

Coleção
Eduardo Espínola

Rafael Stefanini Auilo

**O MODELO
COOPERATIVO DE
PROCESSO CIVIL
NO NOVO CPC**

CONFORME
NOVO
CPC

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A INSTRUMENTALIDADE COMO FUNDAMENTO DE UM PROCESSO CIVIL COOPERATIVO

Em geral, a doutrina costuma dividir a história do processo civil em três fases metodológicas fundamentais, salvo algumas exceções advindas de escolas como a gaúcha ou a mineira.¹ Neste livro, adotar-se-á o entendimento da *Escola Processual de São Paulo* quanto à divisão histórica de fases de metodologia do processo civil, passando-se à sua exposição a seguir.

Até meados do século XIX, o processo era considerado como um simples meio de exercício dos direitos, isto é, como se fosse um direito adjetivo. Sua existência estava intimamente ligada ao próprio direito subjetivo material e não era possível separar um do outro. À época, não se cogitava em uma ciência jurídica processual, como ramo autônomo do direito. A esse período deram-se inúmeros nomes tais como *sincretista*², *praxista*³, *immanentista*⁴ ou *procedimentalista*.

O processo nessa sua primeira fase metodológica era visto como mero conjunto de regras procedimentais. A ação era identificada como o próprio direito subjetivo material (confusão entre os planos processual e material) e o processo era tido como uma simples sucessão de atos, conduzidos por um juiz um tanto quanto passivo e alheio à vida que se desenvolvia dentro dos autos.⁵

1. JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, pp. 77–114.
2. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 48.
3. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Evolución de la doctrina procesal” in *Estudios de teoría general y historia del proceso (1945–1972)*, vol. 2, Cidade do México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 308.
4. A concepção do processo era algo inerente ao direito subjetivo material, em razão do pensamento privatístico da ação (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. 1, 16ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 8–9).
5. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 18.

Contudo, na segunda metade do século XIX, mais especificamente em 1868, a doutrina alemã iniciou uma profunda revolução nos moldes a que estava adstrito o processo civil, passando a estudar a natureza jurídica da ação e também do próprio processo. O grande marco da época foi a obra de OSKAR VON BÜLLOW, a qual conseguiu sistematizar⁶ (i) os pressupostos processuais, dando autonomia ao direito processual em relação ao direito material que se visava tutelar e, principalmente, (ii) a existência de uma relação jurídica processual (juiz, autor e réu) totalmente diversa daquela relação jurídica material.⁷

O processo deixou de ser enxergado como uma ferramenta dirigida contra a parte contrária, mas sim ao Estado-juiz.

Foi a partir desse momento que se percebeu que o direito processual civil não era um modo de exercício dos direitos, mas um conjunto de normas destinado a regulamentar os fenômenos que ocorriam na vida dentro do processo.

Nessa evolução histórica, propagou-se a ideia central de que o processo seria um fenômeno técnico e independente de fatores socioculturais.⁸ É nesse sentido que se pode dizer que o processo assume um verdadeiro caráter de ciência, forte no paradigma científico da modernidade fixado à época.⁹

Essas concepções colocaram fim ao período sincretista e deram início ao período denominado como *autonomista* (ou *conceitualista*), o qual se destinou, praticamente, à conceituação dos institutos processuais, sem maiores preocupações quanto aos resultados que poderiam ser extraídos em favor do jurisdicionado ou da sociedade.

A segunda fase metodológica careceu de uma postura mais crítica e voltada à preocupação de realização da justiça e dos resultados

6. Como exposto por DINAMARCO, VON BÜLLOW não criou a concepção da relação jurídica processual e a visão tríplice dela (autor, juiz e réu). Ele apenas racionalizou-a e desenvolveu-a, propondo novos desdobramentos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 19).
7. VON BÜLLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, trad. port. Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2005; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I., 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 260–261. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 48.
8. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed., col. Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 14, São Paulo, RT, 2011, p. 26.
9. VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, trad. port. de Cláudia Berliner, *A formação do pensamento jurídico moderno*, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 586.

práticos nas vidas das pessoas. Por outro lado, sobraram elaborações técnicas e extremamente conceituais.¹⁰

Apesar de parecer um tanto quanto rigorosa e até áspera tal colocação, em realidade, o processo civil em sua fase autonomista atingiu um ponto de maturidade, caracterizado pela formação de ideias comuns entre os mais diversos sistemas processuais, em especial pela formação de sua autonomia e de seus institutos em relação ao direito material, a maior participação do Estado-juiz no jogo e todas as garantias que constituem o devido processo legal (pedra de toque do sistema).

Encerrada a segunda fase metodológica, DINAMARCO, muito inspirado nas obras de CAPPELLETTI e DENTI, lança as bases de uma nova fase metodológica. Dessa vez, preocupa-se com a conscientização de que o processo além de ser um instrumento técnico, é também uma ferramenta estatal de solução de controvérsias diretamente relacionada com os resultados por ele produzidos.¹¹

O processo deixa de ser visto apenas pelo seu ângulo interno, assumindo uma posição de instrumento destinado a alcançar escopos sociais, políticos e jurídicos. Em termos sociais, o processo é ferramenta de persecução da paz social com justiça e educação para a sociedade; no plano político, é referência do poder estatal, enquanto afirmação de sua autoridade e local de participação dos atores sociais e de asseveração liberdade dos cidadãos; por fim, no âmbito jurídico, o processo é instrumento de concretização da vontade do direito, isto é, de efetividade.

Em destaque, no terceiro momento metodológico do processo civil começa-se a enxergá-lo a partir da problemática sociocultural que o atinge, passando-se a se preocupar menos com os conceitos científicos (sem esquecer da necessidade de sua existência). A conceituação técnica já é suficiente para “construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados

10. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 48–49.

11. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I., 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 261–262; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 20–22.

práticos desejados.” A nova fase metodológica do processo tem a preocupação de sintonizá-lo com valores éticos e a ideias de *dever-ser* de justiça, liberdade, bem comum etc.. É o processo deontológico.¹²

É a partir dessa visão do processo que o presente trabalho se desenvolve. Isto é, o estudar-se-á o modelo de colaboração intersubjetiva do processo civil como uma ferramenta de concretização dos escopos do processo imaginados nessa fase metodológica, principalmente quanto ao escopo social de pacificação social com justiça, mas sem se esquecer de que o processo é também ferramenta de educação da sociedade, de participação ativa e democrática e que visa à aplicação da lei ao caso concreto.

Em outros termos, a base colocada aqui buscará responder a uma questão muito pertinente à atualidade da ciência processual: o atual modelo de estrutura do processo é suficiente para garantir o alcance dos escopos do processo?

1. OS ESCOPOS SOCIAIS DO PROCESSO CIVIL E A BUSCA POR UMA SOLUÇÃO JUSTA

O Estado, caracterizado por meio da associação de um povo dotada de personalidade jurídica, deve organizar convenientemente a vida em sociedade, primando pela realização pessoal de cada indivíduo nele presente, conservando e desenvolvendo bens e valores. A jurisdição é um instrumento para que o Estado possa cumprir essa sua função.¹³

A partir do exercício da jurisdição, o Estado busca produzir na sociedade uma sensação geral de *paz social*. Legislação e função jurisdicional caminham nesse mesmo sentido.

Contudo, a vida em sociedade gera inúmeras insatisfações, seja em razão das condutas de sujeitos contrária aos interesses de outros ou da lei, seja porque estes interesses são infinitos, enquanto os bens da vida sobre os quais eles incidem são finitos.¹⁴ É a partir desse

12. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 23.

13. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 188.

14. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 189.

sentimento geral de insatisfação que se justifica a atuação da função jurisdicional do Estado, sendo a eliminação dela a ferramenta que lhe garante sustentação.

O Estado, assim, utiliza-se de seu poder para tentar evitar condutas danosas à vida em sociedade, estimulando condutas agregadoras e distribuindo os bens da vida entre as pessoas que o compõem. Essas são as premissas que norteiam o Estado do bem-estar social (*welfare State*).¹⁵

Não se busca, contudo, a satisfação de todos, pois isto seria algo inatingível e beiraria até a fantasia. O que se procura com a pacificação social é garantir um estado de satisfação da sociedade como um todo, a partir da confiança que esta tem de terem os seus conflitos solucionados por meios idôneos, imunizando-se as decisões judiciais de posteriores ataques derivados da irresignação do jurisdicionado.

Colocando-se todos esses instrumentos ao acesso do cidadão, mais facilmente a parte derrotada na demanda aceitará a decisão judicial, apesar de descontente com sua situação.

Nessa linha, DINAMARCO ensina que as partes, que participaram exaustivamente do processo, indo até aos mais elevados escalões de julgamento, não restando esperança alguma por outra solução melhor ainda que inconscientemente, também querem a proteção do Estado, não convindo a sistemática desobediência.¹⁶

É a partir desse ponto que a ideia de colaboração dos sujeitos do processo acaba valendo como verdadeira ferramenta para atingir tal importante escopo da jurisdição.

Isso ocorre, pois a partir da participação dos sujeitos do processo na preparação da decisão e na influência em seu teor, existe uma predisposição a aceitar as decisões, ainda que desfavoráveis.¹⁷ Além disso, a participação deles, por meio da colaboração, garante um sentimento de idoneidade do sistema e faz, quando chegado o final do conflito, diminuir angústias decorrentes da sua existência.

15. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I., 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 131.

16. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 190.

17. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 190.

É por meio também da colaboração que a pacificação social pode ocorrer mediante critérios mais justos, escopo social máximo que se pode esperar do processo. Destaca-se, pois, a colaboração como modelo estrutural e técnica processual para se atingir tal importante escopo da jurisdição.¹⁸

Uma solução justa necessariamente advém da correta aplicação da lei – e não de uma justiça individual do magistrado. Deve o juiz individualizar e interpretar a norma abstrata aplicando-a ao caso concreto. Contudo, para que assim proceda, deve antes reconstruir verdadeiramente e racionalmente o próprio caso concreto, isto é, as afirmações de fato trazidas pelas partes.

Não se pode experimentar um senso de justiça apenas quanto às questões de direito, até porque para se individualizar e interpretar a norma geral deve-se conhecer adequadamente as questões de fato que circundam a demanda.¹⁹

A justiça, portanto, se mede tanto pelo acerto quanto ao direito aplicado, como pela adequada reconstrução fática.

Para se alcançar a almejada solução justa, faz-se necessário lançar mão de muitas ferramentas, sendo a busca da verdade dentro do processo e a atuação respeitosa dos atores processuais as mais importantes e de maior certeza de êxito. Afinal, quanto mais fundamentada uma decisão nas provas idoneamente produzidas, tendo os sujeitos respeitados a ordem processual e tendo o juiz atuado de forma a buscar a solução em preferência a qualquer outra que pudesse ser mais simples de se obter, maior será a probabilidade de certeza das alegações dos fatos e, portanto, mais apta estará ela para pacificar o conflito de modo justo.

18. A efetividade da tutela jurisdicional está intimamente ligada à postura dos sujeitos processuais, visto que “entre os poderes das partes e do órgão judicial há sempre uma interferência recíproca e dialética, na medida em que a potencialização daqueles interfere, em maior ou menor medida, na força destes e vice-versa” (in ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 134).

19. CHIARLONI, Sergio. *Processo civile e verità* in *Questione Giustizia*, n. 1, Milano, Franco Angeli Edizioni, 1987. p. 504. Nesse mesmo sentido, destaca-se o ensinamento de GIULIA BERTOLINO, para a qual a *decisão justa* é resultado da adequada aplicação da norma geral a um fato quando este é realmente verificado, isto é, se a premissa fática da qual se partiu era verdadeira (*Giusto processo civile e giusta decisione* (IUS/15) – *Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*, tese de doutoramento, Università di Bologna, XIX Ciclo, Bologna, 2007, p. 79).

O objetivo de um processo justo (ou do devido processo legal) é o próprio accertamento dos fatos tendencialmente correspondentes à realidade.²⁰

Isso não quer dizer que erros não possam ser cometidos ou que o próprio sistema não seja alvo de imperfeições. Mas um dos meios para buscar uma solução justa passa especificamente pela vontade de se alcançar a verdade.

Colocada tal situação como importante premissa para a consecução do escopo social do processo, é imperiosa a delimitação do que significa essa *verdade*. Afinal, o processo pode não ser o local mais adequado para se estabelecer uma certeza absoluta em torno dos fatos trazidos com as alegações e provas das partes.

O conhecimento dos fatos basicamente dá-se através da atuação dos sujeitos parciais da relação jurídica processual. E como são sujeitos parciais, as provas não serão produzidas de acordo com o objetivo de buscar a retratação da situação fática, mas sim com o de convencer o órgão jurisdicional da veracidade de suas alegações.

Deve-se considerar que no processo não se busca nunca uma verdade absoluta, isto é, um dogma, uma situação inafastável.

Nem mesmo, como explicado por TARUFFO, nas ciências naturais encontra-se a verdade absoluta, mas tão somente quando se fala em dogmas religiosos. Isso, contudo, não significa dizer que no processo não exista a verdade. Significa apenas que ela não é absoluta e que é baseada no material probatório disponibilizado no processo²¹.

Dentro do processo, a verdade possível de ser encontrada é aquela considerada em seus próprios “*limites processuais*”, isto é, relativa e adequada ao conjunto probatório trazido aos autos do processo.

-
20. NARDIN, Maura; PIVETTI, Marco. *Processo civile: primi passi verso l'uscita dal tunnel*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2007, Milano, Franco Angeli Edizioni, p. 522. Em sentido semelhante, demonstrando não concordar que existam dois tipos de verdade (material e formal) e que no processo civil busca-se, assim como no processo penal, a adequada reconstrução fática que circunda a demanda: SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 131–132.
21. TARUFFO, Michele. *Verità e probalità nella prova dei fatti*, in *Revista de Processo*, v. 154, dez/07, São Paulo, RT, pp. 207 e ss.

Quanto à verdade que se encontra no processo (estabelecida em razão do contexto probatório apresentado), TARUFFO entende que ela nada mais é do que um sinônimo de probabilidade lógica. Ou seja, a verdade é aquela que estabelece um grau de confirmação lógica de um enunciado com base nas informações que se refere àquele enunciado. A probabilidade no processo corresponde ao grau de confirmação que as provas apresentadas no processo atribuem aos enunciados relativos aos fatos da causa.²²

Verdade, pois, seria aquele fato que, com base nas provas produzidas, garante um grau adequado de confirmação lógica.²³

Ressalta-se, assim, que uma decisão baseada em premissas relativas não pode nem deve ser considerada uma decisão injusta. Ao contrário. Se tal verdade relativa foi buscada com base nos parâmetros constitucionais do *due process of law*, isto é, foram empreendidos todos os esforços possíveis para seu alcance, a decisão é justa, pois essa é a única verdade na qual poderia estar calcada.

Tendo a atividade jurisdicional o objetivo de manter a integridade do ordenamento jurídico, com sua consequente pacificação, é a partir de uma atuação cooperativa dos sujeitos do processo destinada à busca da verdade que se poderá fazer com que a jurisdição cumpra de modo bem satisfatório sua função social. Afinal, a decisão será tão mais justa “quanto maior correspondência entre a reconstrução da matéria fática realizada no processo e a realidade verificada no plano substancial”²⁴

Ocorre que, para que a busca da verdade se concretize, é necessário que o processo desenvolva-se e esteja organizado de modo a permitir isso. E é somente por meio de uma estrutura específica que tal desenvolvimento pode ocorrer da forma mais precisa possível: uma comunidade de trabalho em que todos os sujeitos do processo participam ativamente desde sua concepção (petição inicial) até o seu fim (sentença de mérito).

22. TARUFFO, Michele. *Verità e probalità nella prova dei fatti*, in Revista de Processo, v. 154, dez/07, São Paulo, RT, pp. 207 e ss.

23. LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução do processo civil: conceito e princípios gerais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 175.

24. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2011, pp. 16–18.

Ou seja, é imprescindível que o processo se desenvolva não somente a partir de um contraditório efetivo, apto a permitir a influência das partes na decisão jurisdicional, mas também a partir do diálogo, franco e aberto, entre os sujeitos do processo, sempre com a intenção de permitir que sejam alcançados os escopos da jurisdição.

2. ESCOPOS POLÍTICOS E PARTICIPAÇÃO DO SUJEITO DO PROCESSO

O processo (e a Justiça como um todo) faz parte da vida política do próprio Estado e, por conseguinte, da vida das pessoas que o compõe. Nesse sentido, diz-se que o processo é instrumento apto também a demonstrar a capacidade de o Estado dizer o direito imperativamente, de garantir a liberdade de cada um (ampliando-a ou limitando-a), bem como de assegurar a participação dos cidadãos na sua própria vida.²⁵

Pode-se dizer que um dos escopos políticos do processo civil é a garantia de uma democracia “qualificada pela suprema voz e presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa”²⁶.

Mais precisamente, quanto ao aspecto da participação democrática dos cidadãos na vida do Estado, podem-se destacar exemplos como o da ação popular e da ação civil pública. Contudo, o processo não é apenas palco da participação democrática dos sujeitos nesse sentido, qual seja o de efetivamente e diretamente afetar a vida política.

Genericamente, participar democraticamente de uma determinada situação significa dizer a possibilidade de influenciar na tomada de uma decisão. Especificamente no processo, participar democraticamente é possibilitar que a voz da parte (ou daquele que participa do processo de algum modo) seja levada em consideração antes de se proceder com determinada imposição por parte do juiz.

O modelo cooperativo de processo civil visa a justamente garantir que esse escopo político do processo (democracia) seja implementado dentro do próprio processo. Em outros termos, a colaboração entre

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 198 e ss.

26. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional na democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 345.

os sujeitos do processo busca fazer valer o papel da democracia nos próprios atos processuais, permitindo que as partes possam livremente e positivamente participar da formação da decisão do litígio (e por outro lado, que o Estado-juiz esteja preparado para escutá-las). Esse, aliás, é significado mais adequado e moderno do próprio princípio do contraditório.²⁷

É dizer: o escopo político de democracia está intrinsecamente ligado à feição do contraditório em um modelo cooperativo.

A participação das partes, todavia, não exclui a participação do juiz como um sujeito do processo. O órgão julgante deve, ao mesmo tempo que as partes, participar da construção da decisão-ótima, todos em colaboração – partes com juiz e juiz com partes. Essa é a concepção formulada por GRASSO. Segundo o doutrinador italiano, não se pode imaginar um processo sem a participação de todos os sujeitos (imparciais ou parciais). Diferentemente de como se sucede ao processo legislativo ou ao próprio ambiente do Executivo, no processo deve haver uma colaboração entre o privado e o público, entre as partes e o juiz.²⁸

O que vale sobrelevar é que contraditório e democracia estão intimamente ligados. Aquele significa a real possibilidade de participação dos sujeitos do processo na formação da decisão judicial (aspecto prático da democracia). Essa garantia constitucional de primeira grandeza é um verdadeiro instrumento de legitimação do exercício da justiça, assim como a democracia o é do exercício dos poderes executivo e legislativo (principalmente exercida pelo voto).²⁹

O processo civil deve, portanto, se desenvolver de modo a garantir a ampla participação de todos os sujeitos do processo na construção daquela decisão que virá a substituir a vontade das partes e fazer valer o objetivo do Estado de dizer o direito de modo último e definitivo.

27. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão* in Revista do Processo, ano 34, n. 168, São Paulo, RT, fev/2009, pp. 73 e ss; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório* in BEDAQUE, José Roberto dos Santos e CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo, RT, 2002, pp.20–21.

28. GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile* in Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, out.-dez./1966, p. 585. Essa visão de EDUARDO GRASSO sobre o desenvolvimento e divisão do trabalho no processo civil tem origem no brocardo conhecidíssimo di Bulgaro: *Iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*.

29. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo, RT, 2001, p. 135.