construção de um contraditório adequado realizado pelos sujeitos do processo (autor, réu e magistrado) é o que, ao final, legitima o processo. Noutras palavras, participação deve ser compreendida também como uma dimensão do contraditório.

Para a doutrina de Luis Guilherme Marinoni¹²¹, o estudo do contraditório passa inexoravelmente pela participação dos sujeitos do processo e, assim, pela observância do princípio da colaboração.

A terceira classificação diz respeito ao *dever de prevenção*, que trata do dever do magistrado de prevenir as partes do perigo do êxito de seus pedidos serem frustrado pelo uso inadequado do processo.

O dever de prevenção, também considerado dever de alerta, diz respeito à conduta zelosa do magistrado de advertir, de prevenir, de alertar sobre eventual comportamento inadequado que poderá acarretar o indeferimento do pedido ou a extinção do processo.

O artigo 139 do CPC/15 prevê expressamente que compete ao magistrado, na direção do processo, dentre suas obrigações, o dever de prevenção, de alertar sobre responsabilização por perdas e danos de eventual conduta atentatória à dignidade da justiça, tais como (litigância de má-fé), prevista no art. 80 e de fraude à execução ou de criar embaraços à execução, conforme a disposição os incisos do art. 774.

No modelo cooperativo, caberá ao Juiz destacar eventuais irregularidades que possam prejudicar uma decisão de mérito e deverá, se sanáveis, determinar sua correção para que sejam supridas de imediato.

Com isso, previne-se, por exemplo, uma carência de ação, indicando o tipo de medida adequada à correção do defeito. Para GRASSI DE GOUVEA são quatro as áreas fundamentais de justificação de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, integração de lacunas da exposição de fatos relevantes, necessidade de adequação do pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação. O Código de Processo Civil consagra esse dever de prevenção no artigo 321, o qual garante ao autor o direito de emendar a petição inicial se o juiz entender que lhe falta algum requisito. É importante que se ressalte que, aqui, tem-se o chamado interesse-adequação,

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *in* Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol I/Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero- 2 ed ver. atual. E ampl- São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, p. 504; e SOUZA, André Pagani. Vedação das decisões surpresa no processo civil. São Paulo: Saraiva, .2014.

segundo o qual o juiz deve indicar o modo como o defeito deve ser sanado.¹²²

Eduardo Talamini¹²³ cita o seguinte exemplo previsto no artigo 321, que se classifica também como um dever esclarecimento ao reconhecer a necessidade de emenda ou complemento da petição inicial: *“Tome-se como exemplo o art. 321 do novo CPC: “O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.*

Por fim, o dever de prevenção, em resumo, diz respeito ao dever de alerta sobre os pontos que serão considerados pelo magistrado para suas razões de decidir oportunizando as partes a se manifestarem sobre eventuais irregularidades sanáveis. A preocupação é estabelecer um processo estruturado num contraditório devidamente construído e alicerçado pela participação das partes, a fim de que a decisão seja legitimamente proferida.

Por fim, a última classificação do princípio da colaboração, no modelo cooperativo do processo, é o **dever de auxílio**, consistente no dever do magistrado de auxiliar as partes na superação das dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou a faculdade ou cumprimento de ônus ou direitos processuais.

Esse dever autoriza que o juiz auxilie as partes, para que superem eventuais dificuldades que possam prejudicar o exercício de direitos ou o cumprimento de deveres no processo.¹²⁴

O professor Eduardo Talamini¹²⁵ reconhece o dever do auxílio nas hipóteses de distribuição do ônus da prova, de que trata o art. 373, § 1º, e assim pondera: *“Pense-se na distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º): “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção*

¹²² PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. Academia Brasileira de direito Processual Civil. www.abdpc.org.br. Acessado em 16/06/2016.

¹²³ TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz. www.migalhas.com.br > migalhas de peso; acesso em 16/06/2016

¹²⁴ PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. Academia Brasileira de direito Processual Civil. www.abdpc.org.br. Acesso em 16/06/2016.

¹²⁵ TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz. www.migalhas.com.br > migalhas de peso; acesso em 16/06/2016

da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Considere-se ainda o poder de flexibilização procedimental, para a inversão da ordem das provas (art. 139, VI), ou ainda a ampliação de prazos, quando houver dificuldade para o cumprimento do prazo posto na lei, por exemplo, (art. 139, VI, e art. 437, § 2º).”

O artigo 373, § 1º, é o dispositivo legal que trata da alteração do ônus da prova. Esse dispositivo excetua a regra geral que estabelece que a prova compita a quem alega. Nesse aspecto, a lei faculta ao magistrado a modificação do ônus da prova, desde que verificada, no caso concreto, a dificuldade na obtenção da prova por quem alega e a facilidade da parte contrária em produzi-la, ou seja, de atribuir o ônus da prova a quem tem melhores condições de provar.

A lição da doutrina¹²⁶ é de que: “(...) dentro de um processo organizado a partir da ideia de colaboração, deve o Juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo.”

Outro exemplo está no art. 772, III, inserto dentre as disposições gerais do procedimento de execução (Capítulo I, Título I, do CPC), que dispõe que o magistrado pode determinar que sujeitos estranhos à execução fossem intimados a prestar informações, bem como apresentar documentos relacionados ao objeto da execução.

Do que restou brevemente analisado no presente item, conclui-se que o art. 6º que trata do princípio da colaboração e do modelo cooperativo do processo, exige do magistrado uma nova postura, prevê a maior participação na construção do processo e na prestação da tutela jurisdicional justa e adequada.

5. A AUDIÊNCIA DE SANEAMENTO COMPARTILHADO (ART. 357, § 3º), O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E DA EFETIVIDADE

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *in* Novo código de processo civil comentado/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2015, p. 396-397.

Neste item pretende-se abordar mais especificamente os reflexos do princípio da cooperação inculcado pelo artigo 6º, do CPC, nas providências do magistrado na fase de organização e saneamento do processo, previstas no Código do Processo Civil, na disposição do art. 357, I a IV e § 3º.

É nesta fase do processo, que o magistrado deverá aferir a viabilidade do processo, a validade dos atos processuais realizados, analisar e resolver as questões processuais pendentes, delimitar e orientar o foco da instrução e das provas a serem produzidas, bem como definir a distribuição do seu ônus e, por fim, se necessário, designar audiência de saneamento.

A preocupação do magistrado nessa fase deve ser, inicialmente, a de buscar eliminar eventuais vícios ou irregularidades do processo e dos demais problemas que possam atrasar ou inviabilizar o julgamento de mérito, ou, ainda, de extinguir, sem resolução de mérito o processo incapaz de obter o seu resultado normal.

Na sequência, não sendo o caso de extinção dos autos, deverá o magistrado encarregar-se de delimitar as provas necessárias e distribuir o encargo de produzi-las.

Confira-se a dicção do artigo 357, I a IV e parágrafos 1º a 3º e que se pretende discorrer neste artigo mais detidamente:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

- I- resolver as questões processuais pendentes, se houver;
- II- delimitar as questões de fato sobre as quais recairá sobre a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;
- III- definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;
- IV- delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito;
- V- designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação,

delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações

Conforme se infere desse dispositivo, dentro da perspectiva de um modelo cooperativo, a organização e o saneamento do processo devem ocorrer com a colaboração dos sujeitos do processo.

Para a doutrina brasileira, a fase de organização e saneamento do processo, está intrinsecamente vinculada ao princípio de cooperação e ao modelo processual cooperativo, na medida em que se exige dos sujeitos e, principalmente, do juiz, a obrigação de dialogar com as partes sobre eventuais irregularidades que possam ter ocorrido no curso do processo; esclarecer fatos ou alegações ainda obscuros ao deslinde do caso; discutir a pertinência, relevância e oportunidades das provas, bem como de distribuir o ônus da sua produção.

É a fase em que compete ao juiz “arrumar” o processo para a devida instrução probatória e, a partir dela, alicerçar os fundamentos de sua decisão para, enfim, prestar a tutela jurisdicional justa e efetiva.

Essa é a lição do professor Luiz Guilherme Marinoni¹²⁷, que assim explica: “As providências preliminares visam à organização do processo e encontram-se preordenadas à obtenção do equilíbrio entre as partes, ao saneamento e à instrução da causa. É por essa razão que, a rigor, o art. 357, do CPC, deveria estar alocado dentro deste capítulo e não naquele concernente ao julgamento conforme o estado do processo. A organização do processo pode ser retrospectiva ou prospectiva: na primeira direção, a organização abarca tudo que pode atrasar ou impedir a obtenção de uma “decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º, CPC); na segunda, visa a equilibrar as posições das partes no que tange

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *in* Novo código de processo civil comentado/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015. P. 374-375.

à causa e tomar providências destinadas à instrução do processo (delimitação do thema probandum, distribuição dos meios de prova e deliberação sobre os meios de prova)”.

Em face do princípio da cooperação, existe o incentivo da lei para a participação dos sujeitos processuais com foco e objetivo na primazia de decisão de mérito e na prestação da tutela jurisdicional, dentro do prazo razoável. Para tanto, inicialmente deverá o Juiz resolver as questões processuais pendentes.

A leitura do inciso I, o art. 357, descreve que competirá ao magistrado resolver as questões pendentes. É o dispositivo que visa principalmente sanar eventuais vícios ou nulidades que tenham ocorrido até o momento e que possam comprometer o julgamento final de mérito, ou seja, impedir a prestação de uma tutela justa, adequada e efetiva.

Nesse momento caberá ao magistrado corrigir eventuais vícios que maculem a relação processual, de forma a deixar o processo apto para o enfrentamento do mérito. Pode-se ainda dizer que é o momento propício de buscar e manter a regularidade do processo e sua efetividade.

Como asseverado, tem-se na leitura do art. 357, I, a oportunidade precisa de análise detalhada, crítica e direcionada para verificação de todas as hipóteses de nulidades, vícios e irregularidades do processo. O objetivo também é conquistar a regularidade formal do processo para, nesse aspecto, torná-lo apto à decisão de mérito.

Nesse contexto, a lei exige do magistrado não só a verificação da existência de pressupostos processuais pendentes ou vício sanável, como também a busca de sua regularidade, determinando a realização das diligências que se mostrarem adequadas e necessárias para a solução do litígio, nos termos do artigo 139, IX, do CPC/2015.

Para tanto, vale trazer aqui a consideração a respeito da teoria do aproveitamento dos atos processuais que, a despeito de terem sido analisadas na vigência do CPC/73, permanece atual e válida: *“Outra das facetas do princípio da sanabilidade dos vícios dos processos, não disciplinada pelo artigo 277 do CPC, é a que prevê o dever do juiz de corrigir ou determinar sejam corrigidos vícios ligados aos requisitos de admissibilidade da apreciação do mérito, sempre que isto for possível, com o objetivo de dar a parte autora o que esta pediu: a apreciação da Lide (art. 317). Em boa hora deixa claro o artigo 938, parágrafo 1º que diz dever o relator determinar a realização ou renovação dos atos processuais se houver vício sanável, mesmo se se tratar de vício que deva ser conhecido*

de ofício e, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. Este dispositivo deixa inequívoco que vícios cognoscíveis de ofício são sanáveis; e que o NCPC segue diretriz geral no sentido de que o processo nasce para realizar sua vocação, que é de gerar sentença de mérito. Decisões de inadmissibilidade, de ações e de recurso, devem ser realmente de exceções. Quer-se, com isso, dar-se mais efetividade ao processo fazendo com que este cumpra sua única e verdadeira função”¹²⁸.

Antes mesmo da vigência do CPC/2015, a doutrina já acenava para a correção dos vícios do processo no transcorrer do processo e que, tal conduta, contribui para efetividade do processo, ou seja, para que atinja seu resultado: a decisão final de mérito.

A orientação do CPC/2015 é promover uma decisão de mérito justa e efetiva. É fazer prevalecer o direito (essência) à forma na solução do litígio, ou seja, noutras palavras: a obter-se a devida prestação da tutela jurisdicional.

Em resumo, em face dos princípios da cooperação e da efetividade, tudo que for possível ao magistrado para “salvar” o processo de eventuais vícios e irregularidades deve ser feito para que, enfim, seja produzida decisão final de mérito.

O art. 357, além de prever a resolução das questões processuais pendentes, também dispõe sobre a necessidade de se circunscrever o objeto da instrução probatória. Na disposição do inciso II, deverá o magistrado “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá sobre a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos”.

Nesse momento, em resumo, também devem ser identificados os fatos que deverão ser objeto de análise e produção de provas na próxima fase.

Assim, identificados os fatos e a pertinência das provas a serem produzidas, restam também reduzidos atos, providências e provas desnecessárias, propiciando maior celeridade e efetividade do processo.

Por outro lado, a delimitação de fatos e provas não está adstrita à petição do autor e ou a defesa do réu. Isso porque, diante da existência de qualquer outro fato que possa contribuir e influenciar a decisão, deverá o magistrado determinar a produção de outras provas. Nesse sentido, poderá indicar fato que será objeto de análise e requisitar a produção de provas.

¹²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 736.

O art. 357, II, tem uma abrangência maior. Explicita que a delimitação dos fatos e a produção de provas exigem um comportamento cooperativo dos sujeitos do processo e uma obrigação maior do magistrado na organização, construção e roteiro da decisão saneadora que, por sua vez, direcionará os trabalhos da fase instrutória e que, por fim, balizará uma decisão de mérito adequada.

A decisão saneadora e de organização do processo dita as “regras do jogo” e deixa claro aos sujeitos o *iter* que será percorrido, bem como vincula o magistrado a analisá-las na sentença. Noutras palavras, pode se concluir que se presta a legitimar o curso do processo e evita decisões-surpresa. Trata-se de momento processual que tem por foco a análise de todas as questões que gravitam o processo, oportunizando aos sujeitos do processo o direito de se manifestarem e conhecerem os caminhos e direcionamentos do processo, conferindo e resguardando os princípios de transparência, lealdade, ampla defesa e contraditório.

Uma vez identificados os fatos importantes que deverão ser objeto de análise para o deslinde do litígio, cabe também tecer agora algumas considerações a respeito do segundo comando do inciso II, do artigo 357, do CPC/2015, qual seja: identificar as provas que deverão ser produzidas na fase probatória.

Assim sendo, também competirá ao magistrado analisar os requerimentos de provas indicados pelas partes e indicar outros meios necessários (e mesmo de ofício) à sua convicção e para o deslinde da lide. É o momento de planejar e estruturar quais deverão ser produzidas para elucidar os fatos.

Para tanto, vale trazer a importante disposição dos artigos 369 e 370, do CPC/15, que não só admite a produção de provas elencadas pelo Código, indicadas pelas partes e ou pelo magistrado, mas também aquelas que sejam, por sua vez, moralmente legítimas e aceitas.

Nesse ponto, consigne-se que a legislação deu maior abrangência às opções de provas (as provas atípicas) para a busca da verdade e, por fim, de um resultado mais próximo da realidade e, portanto, de um resultado mais efetivo ao processo.

Dentre os deveres do magistrado, além de definir as provas que serão produzidas, poderá, também, nos termos do que prevê o aludido artigo 370, indicar a prova que achar necessária para o seu convencimento e, conseqüentemente, para a entrega de uma decisão

de mérito.

Assim sendo, admite-se e justifica-se a participação ativa do magistrado na fase de organização e saneamento, permitindo-se requisitar as provas necessárias ao seu convencimento; tudo para que, ao final, seja prestada tutela jurisdicional, por meio de uma sentença de mérito justa, adequada e efetiva, com base numa instrução devidamente organizada e qualificada.

Por fim, a disposição do inciso II, do art. 357, que trata da delimitação dos fatos e da definição das provas a serem produzidas pode ser feita exclusivamente pelo magistrado, ou mesmo de forma compartilhada, nos termos do art. 357, § 3º, do CPC/2015. Em ambas – seja pelo deferimento ou indeferimento - a decisão deve ser devidamente fundamentada, por força dos princípios da cooperação (art. 6º) e da vedação das decisões-surpresa (art. 10º).

É no momento de saneamento e organização do processo que resta delimitada a prova que será produzida na fase seguinte (fase de instrução) e que servirá de balizador da sentença. Assim, via de consequência, é também nessa fase que deve ser definido o ônus da prova a ser produzida, nos termos do que prevê o inciso III, do art. 357.

O CPC/2015 estabeleceu a regra geral do ônus da prova, ou seja, que a produção da prova compete a quem alega. Assim a regra é de que compete ao autor (inciso I, do art. 373) produzir provas quanto a fato constitutivo de seu direito e ao réu (inciso II, do art. 373), quanto a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Entretanto, o legislador do CPC/2015, acompanhando a jurisprudência e a doutrina já sedimentados¹²⁹, reconheceu a necessidade de flexibilização ou dinamização do ônus da prova e positivou, nos termos do § 1º e seguintes, do art. 373, as hipóteses de distribuição do ônus da prova.

Assim, para a modificação do ônus da prova prevista no § 1º é necessária à verificação, por parte do magistrado, da extrema dificuldade ou da extrema facilidade da parte de produzi-la, no caso concreto. Nesse sentido, a decisão deve ser devidamente fundamentada apontando, pormenorizadamente, os pressupostos que a legitimem.

¹²⁹. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2, p. 129-130.

Fredie Didier Jr¹³⁰ descreve o estudo de Danilo Knijnik, sobre esses pressupostos que se resumem em duas categorias: a hipossuficiência probatória e a inacessibilidade da prova.

- a) *Hipossuficiência probatória*: quando o adversário da parte goza de posição privilegiada, por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova (ex: médico que detém prontuário e os exames do paciente).
- b) *Inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa e desleal (por falta de cooperação/colaboração) de seu adversário, sendo que a conduta desleal que dificulta o acesso à prova deve ser punida e só aquela que inviabiliza o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.

Nesse aspecto, vale também trazer o esclarecimento do Enunciado nº 06 do CEAPRO: “A hipossuficiência justificadora do enunciado da atribuição do ônus da prova é a informativa e não a econômica”¹³¹.

Essa situação nos remete, mais uma vez, à ideia de que o ônus da prova deve ser daquele que tem melhores condições de apresentá-la. Essa ideia foi construída a partir da teoria da carga dinâmica da prova e de onde também a doutrina brasileira buscou inspiração. Sobre essa teoria: “A teoria da carga dinâmica da prova foi desenvolvida por Jorge W. Peyrano e rompe com a concepção estática da prova. Segundo essa teoria a atribuição do ônus da prova deve ser da parte que, pelas circunstâncias fáticas, tem melhores condições para demonstrar os fatos, os acontecimentos específicos, independentemente de sua posição no processo. Para o autor, a carga probatória dinâmica “obedece ao propósito de sublinhar que o esquema de um processo moderno deve necessariamente estar impregnado pelo propósito de ajustar-se o mais possível às

¹³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2, p. 131.

¹³¹ www.ceapro.org.br

circunstâncias do caso, evitando-se assim abstrações desconectadas da realidade”¹³²

Uma vez verificada a necessidade da modificação do ônus da prova, competirá ao magistrado identificar o fato a ser provado e o meio de prova a ser apresentado no processo para posteriormente concluir se há realmente possibilidade da outra parte se incumbir desse “novo” ônus.

Igualmente, os §§ 3º e 4º, do artigo 373 dispõem sobre a possibilidade das partes convencionarem a respeito do ônus da prova. A lei excetua essa possibilidade quando versar sobre direito indisponível ou se tornar impossível a uma parte o exercício do direito.

Por fim, em resumo, a distribuição diversa do ônus da prova visa possibilitar a realização da prova por aquele que tem melhores condições de provar, ou seja, de demonstrar o fato e o direito para que, ao final, se obtenha os esclarecimentos e informações necessárias para formar o convencimento do magistrado e, ainda, de suportar a sentença de mérito.

Também compete ao magistrado reunir as questões de fato e de direito trazidas pelas partes e ou apontar outras que sejam relevantes e que podem ser úteis ao julgamento do litígio.

Ao magistrado caberá a análise detalhada dos argumentos e do direito invocados pelas partes, bem como apontar – se o caso - uma terceira via que será objeto de análise e de verificação para a solução do litígio. É nesse momento processual de delimitação das questões de fato relevantes que deverá o juiz pontuar de forma clara e compreensível às partes os temas que serão abordados na sentença.

Aqui, abre-se um breve *parêntesis*, para retratar a importância do princípio da cooperação (art. 6º, do CPC/2015), na construção e organização do processo, especificamente quanto à delimitação das questões relevantes de fato e de direito.

O professor Cassio Scarpinella Bueno pondera que o artigo 357 do CPC/2015 esclarece que se trata do momento procedimental de preparo, de organização do processo que deve ser construído com a participação das partes, conforme previsão do princípio da cooperação. Assim, explica o autor: “*Com relação aos demais incisos do art. 357, II a IV, e o seu caráter de preparar adequadamente o processo para a fase instrutória é*

¹³² PEYRANO, Jorge, apud RUSCH, Érica. Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais. Revista de processo, ano 34, nº 168, fev. 2009, p. 365.

indesmentível. Fosse desnecessária essa fase e a hipótese seria de julgamento antecipado (ainda que parcial) do mérito. A atividade neles prevista, outrossim, evidencia a aplicação, pelo próprio CPC de 2015, do princípio da cooperação do art. 6º. Com ela, fica explicitada a necessidade de o magistrado especificar sobre quais fatos a atividade instrutória recairá, inclusive porque as questões jurídicas devem ser identificadas e circunscritas, quais os meios de prova serão empregados para os devidos fins (e, se for o caso, audiência de instrução e julgamento será designada para a colheita da prova oral), quem deverá produzir qual o meio de prova, mesmo (e, sobretudo) quando houver modificação do ônus da prova nos moldes do § 1º artigo 373”¹³³.

Conforme se vê, as atividades e providências do artigo 357 e seus incisos devem ser construídas dentro de um ambiente de colaboração entre os sujeitos do processo, ou seja, após o devido diálogo do juiz com as partes sobre a aferição, necessidade e pertinência das provas a serem produzidas, do encargo de produzi-las, bem como delinear sobre os caminhos que serão percorridos na próxima fase: a instrução.

A fase de organização e saneamento do processo deve passar, inexoravelmente, pela conduta ativa e colaborativa do magistrado que deverá dialogar com as partes sobre as obrigações insertas no art. 357 que foram ponderadas no início deste item.

Nesse sentido, um dos mais importantes dispositivos do CPC/2015 que reflete, evidentemente, o princípio da cooperação, diz respeito à audiência de saneamento prevista no § 3º, do artigo 357, do Código de Processo Civil.

Trata-se, neste ponto, da audiência do denominado saneamento compartilhado ou saneamento cooperativo. É nesse momento processual que o juiz deve, em audiência, propiciar e viabilizar, com a cooperação das partes, uma melhor análise das questões fáticas e jurídicas postas, buscar esclarecimentos sobre pontos que se mostraram obscuros ou complexos, tanto para a compreensão dos fatos, como das próprias alegações das partes.

Esse dever do juiz visa estimular o diálogo processual direto entre o magistrado e os procuradores. Tudo para que resulte numa melhor compreensão e análise das questões complexas trazidas nos autos.

O ideal, segundo parte da doutrina, seria que essa audiência pudesse ser designada

¹³³ BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. *in* Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz no Novo CPC – Lei nº 13.105, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.

indistintamente, propiciando aos sujeitos do processo o debate oral e o diálogo sobre a construção do arcabouço probatório que servirá de base ao convencimento do juiz e da prestação da tutela jurisdicional.

Tanto assim é que a professora Paula Costa e Silva, expoente da doutrina portuguesa, quando da análise do princípio da cooperação, em instituto análogo, já ensinava que a audiência preliminar era um dos expoentes imediatos do princípio da cooperação.¹³⁴

Antes mesmo da edição do CPC/2015, a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Junior e João Batista Lopes já acenava a respeito do caráter obrigatório da audiência de saneamento do processo, sobretudo quando existentes questões relativas aos fatos ainda pendentes.

Importante destacar que uma decisão solitária do magistrado, ou seja, sem a participação das partes, sobre as atividades relativas à organização e saneamento do processo, pode ser objeto de questionamentos e impugnações, aumentando consideravelmente, por consequência, o tempo para a prestação jurisdicional devida.

Sobre a audiência e o diálogo entre os sujeitos do processo, lembramos aqui a lição de Humberto Theodoro Junior que reconhece a importância do diálogo e do debate realizados em audiência, para melhor compreensão dos fatos: “Todas as atividades do Juiz em audiência devem ser realizadas em diálogo com as partes. (...) Quando realizada de modo concreto, esse contato pode ser rico de esclarecimentos, que possibilitam a elaboração de adequados e úteis quesitos para a perícia, o bom entendimento das respostas deles, a participação mais efetiva na inquirição das testemunhas.”¹³⁵

O professor Cassio Scarpinella Bueno acrescenta ainda que o diálogo a ser realizado na audiência de saneamento compartilhado tem por fim criar condições “ótimas” para conduzir a instrução e, por fim, a decisão de mérito: “*A iniciativa é louvável quando analisada, também aqui, na perspectiva da cooperação (art. 6º) o que, em última análise, viabilizará uma mais adequada e mais correta percepção das questões fáticas e jurídicas pelo magistrado. A parte final do §3º do art. 357 é bem clara a este respeito, ao viabilizar*

¹³⁴ SILVA, Paula Costa e, Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: SOUZA, Miguel Teixeira de (org). Aspecto no novo processo civil. Lisboa: LEX 1997.

¹³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol I. 53º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 585.

que o magistrado colha das partes os devidos esclarecimentos o alcance de suas alegações em interessantíssima da previsão constante do § 1º, típica de um modelo cooperativo. Como escrevi no n. 3.4.1, supra, a hipótese não é – e não deve ser tratado como se fosse – recurso. O caso é de diálogo entre o magistrado e os procuradores das partes. Diálogo que crie condições ótimas de conduzir a fase instrutória em direção ao proferimento de decisão de mérito”¹³⁶.

Acrescente a isso que o saneamento, dentro de um modelo cooperativo, por vezes, gera maior comprometimento das partes para com o resultado útil do processo. Assim é a ponderação de Luiz Guilherme Marinoni¹³⁷, que explica que a audiência de saneamento compartilhado traz consigo não só o debate e o diálogo, mas a ideia de autorresponsabilidade das partes.

Diante dessas perspectivas doutrinárias, verifica-se que a audiência de saneamento cooperativo, construída com base no diálogo e colaboração dos sujeitos, proporciona melhores condições do magistrado compreender e resolver a demanda e, por outro lado, gera um comprometimento maior das partes com o resultado final do processo.

Segundo Fredie Didier¹³⁸ e Luiz Rodrigues Wambier¹³⁹, tem-se que o processo melhor organizado, com a delimitação também clara do objeto da controvérsia e que foi prévia e amplamente discutida entre os sujeitos do processo, evita a produção de provas inúteis ou desnecessárias, aumenta a possibilidade de autocomposição e diminui as chances de interposição de recurso fundado em equívoco na apreciação pelo juiz ou invalidade por ofensa ao contraditório.

Na esteira desse entendimento, tem-se na realização da audiência de saneamento compartilhado uma providência (um instrumento processual) que tanto otimiza o andamento do processo, quanto propicia uma certa estabilidade da matéria no que diz respeito a eventuais questionamentos e o direcionamento das provas pertinentes a serem produzidas.

¹³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella Bueno, *in* Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do Novo CPC – Lei nº 13.105, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2015. p 302

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *in* Novo código de processo civil comentado/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 382.

¹³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p. 705.

¹³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *In*: A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento compartilhado e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. www.abdpc.org.br. Acesso em 06/08/2017

Assim, pode-se compreender que esses institutos garantem maior efetividade do processo, ao zelar e proporcionar pela celeridade e economia processual (duração razoável do processo) em busca de uma decisão de mérito justa e eficaz (primazia de decisão de mérito).

Seguindo esse raciocínio, tem-se que, na fase de organização e saneamento do processo, o dever de cooperação do magistrado está também indissociavelmente ligado ao princípio da efetividade processual.

Para contextualizar, vale lembrar aqui que a garantia constitucional da efetividade do processo prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo e os meios que garantem a celeridade processual.

O CPC/15 dispõe, dentre as normas fundamentais, sobre a previsão da efetividade do processo nos seguintes termos: “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral de mérito, incluída a atividade satisfativa”.

A própria disposição do art. 6º, consigna literalmente o dever dos sujeitos do processo de observarem o tempo do processo - o tempo razoável do processo - nos seguintes termos: “Os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Resta evidente a preocupação do legislador não só com a participação dos sujeitos de colaborarem para construção de uma decisão de mérito, mas que ela seja proferida dentro de um prazo razoável, zelando pela efetividade do processo.

Com relação ao princípio da efetividade, a doutrina de Barbosa Moreira já ensinava, ainda na vigência do CPC/73, que o resultado do processo deve ser obtido com o mínimo dispêndio de tempo e energia: “ (...) a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplado no ordenamento, quer resultam expressa previsão normativa, quer se possa interferir no sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar as condições propícias à exata e completa

reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure a parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energia”¹⁴⁰.

Em análise bastante didática, Paulo Hoffman, trazendo ideia de “*posta in gioco*”, esclarece que a duração razoável do processo pode ser aferida com base em três critérios: a) complexidade do caso; b) comportamento das partes e c) atuação dos juízes, dos auxiliares da jurisdição. Nesse contexto, o autor explica: “quer nos parecer, contudo, que o mais eficiente critério para a definição do que venha a ser a “razoável duração” seja a realmente adotada pela Corte Europeia dos Direitos do Homem o critério da *posta in gioco*: a) complexidade do caso, comportamento das partes; c) atuação dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição”¹⁴¹.

A ideia de tempo razoável diz respeito ao tempo necessário para a análise do processo, bem como do tempo necessário para a busca de provas e de o Juiz formar seu livre convencimento. O intuito é desenvolver um processo em tempo hábil e necessário para resguardar o resultado útil que é, no final, a decisão de mérito efetiva e adequada.

Sobre a razoável duração do processo, Canotilho explica que não há que se confundir esse conceito com celeridade. Em resumo, sobre a razoável duração do processo, o que a Constituição e o CPC/2015 determinam é a eliminação do tempo inútil (sem atos efetivos ou repleto de dilações indevida). Nesses termos ensina Canotilho: “*A exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado não significa necessariamente “justiça acelerada”. A aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazo de recurso, supressão de instâncias excessivas) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito penal mas extensiva a outros domínios (cf. art. 20/5, aditado pela LC 1/97) – é condição indispensável de uma proteção jurídica*

¹⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual, Revista de Processo. Vol. 77, Ed. RT, 1995, p.168.

¹⁴¹ HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In Princípios processuais civis na constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de, e LOPES, Maria Elisabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.328-329

*adequada (ex: prazos em caso de HC, apreciação de prisão preventiva dentro do prazo de 48 horas, suspensão da eficácia de actos administrativos, procedimentos cautelares”.*¹⁴²

Noutras palavras, em resumo: *“O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo”*¹⁴³.

O segundo comando do princípio da efetividade diz respeito à obrigação dos sujeitos do processo de observarem todos os meios que garantam a celeridade processual e, dentre eles, das atividades de organização do processo e a audiência de saneamento e a forma de serem realizadas dentro de um modelo cooperativo.

Assim, os meios que garantem a celeridade e efetividade processual correspondem a toda técnica processual que possa ser utilizada para a prestação de uma tutela rápida e eficaz, observados o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Em conclusão didática, a doutrina descreve: *“Ao assegurar a todos os meios que garantem a celeridade processual, pretende a Constituição que todos os personagens do processo uma conduta de respeito à forma já existente, dela derivando apenas para otimizar a tramitação processual; e, que possam ser utilizados instrumentos processuais, previstos ou não na lei, aptos a levar, com maior agilidade e maior rapidez e com menor dispêndio de atos processuais, a definição ou satisfação do direito objeto do litígio; sempre sem ofensa ao modelo processual constitucional do processo civil”*¹⁴⁴.

É justamente no contexto da efetividade processual que o aludido princípio da cooperação deve ser interpretado quando analisamos as atividades do magistrado com relação à organização do processo, descritas no art. 357, incisos I a IV, e parágrafo 1º, e principalmente se realizada dentro de uma audiência de saneamento compartilhado (art. 357, 3º, do CPC/2015).

Sobre celeridade e efetividade processual da audiência saneamento, Luiz Rodrigues Wambier, mesmo sob a égide do Código de Processo Civil anterior, ensinava: *“Voltando à audiência preliminar, é muito provável que, bem aplicadas às diversas possibilidades que*

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 499.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme, in Novo código de processo civil comentado/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, São Paulo, Editora Revistas do Tribunais, 2016, p 97.

¹⁴⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de. Medeiros Neto, Elias Marques de. Cozzollino de Oliveira, Patricia Elias. Curso de Direito Processual Civil. 1.ed.. São Paulo: Verbatim, 2015. p.112.

ela oferece (conciliação ou, incorrendo esta, o saneamento compartilhado), estar-se-á diante de grande esforço em favor da efetividade. Isso porque se amplia a possibilidade de redução do volume de processos pendentes a exigir custosa instrução, sentença e eventual fase recursal. Teoricamente ao menos, parece proporcionar a diminuição de agravos, com alegação de cerceamento de defesa, por exemplo, que muito provavelmente seriam interpostos em razão da falta de sintonia entre a posição adotada pelo Magistrado e o interesse das partes, na fixação dos pontos controvertidos e definição do conjunto de provas que se lançará na instrução. Por óbvio, parece que faltaria interesse recursal às partes, nesse preciso momento, se a definição dos rumos do processo tivessem efetivamente participado, junto com o magistrado, e a posição uniforme tivessem chegado, no que diz respeito às questões e aos respectivos meios de prova”¹⁴⁵.

O professor Eduardo Talamini também reconhece que as atividades do magistrado concernentes à organização do processo e saneamento, no modelo cooperativo, são também decorrentes do princípio da celeridade e efetividade processual: *“Assim, o saneamento destina-se a propiciar eficiência à atuação jurisdicional – e conseqüentemente economia processual (duração razoável do processo). Mas também se presta a assegurar previsibilidade (segurança jurídica) e a tornar mais qualificado o debate entre as partes e o juiz (contraditório), ampliando-se as chances de uma solução justa e eficaz”¹⁴⁶.*

O dever de participação do magistrado que se analisou neste item diz respeito especificamente às atividades de organização e saneamento do processo, previstas no art. 357 do CPC/2015 que objetivam, em tempo razoável, uma decisão justa e efetiva, evidenciando-se dois princípios norteadores: o princípio da cooperação e da efetividade.

Até agora foram pontuados todos os benefícios trazidos pela aplicação do princípio da cooperação na atuação do magistrado frente às providências necessárias à organização e saneamento do processo insertas no incisos do art. 357, do CPC/2015, quais sejam a resolução das questões processuais pendentes, a delimitação das questões fáticas e as provas a serem colhidas na fase de instrução e a definição dos ônus da prova.

¹⁴⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento compartilhado e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. www.abdpc.org.br. Acesso em 06/08/2017.

¹⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. Saneamento e organização do processo no CPC/2015. www.migalhas.com.br > migalhas de peso; acesso em 16/06/2017.

Foi ressaltada a importância do comportamento participativo do magistrado, como sujeito de processo, com a observância de todos os deveres inerentes ao princípio da cooperação que se consubstanciam em prestar e exigir esclarecimentos (art. 357, II), auxiliar as partes para que superem eventuais dificuldades (art. 357, III) e, principalmente, propiciar o intenso diálogo entre os sujeitos do processo (art. 357, § 3º).

O comportamento participativo do magistrado, conforme visto até agora, não só contribui para a melhor condução da fase de organização e saneamento do processo, mas também otimiza a fase de instrução e, por fim, resulta uma decisão final de mérito justa, adequada e efetiva.

Assim, a postura cooperativa do magistrado, na fase de organização e saneamento do processo, contribui para dar maior celeridade e efetividade à prestação da tutela jurisdicional.

Nesse contexto, a inovação da designação da audiência de saneamento compartilhado, prevista na disposição do art. 357, § 3º, gera benefícios ao processo, pois permite o diálogo intenso, com a maior proximidade entre magistrado, partes, e procuradores, sobre as questões relevantes de provas que serão produzidas e ainda sobre o direito que será objeto de análise na decisão final.

Vale esclarecer que tal audiência não se presta à instrução e julgamento, mas especificamente para que sejam esclarecidos eventuais pontos relativos à organização e saneamento do processo. É a audiência que servirá para planejar os próximos passos do processo e delimitar as questões de fato e de direito que são realmente relevantes para a solução da lide.

Sobre a aludida audiência de saneamento compartilhado, Elias Marques de Medeiros Neto exemplifica a necessidade da audiência de saneamento compartilhado em matéria de meio ambiente e infraestrutura: “*Os conflitos envolvendo questões de meio ambiente, não raro, apresentam natureza complexa, seja na matéria de fato, seja na matéria de direito*”¹⁴⁷. O autor explica que a audiência de saneamento compartilhada está vinculada aos casos complexos, ao princípio de cooperação e a efetividade do processo, nos seguintes termos: “*O saneamento compartilhado consiste na possibilidade de o*

¹⁴⁷ MEDEITOS NETO, Elias Marques de. A Audiência de saneamento compartilhado – Art. 357, § 3º., do Novo código de processo civil. *In* Infraestrutura no meio ambiente/coordenação de Edis Milaré (et. Al) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016., p. 73-83.

*magistrado, em casos complexos designar audiência para que o saneamento do feito ocorra em plena cooperação entre as partes, podendo o magistrado determinar que as partes, esclareçam ou complementem suas alegações. (...). Um saneamento processual realizado em cooperação entre os sujeitos tende a ser extremamente útil para os casos de infraestrutura e meio ambiente, facilitando-se a obtenção de maior efetividade nestes feitos. Saliente-se que o modelo de cooperação é uma forma de ampliar o contraditório, aí se incluindo o magistrado, sempre na busca de promoção da efetividade processual, a qual apenas pode ser obtida com o pleno respeito ao devido processo legal”.*¹⁴⁸

Para elucidar ainda mais, traz-se um exemplo de uma decisão que foi proferida antes mesmo da vigência do CPC/2015, que retrata de forma singular todos os fundamentos que ensejam a designação da audiência de saneamento compartilhado. Vale conferir os estritos termos que proferida eis que realçam com objetividade o foco e a necessidade dessa audiência: “2. *Em vista da complexidade da matéria em debate por força do objeto do conflito (sistema de extração de sacarose por difusor composto por 14 equipamentos e pesando, aproximadamente, 2000 toneladas). do valor da ação (R\$ 28.285.648,00) e do valor da reconvenção (R\$ 4.792.780,58) - que pelo valor da demanda recomendariam, inclusive, a solução de conflito pela via arbitral (Lei nº 9.307/1996) – adotarei, no caso presente a técnica de saneamento compartilhado, que no Brasil pode ser sacada do art. 331, § 2º, do CPC, bem como do princípio da cooperação processual. De acordo com a doutrina sobre o tema, o saneamento compartilhado representa a ideia de que o saneamento do processo não pode ser proferido pelo juiz isoladamente, sem a participação das partes, mas, sim, sempre em conjunto com elas e da forma mais negociada possível. Propugna-se “efetivamente, pelo desaparecimento das decisões de gabinete, isolada, sem a participação das partes. , vez que, o juiz, na medida do possível, deverá postergar todas as decisões para a audiência de saneamento, num moderno prosseguimento de ampla colaboração, participação e ética? (Paulo Hoffman. Saneamento compartilhado. São Paulo. Quartier Latin, 2011. P 94). 3. Por esse motivo, designo audiência preliminar (art. 331 CPC) para o próximo dia 10 de maio de 2013, às 13horas, intimando as partes (representantes*

¹⁴⁸ MEDEITOS NETO, Elias Marques de. A Audiência de saneamento compartilhado – Art. 357, § 3º., do Novo código de processo civil. In *Infraestrutura no meio ambiente/coordenação de Edis Milaré (et. Al)* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016., p. 73-83.

legais), na pessoa de seu advogados (que também ficam intimados para o ato) para comparecimento no salão do Júri dessa Comarca (em ato que será aberto ao público garantindo-se, assim, a adequada publicidade processual) Destaco que sendo infrutífera a tentativa conciliação e instituição do juízo arbitral (compromisso arbitral), as partes serão chamadas a esclarecer ao Juízo sobre dados, ainda nebulosos, atinentes as questões controvertidas, bem como debater a possibilidade e pertinência das postulação probatória documental, oral e pericial de f., custos, prazos, ônus da prova etc. Portanto, espera-se que os procuradores e partes devidamente preparadas e dispostas a executarem a tarefa proposta. 4. Desde já autorizo a requerida/reconvinte, na forma do requerimento de f., a demonstrar, por ocasião da audiência supra designada, o funcionamento do sistema de extração de sacarose por difusor (objeto central das demandas oposta e contraposta) através de recursos audiovisuais e de multimídia (o que facilitará inclusive, a compreensão dos fatos e o próprio saneamento do feito). Fica reservado para o ato aproximadamente 60 minutos (que poderão ser ampliados, a juízo do requerido/reconvinte, mediante fundamentado requerimento prévio), devendo o material exibível ser juntado aos autos ao menos 10 (dez) dias antes da audiência (em duas vias de mídia), a fim de propiciar o adequado contraditório (que será garantido à autora/reconvinda inclusive, na própria audiência preliminar se entender necessário), bem como análise dos dados apresentadas pelas eventuais instâncias superiores. O requerido/reconvinte deverá contatar a administração dessa unidade judicial (servidora Ruth – 16 31451333) para os competentes accertamentos técnicos, desde já destacando que o salão do Júri da unidade é equipado com Datashow e computador para a projeção. Estabeleço que se houver intervenção oral durante a apresentação, competirá ao requerido/ reconvinte efetuar a gravação audiovisual completa do ato – inclusive das eventuais intervenções que serão franqueadas aos representantes/advogados da autoria/reconvinda – a fim de que, também, seja ela juntada aos autos. 5. Pese o que consta no art. 407 do CPC, determino que as partes apresentem em 10 (dez) dias antes da audiência preliminar supra designada, rol completo de testemunhas que pretendem ouvir e o nome dos representantes para fins de depoimento pessoal, isso para que possamos todos juntos deliberar sobre a pertinência da colheita da prova oral, eventuais suspeições/impedimentos etc. 6. Também determino que as partes - e para os mesmos

fins supra – apresentem, nos 10 (dez) dias que antecedem a audiência designada, os quesitos para eventual realização de nova perícia (com o equipamento eventualmente funcionando) a ser objeto de decisão no ato. 7. Ficam sugeridos os seguintes pontos controvertidos (da ação e reconvenção) que serão modificados/complementados, por sugestão das partes em audiência. 7.1. Algum equipamento contratado pela autoria/reconvinda não foi entregue ou instalado pelo requerido/ reconvinte até 31/04/2010 (9 meses após o prazo avençado – 31.06.2009)? Quais? Ou a entrega foi feita 72 dias antes do prazo contratual final? Algum equipamento contratado pela autora/reconvinda e instalado pelo requerido/reconvinte foi entregue em prazo incompatível com o prometido? Qual? Por quê? 7.3 A autora/reconvinda contratou outras empresas ou adquiriu produtos para compensar eventual falta de desempenho ou mau funcionamento do equipamento adquirido? Quais empresas/equipamentos? A que custo? 7.4 Qual a quantidade de cana-de-açúcar deixou de ser processada pela autora/reconvinda por conta do suposto defeito no equipamento adquirido? Qual a quantidade de derivados (etanol e energia elétrica) que deixou de ser comercializada em virtude do evento? Qual a quantidade de cana efetivamente moída pela autora/reconvinda na safra 2010, sem o uso do equipamento fornecido pela requerida/reconvinte, frente ao total de cana a ser moída estimada para a safra? (Processo nº 0000241-40.2012.8.26.0426(426.01.2012.000241-2/000000-000), nº de ordem 000088/2012, 1ª Vara de Patrocínio Paulista)¹⁴⁹.

O exemplo transcrito demonstra, com detalhes, o planejamento feito pelo magistrado para realização da audiência de saneamento compartilhado, bem como da exigência de que se realize, na perspectiva do princípio da cooperação, com abertura ao diálogo e ao contraditório tão característicos desse modelo.

Enfim, verificada a existência de questões complexas - de fato e de direito – segue-se a conclusão que existe justificativa para designação de audiência de saneamento compartilhado.

¹⁴⁹ MEDEITOS NETO, Elias Marques de. A Audiência de saneamento compartilhado – Art. 357, § 3º., do Novo código de processo civil. *In* Infraestrutura no meio ambiente/coordenação de Edis Milaré (et. Al) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016., p. 73-83.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Para melhor compreensão dos deveres do juiz, no modelo cooperativo do processo, o presente artigo partiu da análise histórica dos modelos processuais adotados no Brasil.

O primeiro modelo estudado, modelo processual adversarial, tinha por incentivo e foco o comportamento ativo das partes em contrapartida à postura passiva do magistrado na condução do processo. Esse modelo nasceu sob a influência de um Estado Liberal, não intervencionista, que primava pela liberdade e autonomia das partes. Ao juiz competia apenas analisar questões formais.

No segundo modelo, modelo processual inquisitivo, o Juiz assume o protagonismo no processo. Esse modelo, surge num outro cenário político e social, qual seja do Estado Social, onde lhe é exigido uma postura mais participativa, mais ativa.

Críticas são feitas aos dois modelos, o primeiro porque baseado na igualdade formal e não se mostra suficiente para garantir a justiça da decisão. O segundo modelo (inquisitivo), baseado na predominância do poder e dos atos do juiz, se mostra autoritário e pode revelar a parcialidade do magistrado.

É justamente nesse cenário que se encaixa o terceiro modelo - o modelo cooperativo do processo - no qual não há supremacia dos sujeitos, mas a subserviência dos sujeitos ao processo em busca verdade material, da efetividade e, por fim, da Justiça.

Nesse modelo o magistrado tem o dever de participar e cooperar, contribuindo para o diálogo com as partes e também entre elas, tudo para que, ao final, seja resolvido o litígio e proferida decisão de mérito.

A partir dessa concepção, a doutrina também optou por classificar as eventuais providências a serem adotadas pelo magistrado que se dividem em quatro tipos de deveres. São eles: dever de esclarecimento, de consulta (ou de diálogo), de prevenção e de auxílio.

Com base nisso, prosseguindo na pesquisa, foi feita análise doutrinária a respeito do dever de cooperação do juiz na fase de organização e saneamento do processo (art. 357, CPC/2015) mais especificamente no que diz respeito à audiência de saneamento compartilhado, prevista no § 3º, do art. 357.

Dessa análise, foi possível constatar a importância do comportamento

participativo do magistrado, como sujeito de processo, com a observância de todos os deveres inerentes ao princípio da cooperação que - no caso específico da audiência de saneamento compartilhado - se consubstanciam em prestar e exigir esclarecimentos (art. 357, II), auxiliar as partes para que superem eventuais dificuldades (art. 357, III) e, principalmente, propiciar o intenso diálogo entre os sujeitos do processo (art. 357, § 3º).

A audiência de saneamento compartilhado construída com base no diálogo intenso dos sujeitos processo, dentro de um modelo cooperativo de processo, trata não só da regularidade processual, como também deve ter por objetivo a elaboração - em conjunto com as partes - de um “planejamento” dos próximos passos, ou seja, da próxima fase. Nessa audiência deverão ser consideradas todas as questões de fato e de direito e os meios de prova necessários à devida instrução e, por fim, da formação da convicção do juiz.

A designação da audiência de saneamento compartilhado otimiza o *iter* processual, conferindo-lhe a celeridade necessária e contribuindo para a maior efetividade do processo.

Por fim, a designação de saneamento compartilhado realizada com base no princípio da cooperação se mostra um meio hábil a conferir maior efetividade ao processo, ou seja, de propiciar e legitimar uma decisão de mérito justa e efetiva dentro de um tempo razoável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*, Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT,

2001.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: RT, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>. Acesso 08 set 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz no Novo CPC – Lei nº 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CALAMANDREI, Piero. Gli orientamenti originali del nuovo código. In: . Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1970, v. 4.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Leituras complementares de processo civil. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Tradução: Tomás A. Banzhaf. La Plata: Platense, 2002, v. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil no direito comparado. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: RT, 2004.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio contraditório e a cooperação no processo. <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/> acessado em 16/06/2016.
- DAMAŠKA, Mirjan. The faces of justice and state authority. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986.

- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. Revista de processo, São Paulo, n. 127, set./2005.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2.
- DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: RT, 1987.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- FISS, Owen. As formas de justiça In: Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.
- FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.
- FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. Julgar, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de processo, São Paulo, ano 34, n. 172, jun./2009.
- HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: Princípios processuais civis na constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de, e LOPES, Maria Elisabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

- HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. Revista de processo, São Paulo, n. 155, jan./ 2008.
- JOLOWICZ, J.A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 372, mar./abr. 2004.
- JOLOWICZ, J. A. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. Revista de processo, São Paulo, ano 31, n. 135, maio/2006.
- JOLOWICZ, J. A. On civil procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol I. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero- 2 ed ver. atual. e ampl- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. Revista Baiana de Direito, Salvador, ano 01, nº 01, jan./jun. 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: RT, 2009.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A Audiência de saneamento compartilhado – Art. 357, § 3º., do Novo código de processo civil. In Infraestrutura no meio ambiente/coordenação de Edis Milaré (et. Al) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDONÇA, Luís Correia de. Vírus autoritário e processo civil. Julgar, Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007.
- MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. In: AROCA, Juan Montero (coord.). Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. Revista brasileira de direito comparado, Rio de Janeiro. 1º semestre de 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. Revista brasileira de direito comparado, Rio de Janeiro, n. 27, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual, Revista de Processo. Vol. 77, Ed. RT, 1995.
- NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.
- OLIVEIRA, Flavio Luis. Princípio do acesso à justiça. In: Princípios processuais civis na Constituição. Coordenação Oliveira Neto, Olavo de, Maria Elisabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de processo, São Paulo, n. 137, jul./2006.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. Medeiros Neto, Elias Marques de. Cozzollino de Oliveira, Patricia Elias. Curso de Direito Processual Civil. 1.ed.. São Paulo: Verbatim, 2015.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2001.
- PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. Academia Brasileira de direito Processual Civil. www.abdpc.org.br. Acessado em 09/08/2017.
- PEREIRA, Rafael Caselli. A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz. Gênesis - revista de direito

- processual. Curitiba, n. 40, jul./dez. 2006.
- PEYRANO, Jorge, apud RUSCH, Érica. Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais. Revista de processo, ano 34, nº 168, fev. 2009.
- PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado. Revista uruguaya de derecho procesal, Montevideo, n. 03, 2007.
- PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 62, nov./1994.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria geral do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, Paula Costa. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: SOUZA, Miguel Teixeira de (org). Aspecto no novo processo civil. Lisboa: LEX 1997.
- SOUZA, André Pagani. Vedação das decisões surpresa no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. Revista de processo, São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar. 1980.
- TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz. www.migalhas.com.br. migalhas de peso; acesso em 16/06/2016
- TALAMINI, Eduardo. Saneamento e organização do processo no CPC/2015. www.migalhas.com.br > migalhas de peso; acesso em 16/06/2017.
- TARUFFO, Michele. Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana. Cedam: Padova, 1979.
- TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. Revista de Processo, São Paulo, n. 110, abr./jun.2003.
- TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. Revista de processo, São Paulo, ano 31, mar./ 2006.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol I. 53º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VAZ, Alexandre Mário Pessoa. Direito processual civil: do antigo ao novo Código. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: *A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento compartilhado e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes*. www.abdpc.org.br. Acesso em 06/08/2017.
- ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional - o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.