A COOPERAÇÃO PROCESSUAL E O PARADIGMA PROCEDIMENTAL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira[1]

Felipe Maciel Pinheiro Barros[2]

RESUMO

Este estudo discute o paralelo entre cooperação processual e argumentação jurídica, com foco no âmbito do Código de Processo Civil. Emprega o método dedutivo, mediante análise legal e estudo bibliográfico, para realizar uma pesquisa qualitativa. Compreende que a cooperação processual é uma terceira via para além da dicotomia entre garantismo e instrumentalidade. Entende que a cooperação é estruturada enquanto deveres cooperativos entre magistrado e partes. Visualiza que o contraditório substancial e a carga dinâmica do ônus da prova estão baseados em uma ação comunicativa endoprocessual. Conclui que a fundamentação da decisão é o mecanismo de controle para a cooperação processual.

Palavras-chave: Cooperação processual. Deveres processuais. Contraditório substancial. Ônus da prova. Fundamentação da decisão judicial.

[1] Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, professor da Universidade Potiguar e advogado.

[2] Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, advogado, vice-diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB/RN e membro da Associação Brasileira de Direito Processual e da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo.

1 INTRODUÇÃO

Com a mudança da legislação processual, novos desafios são colocados para o jurista na seara da argumentação jurídica. Se, por um lado, o Código de Processo Civil enaltece o papel desempenhado pelos precedentes judiciais e pela uniformização da jurisprudência, por outro, lança para os atores processuais a necessidade de se adequar a um eixo cooperativo, do qual serão desdobrados os argumentos que vão subsidiar a decisão de mérito. É neste conspecto que o presente estudo logrará esforços na discussão acerca do modelo procedimental definido pela legislação, com observância da cooperação necessária entre todos os envolvidos na atividade judicante e da necessária argumentação jurídica que embasará os discursos apresentados no bojo processual.

O presente artigo terá como objetivo assentar a localização da cooperação processual dentro da doutrina processual, apontando algumas das consequências vinculadas aos papeis de todos aqueles que estão envolvidos com o processo judicial e que são esperadas pelo modelo vigente. Como objetivos específicos, pretenderá compreender a evolução dos arquétipos processuais; descrever o contexto histórico, jurídico e filosófico da cooperação; e tratar das decorrências diretas da cooperação. Para isto, empregará o método dedutivo e realizará uma pesquisa qualitativa, com viés normativo, baseada em estudo bibliográfico da doutrina processual e na análise de documentos legais.

A primeira seção discutirá, em uma perspectiva teórica, as questões que envolvem a distinção entre garantismo processual e instrumentalidade do processo, enfatizando os diferentes modelos de gestão processual que decorrem das divisões mencionadas. Com isso, verificará o significado das visões publicista e privatista do processo, bem como as distinções entre as propostas adversarial e inquisitiva, no escopo de situar o pano de fundo necessário à discussão posterior do regime processual cooperativo.

Na segunda parte, o texto prosseguirá com a apresentação dos panoramas histórico e filosófico da cooperação processual, observando como o instituto surgiu na Alemanha e sua correlação com a proposta procedimental de argumentação jurídica elaborada por Jürgen Habermas. Ato contínuo, palmilhará o conteúdo jurídico do princípio, frente aos dizeres da doutrina processual contemporânea e do exame do Código de Processo Civil, com o fito de demonstrar o que deve ser esperado dos atores processuais que pretendam cooperar entre si.

Já o terceiro e último tópico tratará do contraditório substancial e do ônus probatório dinâmico, com vistas à realização das provas no contexto cooperativo, considerando-os como

desdobramentos da cooperação processual enquanto princípio processual. Nesta seção, serão discutidos os conceitos dos dois institutos e como estão relacionados com a legitimidade da decisão e com sua respectiva fundamentação.

2 A FENOMENOLOGIA PROCESSUAL: UM RESGATE DA DICOTOMIA ENTRE GARANTISMO E INSTRUMENTALIDADE

No intuito de realizar a empreitada científica almejada neste texto, faz-se necessário elucidar quais os objetivos são desempenhados pelo acontecimento processual. Assim, em um primeiro momento, pretende-se retornar à discussão em torno das correntes garantista e instrumental, destacando as características intrínsecas a cada uma, no intuito de sedimentar a base teórica necessária para debater, em uma segunda etapa do artigo, acerca da cooperação processual.

Para a visão instrumental do processo, o juiz deve corrigir as perturbações criadas por aqueles que fogem ao que prescrevem as normas jurídicas, atuando diretamente para compatibilizar os comportamentos e reestabelecer a paz e o bem-estar social. Tal corrente aduz uma função social ao processo, que, enquanto ramo autônomo, se presta à solução de controvérsias e à manutenção da ordem jurídica (BEDAQUE, 2013, p. 111 - 112).

A concepção do processo como instrumento confia ao juiz uma posição proativa, que deve determinar diligências para se aproximar o máximo da verdade e da certeza. É como se existisse um interesse estatal, externo ao aspecto privado do processo, que permite ao julgador atuar para além da vontade dos litigantes. O escopo processual é um meio de formulação e imposição da norma jurídica, sendo a defesa um pressuposto de legitimidade para atuação da norma ao caso concreto. A justiça é satisfeita com a *correta formulação e imposição da regra concret*a. É incutido no processo um interesse coletivo que concretiza as normas abstratas previstas na Constituição (BEDAQUE, 2013, p. 113 - 117).

Ao fazer preponderar o interesse coletivo em uma perspectiva comunitária, a corrente instrumental abre margens para uma atuação discricionária e solipsista do julgador, confiando a este a salvaguarda dos interesses majoritários que se mostrem preponderantes. Em contraponto, a corrente do garantismo processual trata o processo como uma garantia constitucional para defesa de direitos, de modo que o juiz, enquanto representante do Estado, deverá outorgar direitos de defesa (VELLOSO, 2013, p. 29) – ou, na ótica procedimental, assegurar uma situação ideal de fala no âmbito endoprocessual.

Logo, o processo judicial é um *método pacífico de debate dialogal e argumentativo* que pretende solucionar um *conflito intersubjetivo de interesse* que ocorre no mundo da vida, para manter a *coesão do grupo social num lugar e tempo determinados* (VELLOSO, 2013, p. 14). Além de método, o processo também é um meio para que sujeitos com interesses antagônicos exerçam sua capacidade argumentativa perante um terceiro – o juiz – que irá cooperar para a construção de uma decisão-solução.

Assim, o julgador deve agir sem se colocar como parte – a chamada impartialidade –, não deve possuir um interesse subjetivo naquele feito – imparcialidade – e necessita deter uma independência para produzir sua decisão. É que a atividade judicante deve fazer prevalecer o caráter dialógico do processo, sem torná-lo uma investigação inquisitiva (VELLOSO, 2013, p. 17 - 32). Insta salientar que a independência do julgador não implica uma subordinação hierárquica. Assumir que o juiz forme um tripé com as partes, estando em posição superior, é negar a cooperação comunicativa que se faz necessária no modelo procedimental. Não obstante, o que existe para o juiz é a autoridade de tomar a decisão ao final da instrução probatória, ficando subordinado ao enfrentamento de todos os argumentos produzidos no curso do processo, sendo tal requisito consubstanciado no dever de motivação das decisões judiciais, conforme será tratado posteriormente.

Ainda a respeito da dicotomia sobre o caráter público ou privado que o processo pode assumir, a escolha por uma ou outra vertente recai para o legislador, que deverá conformar o processo à realidade fática, criando um regime misto entre publicismo e privatismo. Isto reflete no que a doutrina elenca como modelo dispositivo, alicerçado na tipologia privada e no modelo inquisitivo, de base publicista (FONSÊCA, 2013, p. 790).

Recomenda-se o abandono da terminologia inquisitiva e autoritária, pois a história não mostra vinculação entre a existência do processo civil e o autoritarismo, da mesma maneira que o fato do juiz possuir poderes diretivos não implica, necessariamente, um regime inquisitorial, pois o julgador está limitado aos fatos elencados pelas partes (FONSÊCA, 2013, p. 791 - 792). Afinal, há uma falácia existente na correlação entre sistema adversarial e os regimes liberais e o sistema inquisitivo com o de regimes autoritários, considerando o elo como uma ilação simplista (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 140).

É daí que surge a última divisão entre os modelos adversarial e inquisitivo, que destacam quais os limites probatórios são assinalados ao magistrado. No primeiro, de origem reportada ao direito consuetudinário (*common law*), as partes coordenam a produção de provas, ao passo que, no segundo, com vínculos no direito cível (*civil law*)., cabe ao magistrado impulsionar o processo. Não obstante, o próprio binômio entre direito consuetudinário

(*common law*) e direito cível (*civil law*) tende a ser relativizado, pois há uma constante aproximação dos modelos quanto à atividade diretiva do juiz. Isto é verificado nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Europa (FÔNSECA, 2013, p. 791) e até mesmo no Brasil.

Noutras palavras, a diferença entre os modelos está nas tarefas atribuídas às partes, em especial no que tange à instauração processual, à produção probatória da matéria a ser discutida no processo, aos recursos e à delimitação de quais as questões fáticas e jurídicas preponderam. Portanto, o juiz transforma-se em sujeito passivo no sistema adversarial, acompanhando o duelo dos adversários para obtenção da decisão de mérito favorável, sendo as partes-adversárias as responsáveis pelas questões acima, ao passo que, no sistema inquisitivo, o julgador é o protagonista do processo, tendo a última palavra no que cinge a dinâmica processual (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 136 - 138).

Em face dos limites da participação do magistrado, despontam os estudos do garantismo processual, tendo como influência a obra do constitucionalista Luigi Ferrajoli (2012), o qual optar pela defesa do constitucionalismo normativo-garantista, que prevê o comportamento dos princípios como regras. Assim, evita-se a aplicação principiológica seja demasiadamente entregue aos juízes, cuja prática interpretativa leva à confusão entre validade e eficácia. Para o autor, o direito é submisso de maneira substancial à Constituição e ao Estado Constitucional de Direito, cuja legitimidade é promovida pelo regime democrático, o que firma o garantismo como uma limitação do Estado frente aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Trata-se de um movimento que consagra a igualdade processual e a imparcialidade funcional ao apregoar a necessidade do juiz respeitar as normas fundamentais, cingindo sua atuação à declaração do direito com base no direito de defesa de todos os interessados. Assim, o garantismo processual é uma verdadeira contraposição ao solidarismo judicial, doutrina que aduz ao decisionismo do julgador em nome de valores como justiça e verdade, a despeito das regras fundamentais previstas na ordem jurídica. Tal fenômeno não é restrito à seara cível, sendo também uma necessidade discutida pelos processualistas penais, ao considerar a sensibilidade dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal (VELLOSO, 2013, p. 28 - 30).

Ademais, quando se pensa no respeito às normas fundamentais, enxerga-se o embasamento que separa os defensores do ativismo judicial daqueles filiados ao garantismo processual. Considerando que o ativismo judicial leva a supostas práticas jurisdicionais antidemocráticas, o garantismo processual segue na linha oposta, contendo o subjetivismo do julgador através do respeito às normas fundamentais presentes na Constituição (RAMOS, 2013, p. 285 - 286).

Como uma terceira via, a cooperação processual tem um potencial para ir além do dedutivismo e do decisionismo, ao estabelecer que cada sujeito processual, com a sua devida competência, deverá cooperar para produção da decisão de mérito. No caso do processo civil brasileiro, por força do art. 6º do Código de Processo Civil, a cooperação é a viga mestra que orientará, na condição de norma processual fundamental, toda a dinâmica processual a ser desenvolvida. Diz o artigo: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

A cooperação processual, enquanto princípio, é uma decorrência do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. Portanto, o julgador se transformará em um sujeito apto ao diálogo com as partes, que exercerão o contraditório para contribuir ativamente com a formação da decisão judicial, durante a condução do processo, sendo determinada de maneira cooperativa entre partes e julgador. A única assimetria que persiste é a competência exclusiva do julgador para proferir sua decisão, que deverá ser um produto de toda a cooperação praticada entre a comunidade de trabalho (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 211 - 213).

De mais a mais, a cooperação processual pode influenciar positivamente a aplicação pragmática do direito e a gestão do processo, sendo necessário pormenorizar o instituto, o que será feito na próxima seção, com a discussão dos aspectos teóricos e legais. Com a elucidação das correntes que envolvem o processo, o presente tópico é encerrado para dar prosseguimento ao estudo da relação entre os cânones da cooperação processual e seu tributo à argumentação jurídica.

3 COOPERAÇÃO PROCESSUAL E ACESSO À JUSTIÇA COMO ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Positivada pelo Código de Processo Civil, a cooperação processual é uma inovação que modifica a interação entre partes, julgador e terceiros. Com o objetivo de esclarecer a cooperação processual enquanto princípio relevante para o processo civil, este item pretende oferecer um panorama sobre o instituto, sinalizando qual sua origem histórica, filosófica e, em especial, quais são os aspectos jurídicos e legais que compõem a chamada comunidade de trabalho processual. No âmbito do processo civil, os princípios processuais – e, no caso, a cooperação processual – servem como ideias fundamentais que orientam e determinam o caráter e o comportamento das partes envolvidas na relação processual (GREGER, 2016, p. 302).

De origem germânica, a cooperação começa a ser desenhada com o Código de Procedimentos (*Zivilprozessordnung*) de 1877, criado a partir da Lei de Organização Judiciária (Gerichtsverfassungsgeset), cujos artigos determinam a cooperação do tribunal em contribuir para o esclarecimento do processo e para a complementação de eventuais declarações insuficientes. Mediante a Reforma de 1909, o juiz passa a ter poderes para esclarecer os fatos junto às partes, agindo sempre com o interesse da melhor administração da justiça. Com as alterações realizadas em 1924, o julgador poderá fixar um prazo para esclarecimento da parte, sob pena da manifestação desta ser desconsiderada (KOCHEM, 2016b, p. 314 - 316).

A próxima alteração relevante ocorre em 1933, com o dever das partes submeterem seus esclarecimentos de acordo com a verdade, pois tanto o juiz quanto as partes possuem responsabilidade na obtenção de uma decisão correta. Por fim, o último aperfeiçoamento relevante no direito processual germânico quanto à cooperação processual foi realizada em 1976, denominada de Reforma para Simplificação, com a previsão de uma instrumentalidade flexível, baseada no diálogo entre as partes e o julgador, que permitisse diminuir o tempo de duração do processo, com vistas a resolver toda a demanda em uma única audiência principal (KOCHEM, 2016b, p. 317 - 319).

Na perspectiva filosófica, a cooperação processual tem uma proximidade forte com o conceito de agir comunicativo de Jürgen Habermas (PEREIRA, 2018, p. 154). O agir comunicativo emprega a linguagem como mecanismo de integração social, no qual os falantes chegam a um consenso sobre algo no mundo. Contraposto a ação comunicativa, o agir estratégico ocorrerá quando o falante atuar em benefício próprio, suplantando a capacidade do outro em concordar com o postulado, reduzindo, assim, o plano linguístico a um simples meio para exortar comandos (HABERMAS, 1990, 71 - 74). Para realizar a ação comunicativa, o falante deverá se expressar mediante pretensões de validade, inteligibilidade, verdade, cumprimento normativo e veracidade. Com esses elementos, será possível harmonizar seus interesses e plano de ação, negociando a solução pretendida (HABERMAS, 1989, p. 164 - 165). No processo civil, os conceitos de agir comunicativo e agir estratégico podem ser associados, respectivamente, à boa-fé objetiva e à litigância de má-fé.

A proposta hermenêutica habermasiana é construída em torno da tensão entre a pretensão da decisão correta e da segurança jurídica, desdobrando-se entre as condutas sociais normalizadas e a pretensão de racionalidade e legitimidade (HABERMAS, 1997, p. 245 - 246). Aplica-se o princípio do discurso ao ordenamento jurídico, cujo teor preconiza que somente são válidas aquelas normas cujos destinatários, na condição de parceiros do direito, têm oportunidade de manifestar sua concordância (HABERMAS, 1997, p. 142 - 145).

É que na elaboração do projeto hermenêutico, Habermas toma como base a teoria dos direitos de Ronald Dworkin, valendo-se dos conceitos de direito como integridade e da releitura da tradição histórica pelo julgador, o qual deverá realizar o romance em cadeia, reconstruindo o sistema jurídico ao enfrentar os precedentes judiciais pertinentes. A distinção principal entre os autores é o protagonismo do juiz frente ao discurso jurídico – para Habermas, persiste a necessidade de colocar a argumentação jurídica em um núcleo procedimental, compartilhado entre os atores processuais, enquanto Dworkin proporciona ao juiz Hércules o dever de sozinho enfrentar o fardo argumentativo (PEREIRA, 2018, p. 135 - 136).

Isto posto, a argumentação deverá ser compartilhada entre os atores processuais, que podem trazer à tona todos os argumentos e informações que se mostrem relevantes para a demanda. Assim, ocorre o mútuo convencimento intersubjetivo, o que conduz à formulação imparcial do juízo na qual vence o melhor argumento após submissão ao arranjo discursivo característico da jurisdição. Tal estrutura é fruto da racionalidade procedimental que origina a construção da decisão correta por meio da busca cooperativa da verdade, e esta, por sua vez, deverá ser refletida nos argumentos que fundamentam o julgado (HABERMAS, 1997, p. 282 - 287).

Quanto ao conteúdo jurídico, a cooperação processual, na raiz alemã, determina o dever de o juiz cooperar com as partes, sem diluir o controle destas sobre o processo e nem conferir a elas amplas liberdades. Ao juiz caberá realizar todas as interações significativas para alcançar o resultado útil pretendido do processo com as máximas eficiência e eficácia, ao passo que as partes devem, cada uma por si, discutir a visão própria que detém para a condução e eventual solução do processo, evitando possíveis danos ou prejuízos processuais (GREGER, 2016, p. 303 - 305). Trata-se de uma visão que expressa um necessário enraizamento discursivo-argumentativo na prática jurisdicional, trazendo novas relações ilocucionárias para a dinâmica processual.

As relações ilocucionárias advêm dos atos ilocutórios, que correspondem aos atos de fala utilizados quando se pretende um efeito pragmático para a linguagem, objetivando concretizar algo no mundo (HABERMAS, 1990, p. 68 - 70). Os atos processuais têm nuances de atos de fala ilocutórios, já que pretendem convencer o juiz sobre determinado posicionamento e fazem parte do processo judicial enquanto agir comunicativo.

No direito processual brasileiro, a cooperação processual determina as condutas que devem ser observadas pelos atores processuais. Não se trata de uma visão utópica ou abestalhada, na qual os atores processuais cooperam solidariamente em prol do ordenamento jurídico. É objetivado pelo princípio da cooperação processual a inibição de determinadas

condutas entre partes e juízes, guiando-os para um modelo processual democrático, baseado em deveres cooperativos que enaltecem a boa-fé processual, o contraditório e a devida fundamentação das decisões (THEODORO JÚNIOR, *et al.*, 2015, p. 47 - 48).

Neste desiderato, a cooperação processual, de um lado, encontra-se espraiada entre quatro deveres, os quais incluem o dever de esclarecimento, o dever de prevenção, o dever de consulta e o dever de auxílio às partes (PEREIRA, 2018, p. 159). Ainda, de outro orbe, a cooperação deverá ser considerada em seu caráter principiológico, contribuindo para a condução formal e material do processo (GREGER, 2016, p. 302 - 303).

O dever de consulta é posto como o direito que as partes possuem de influenciar o conteúdo da decisão, com a possibilidade de examiná-lo previamente (GOUVEA, 2006, p. 205). Esse dever é direcionado para as situações nas quais o tribunal necessita conhecer matéria fática que ainda não teve pronunciamento das partes, com previsão legal nos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, e serve para que o magistrado resguarde o agir comunicativo, atuando como o mediador do debate argumentativo das partes (PEREIRA, 2018, p. 159 - 161).

Já o dever de esclarecimento tem origem na sistemática cooperativa alemã e determina ao magistrado que busque o esclarecimento da parte acerca de determinado requisito processual, oportunizando a regulação em caso de qualquer desvio procedimental, antes de determinar qualquer punição, como a extinção do feito (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 305 - 306). Na legislação processual, essa concepção influencia o art. 7º, que trata do referido dever, além da disciplina sobre depoimento pessoal da parte e da emenda à petição inicial (PEREIRA, 2018, p. 162 - 163).

Os dois últimos deveres são o de prevenção – também chamado de não surpresa – e de auxílio – ou remoção. O primeiro aduz às cortes e aos julgadores a obrigação de informarem às partes sobre deficiências argumentativas, oportunizando que o vício seja sanado, semelhante ao que delineia o art. 317: “Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”. Ao cabo, o segundo dever implica na remoção, pelo juiz, de eventuais obstáculos que surjam no cumprimento de um dever processual (PEREIRA, 2018, p. 164 - 165).

No direito brasileiro, se alguma das partes violar um desses deveres cooperativos, poderá responder por litigância de má-fé ou até mesmo dano processual, enquanto que o magistrado, em caso de desobediência aos comandos processuais, poderá ver sua decisão ser declarada como nula, pela fragilidade da fundamentação que surge do descumprimento (PEREIRA, 166 - 167). Aplica-se, na disposição retro, respectivamente, o teor dos arts. 79, 80 e 489, § 1º do Código de Processo Civil. Ao verificar o direito alemão, os deveres cooperativos

seguem divisão semelhante, de modo que existem os deveres que são direcionados ao julgador e os destinados às partes.

Ao juiz, são impostos os seguintes deveres: de indicação, permitindo o exercício da liberdade das partes; de verificar os documentos solicitados às partes e que foram mencionados no curso do processo; de exame, que coloca o juiz na posição de apreciador dos argumentos das partes e dos especialistas e de realizar interrogatórios formais das partes sobre a exatidão de argumentos fixados, se outros meios de prova inexistirem, dando oportunidade para esclarecer as dúvidas que ficarem pendentes. Por outro vértice, as partes têm como dever colaborar com o juiz, o que poderá ensejar comparecimento forçado nos procedimentos sob pena de multa coercitiva. O descumprimento pelas partes poderá acarretar prejuízos processuais e até mesmo decretação de revelia ou de prolatação de sentença extintiva por insuficiência probatória (GREGER, 2016, p. 304 - 305).

Fato é que o regime cooperativo estará vinculando, em essência, a todo o discurso jurídico-argumentativo desempenhado pelas partes, de modo a fazer surgir um novo nível para o acesso à justiça, enquanto dimensão valorativa da judicatura. As partes e o magistrado deverão compartilhar esforços para alcançar a decisão procedimentalmente correta ao caso, tendo de um lado os deveres cooperativos e, de outro, a cooperação enquanto princípio jurídico (PEREIRA, ROSÁRIO, 2018, p. 46 - 47).

Inclusive, a cooperação, enquanto princípio fundamental do processo, também é direcionada para formação do contraditório e influenciará diretamente na maneira em que os atores processuais irão produzir suas provas, devendo partes e magistrados delimitarem qual o mérito será decidido. Têm-se aí dois institutos que estão interligados à cooperação processual e que serão explorados no próximo tópico: contraditório substancial e ônus dinâmico da prova.

4 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA, O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E A LEGITIMIDADE DA DECISÃO NA ÓTICA DA COMUNIDADE PROCESSUAL

Sabendo que a cooperação processual, na condição de norma fundamental do processo civil brasileiro, vai influenciar o comportamento das partes e dos magistrados, além de orientar a aplicação da legislação de ritos, o estudo prossegue para discutir as questões em torno da produção probatória e o exercício do contraditório nos liames do que é esperado pela legislação.

A produção probatória é compreendida quanto ao ônus da parte em provar o alegado, demonstrando a veracidade do fato ocorrido. Corresponde a uma série de poderes e faculdades

processuais que conferem liberdade ao sujeito processual para realizar o ato probatório em benefício próprio (SILVA, 2016, p. 169). O sistema legal trazido pelo art. 333 do Código de Processo Civil implica, em uma primeira abordagem, ao autor o ônus probatório dos fatos constitutivos que alega e, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 636 – 638).

Trata-se da corrente estática ou rígida do ônus probatório e que aplica o princípio – ou o critério – do interesse, no qual a parte que tem interesse na prova é que deverá se incumbir do ônus de comprovar o fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que subserve à causa de pedir (DINAMARCO & LOPES, 2017, p. 184).

A segunda abordagem para o ônus probatório é denominada de distribuição dinâmica e é fruto da cooperação processual que impregna a legislação processual. Deste modo, é alterada a responsabilidade pela produção da prova daquele que alega determinado fato para o sujeito processual com maior aptidão para suportar o encargo. Não se considera em qual polo a parte está, mas sim quem tem maior facilidade para produzir a prova necessária à comprovação fática, corrigindo eventuais desequilíbrios entre os sujeitos processuais. Vale dizer que a distribuição dinâmica da prova difere da inversão do ônus probatório na medida em que a primeira é determinada pelo magistrado frente às especificidades processuais de um caso concreto, ao passo que a segunda é fixada pelo legislador em situações específicas (SILVA, 2016, p. 173 - 175), a exemplo daquelas determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os deveres de cooperação pelo magistrado, está a aplicação da boa-fé objetiva pelas partes e deste comando depreende-se a carga dinâmica do ônus probatório como a oportunidade que é conferida, pelo julgador, de solucionar um obstáculo processual referente à comprovação dos fatos trazidos pelas partes ao juízo. De outro orbe, não poderá a parte incumbida do ônus, enquanto detentora de maior capacidade para produção probatória, deixar de ofertar a prova, pois estará violando o dever cooperativo e correndo risco de eventualmente ser condenada por dano processual.

O procedimento a ser adotado encontra guarida no § 2º do art. 373, o qual preconiza que a parte poderá suscitar argumentos para se desvencilhar do ônus probante, que podem ser acatados ou não pelo julgador, mediante decisão motivada e que justifique a real necessidade de utilizar a divisão dinâmica, destacando quais os pontos controversos serão objeto da redistribuição. O momento ideal para realizar a distribuição do ônus probatório está no saneamento compartilhado, que pode ou não ser realizado em audiência, tendo como corolário o princípio da não-surpresa (SILVA, 2016, p. 175 - 176). Isso porque a decisão quanto ao ônus

da prova permitirá que as partes definam suas estratégias processuais quanto à fase probatória. Deixar para a sentença é o mesmo que aniquilar a cooperação.

Deve ser destacado que a distribuição dinâmica do ônus da prova não significa uma ingerência do magistrado nas faculdades instrutórias das partes e muito menos uma justificativa para criar situações nas quais a parte recebe uma carga tal que finda impossibilitada de comprovar o alegado em juízo – a chamada prova diabólica (GAGNO, 2016, p. 222 - 223). Na realidade, a carga dinâmica visa exatamente o oposto, ao adequar a produção probatória frente à realidade processual, a partir da cooperação junto às partes. Afinal, a justificativa para carga dinâmica do ônus probatório é dividida entre fatores subjetivos e objetivos. Do primeiro, podem ser trazidos como exemplos a hipossuficiência econômica ou técnica da parte, ao passo que do segundo veiculam-se os elementos característicos da causa que ensejam na dificuldade probatória (DINAMARCO& LOPES, 2017, p. 184).

Para efetivação da carga dinâmica do ônus probatório, são necessários três requisitos: a) a parte originalmente encarregada de provar o alegado ainda deverá, após o redirecionamento, esclarecer os fatos controvertidos; b) a prova redirecionada deverá ser possível, de modo que o alívio na carga probatória não deverá ser aplicado se nenhuma das partes tiver condições de produzir a prova; e c) o juiz não poderá surpreender as partes com a alteração na carga probatória, de modo que se faz necessária a intimação do encarregado em tempo hábil para oportunizar que se desincumba do ato ou ainda produza a prova (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 638 - 639).

Quadra salientar que os poderes instrutórios do juiz serão sempre subsidiários aos das partes, devendo o juiz ordenar a prova sempre que o litigante for omisso e ocorrer perda de direito. Afora isso, o magistrado ainda precisará, para exercer o aludido poder, basear-se nas provas já produzidas, nas condições de paridade entre as partes, na natureza dos direitos em análise e na eventual ocorrência de confissão (ALVIM NETTO, 2013, p. 105). Trata-se, pois, de mais uma aplicação da cooperação processual, através do dever de auxílio do magistrado.

A viga mestra para o exercício do contraditório emana do já mencionado art. 7º do Código de Processo Civil, cujo teor direciona para uma dialética mais ampla que a simples participação da parte. O que se objetiva, pela codificação, é que todas as partes tenham iguais condições de influenciar na construção da decisão, o que leva a um modelo chamado de contraditório substancial (SILVA & ROBERTO, 2016. p. 242 - 243). O ideário que ampara o princípio do contraditório reside nos reflexos que o princípio democrático traz para o processo. Isto implica na divisão do contraditório em dois sentidos: o primeiro é o direito de participar de todos os atos processuais e o segundo envolve o direito de influenciar a formação da decisão

judicial. Daí que se fala em dimensões formal – participação – e substancial – influencia na decisão[3] (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 91 - 92).

Observando a sistemática trazida pelo Código de Processo Civil, vislumbra-se que a implementação da influência no conteúdo decisório é iniciada através do saneamento compartilhado do processo, na forma do art. 357, possibilitando que partes e julgador organizem o processo com base no contraditório, na isonomia, na ampla defesa e no devido processo legal, aplicando, em última análise, a cooperação processual (NUNES, *et al.*, 2016, p. 235 - 236). Por isso afirmar que o saneamento compartilhado maximiza a legitimidade da decisão e o grau de justeza desta, a partir do procedimento, pois as partes irão construir o substrato jurídico-argumentativo que amparará a futura decisão de mérito (PEREIRA, 2018, p. 165 - 166).

É nesta égide que a legislação objetiva afastar as decisões surpresa, as quais são compreendidas como julgados baseados em argumentos que não foram ventilados pelas partes, o que finda reduzindo o contraditório e o direito de influência a uma ficção que esvazia o processo cognitivo. Todos os argumentos necessitam ser debatidos previamente, pois a decisão requer aderência à causa de pedir e deve ser passível de fiscalização técnica pelas partes (NUNES, *et al.*, 2016, p. 225 - 227). Este último item é denominado de *accountability* ou prestação de contas da decisão judicial.

Mesmo que a decisão seja um ato privativo do magistrado e que este goze de relativa liberdade para invocar fundamentos não trazidos pelas partes, todavia, deverá intimá-las para se manifestar sobre a matéria, obedecendo ao dever de consulta, sob pena de a decisão ser considerada como nula pela inteligência do art. 489 do Código de Processo Civil (FONSECA, PEREIRA, 2016, p. 205 - 207).

O exercício do contraditório substancial se conecta com o dever de fundamentação das decisões judiciais, o qual conduzirá a formação do precedente judicial, cuja sistemática é denominada, por Ronald Dworkin (2001, p. 238), de romance em cadeia, no qual cada decisão deverá reconstruir o ordenamento jurídico e servirá como parâmetro para julgados futuros. Considerando que o legislador empregou a nomenclatura “íntegra e coesa” ao tratar do dever dos tribunais perante sua própria jurisprudência, pode-se concluir pela intenção de aplicar a teoria dworkiana ao processo civil brasileiro (PEREIRA, 2018, p. 169).

Na verdade, o contraditório substancial somente é efetivado através da devida fundamentação da decisão judicial, a qual, ainda, permite a comunidade de trabalho verificar a

[3] No direito alemão, o contraditório substancial é considerado um dever do magistrado, de modo que deverá debater, preventivamente, com as partes sobre todas as questões fáticas e jurídicas que devam ser consideradas para formação dos pronunciamentos judiciais. (NUNES *et al*, 2016, p. 227)

plausibilidade dos argumentos empregados, já que é na fundamentação que o procedimento-argumentativo desemboca. Em última análise, é através do dever de fundamentação que as decisões judiciais são legitimadas, e a coesão e a integridade do direito são mantidas (PEREIRA, 2018, p. 167 - 169).

A necessidade de fundamentação é um dever estatal que decorre do devido processo legal, o que compõe um ônus argumentativo que forma o modo de ser do poder judiciário, deixando a legitimidade do julgado condicionada ao controle que pode ser exercido pela exposição de fundamentos construídos comparticipativamente, pois se mitiga a ocorrência de arbitrariedades (SCHMITZ, 2016, p. 411 - 415). Pelo prisma constitucional, a fundamentação das decisões judiciais é encarada como um direito fundamental do jurisdicionado, cujo âmbito de proteção reside em orientar as condutas sociais e justificar a decisão judicial frente ao contraditório exercido pelas partes processuais (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 811 - 812).

É através da fundamentação que é afastada qualquer discrionariedade, construindo a resposta adequada através do diálogo entre partes e julgador, consagrando, como dito alhures, o contraditório. A interação ilocutória entre os atores processuais é um jogo de perguntas e respostas que se influenciam mutuamente (SCHMITZ, 2016, p. 416 - 418). A própria racionalidade da decisão decorre do binômio arbritrariedade-justificação, tendo como parâmetro o ordenamento jurídico e possibilitando a recognição analítica do caso, com o reconhecimento justificado de todas as operações realizadas pelos intérpretes[4] (KOCHEM, 2016a, p, 481 - 483).

Ademais, a decisão judicial é um suposto ato de irracionalidade, calcada na falibilidade humana e que é iniciada em um vão de conhecimento, cujo disfarce é a retórica. A decisão tenta se justificar por uma racionalidade cartesiana denominada de segurança jurídica, a qual não se sustenta frente às problemáticas da pós-modernidade. Azevêdo (2011, p. 239 - 242). Este estudo discorda frontalmente com o exposto, pois é possível construir uma racionalidade baseada em um esteio dialógico-argumentativo, com fulcro epistemológico na destrancendentalização, promovida pelo agir comunicativo, e que apregoa uma construção intersubjetiva dos fatos e da

[4] Kochem (2016, p. 484) elenca três requistos para a racionalidade da decisão e sua fundamentação correspondente: "(a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta."

sua verdade correspondente (HABERMAS, 2012, p. 30 - 48). Em última análise, a racionalidade da decisão vai decorrer de uma aplicação comunicativa da razão prática.

Com suporte em toda a exposição, fica clara a correlação entre argumentação jurídica com a cooperação processual, com o contraditório substancial e com a produção dinâmica das provas. O discurso jurídico, para ser justificativo, dependerá da interação comunicativa entre as partes, até os limites da boa-fé que orienta o processo civil, e utiliza da fundamentação da decisão para expor o percurso racional que o julgador seguiu para construir, junto à comunidade processual, o postulado jurisdicional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo o intuito de compreender a cooperação processual, o presente estudo iniciou sua trajetória a partir da discussão entre instrumentalidade e garantismo processual. Compreendendo as abordagens de cada uma dessas vertentes sobre a postura que deve ser assumida pelo julgador, visualiza-se de que maneira o processo deverá ser gerenciado e a quem caberá essa gestão.

Para a corrente do processo instrumental, o juiz será o responsável pela condução processual, podendo assumir posturas ativas no que toca à produção probatória e ao direcionamento comportamental das partes, ao passo que o garantismo processual consagra uma abordagem restrita do julgador, conclamando a limitação deste aos direitos fundamentais e ao Estado Constitucional de Direito. Essa divisão segue se ramificando entre o caráter público ou privado do processo e se trata de um modelo adversarial ou modelo inquisitivo, o primeiro característico dos países de direito consuetudinário (*common law*) e o segundo, dos países de direito cível (*civil law*).

Fato é que nenhum ordenamento pode alcançar uma vertente pura de um ou outro arquétipo, já que as particularidades sociais, econômicas e políticas vão influenciar na escolha do legislador pelo regime processual a ser adotado. Inclusive, é em face destas circunstâncias que o Código de Processo Civil consagra vários dispositivos que conclamam um modelo processual coparticipativo ou cooperativo, incluindo a cooperação das partes e do julgador como uma norma fundamental que se enlaça com diversos dispositivos.

Muito longe de um conto de fadas, a cooperação processual reconhece que o processo é pautado por partes com interesses antagônicos, mas lança deveres cooperativos que vinculam os contendentes e o magistrado. Assim, a gestão do processo e seu direcionamento são

decididos sob a premissa de uma ação comunicativa endoprocessual, que permite a integração dos interesses materialmente divergentes em um interesse processual comum, que é a influência na decisão de mérito.

Ao observar o processo co-participativo, nota-se que a cooperação vincula as partes, que devem agir nos liames da boa-fé processual, sob pena de responderem por litigância de má-fé e dano processual, e o magistrado, que deverá exercer os deveres cooperativos de auxílio, de esclarecimento, de prevenção e de consulta. Se o julgador desrespeitar esses postulados, poderá ver sua decisão ser declarada como nula. Isto, de igual maneira, modifica a marcha processual, que será decidida cooperativamente entre os atores, em especial através do saneamento compartilhado, no qual as questões de fato e de direito são discutidas e o ônus da prova é ajustado de maneira dinâmica entre as partes.

Há, ainda, um último dever cooperativo em torno do contraditório substancial, que confere à parte o direito de influenciar o julgamento, tendo seus argumentos levados em consideração pelo julgador, de modo que são discutidos no bojo processual. Trata-se da aplicação dos postulados da hermenêutica procedimental trazidos por Jürgen Habermas, para quem o processo judicial é legitimado pelo procedimento que enseja a vitória do melhor e mais racional argumento, cabendo ao juiz enfrentar argumentativamente todos os elementos trazidos pelas partes.

Daí a necessidade de fundamentação da decisão judicial, como mecanismo para controlar o exercício da cooperação processual e verificar se, efetivamente, os argumentos deduzidos pelas partes amparam o julgado ou se este configura uma decisão surpresa, prática vedada pela legislação vigente. Com isso, o estudo conclui pela existência de um elo entre a cooperação processual e a argumentação jurídica, uma vez que a primeira somente pode ser realizada através do discurso jurídico que integra a segunda.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão projudicato em matéria de prova. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 97 – 110.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato de decisão judicial**: uma irracionalidade disfraçada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 111 – 146.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Volume II. Salvador: JusPodivum, 2008. p. 287 – 318.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207 – 217.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. de André Karam Trindade. *In:* STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13 – 56.

FONSECA, Carlos Medeiros da. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O contraditório substancial e o termo "fundamento" contido no art. 10 do CPC/2015. *In*: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 197 – 210.

FONSÊCA, Vitor. O direito processual civil como sub-ramo do direito público. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 783 – 806.

GAGNO, Luciano Picoli. **O novo processo civil**: uma análise sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil**: leituras complementares. 4. ed. Salvador: JusPodivum, 2006. p. 199 – 213.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronald Kochem. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 301 – 310.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

KOCHEM, Ronaldo. A fundamentação das decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 475 – 496.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 311 – 344.

NUNES, Dierle José Coelho. *et. al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 213 – 240.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae. Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Direito, racionalidade da jurisdição e acesso à justiça: uma visão a partir de Jürgen Habermas. In: ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. CONSANI, Cristina Foroni. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. CASTO, Celso Luiz Braga de. (Orgs.). **Acesso à justiça**: perspectivas jusfilosóficas. Salvador: Motres, 2018. p. 33 – 52.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 273 – 286.

SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Porque fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 411 – 450.

SILVA, Blecaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no novo CPC. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 241 – 260.

SILVA, Marciley Boldrini. Distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC. *In*: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 169 – 178.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *et al*. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et al*. (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivum, 2013. p. 13 – 34.

THE PROCEDURAL COOPERATION AND THE PROCEDURAL PARADIGM OF JUDICIAL ARGUMENTATION IN THE CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT

This study aims to discuss the parallel between prodecural cooperation and legal argumentation, in the light of the Civil Procedure Code.. It employs the deductive method based on legal analysis and bibliographical study in order to develop a qualitative research. It understands that the prodecural cooperation is a third way beyond the dichotomy between procedural guaranty and instrumentality. It understands that cooperation is structured as cooperative duties between the judge and the litigators. It shows the substantial contradictory and the dynamic burden of proof are consequences of the prodecural cooperation. At last, it concludes that the basis of the decision is a control mechanism for procedural cooperation.

Keywords: Procedural cooperation. Procedural duties. Substantial contradictory. Burden of proof. Judicial decision basis.