

PROCESSO COOPERANTE: VIÉS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

COOPERATIVE PROCEDURE: BIAS OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF GENERAL PROCEDURE THEORY

Vinícios Nunes Bonfim¹

RESUMO

O artigo tem como objetivo examinar a constitucionalização do direito processual civil brasileiro e a evolução do modelo processual cooperativo, destacando a importância de uma jurisdição mais participativa e dialógica. A metodologia utilizada envolve uma análise doutrinária e filosófica, abordando as influências de autores como Reinhard Greger, Hector Fix Zamudio e François Ost. A justificativa do estudo parte da necessidade de superar o formalismo tradicional do processo civil brasileiro e de aproximá-lo da realidade fática e das demandas sociais contemporâneas. Os principais achados indicam que o modelo cooperativo fortalece a participação das partes e do juiz no processo, permitindo uma tutela mais justa e eficaz dos direitos fundamentais. Além disso, a aplicação do princípio da cooperação, associado à flexibilização processual, emerge como essencial para a efetividade da justiça, destacando-se a teoria da dinamização do ônus da prova como um mecanismo crucial para garantir o acesso igualitário à justiça em casos concretos complexos.

Palavras-chave: Processo Cooperativo; Constitucionalização; Processo Civil; Ônus da Prova.

ABSTRACT

The article aims to examine the constitutionalization of Brazilian civil procedural law and the evolution of the cooperative procedural model, highlighting the importance of a more participatory and dialogical jurisdiction. The methodology used involves a doctrinal and philosophical analysis, addressing the influences of authors such as Reinhard Greger, Hector Fix Zamudio, and François Ost. The justification for the study stems from the need to overcome the traditional formalism of Brazilian civil procedure and to align it more closely with factual realities and contemporary social demands. The main findings indicate that the cooperative model strengthens the participation of both the parties and the judge in the process, enabling a

1 ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0802-0333>. Bacharel em Direito pela UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS. - Contato: viniciosbonfimm@gmail.com

fairer and more effective protection of fundamental rights. Moreover, the application of the principle of cooperation, combined with procedural flexibility, emerges as essential to the effectiveness of justice, with the theory of the dynamization of the burden of proof standing out as a crucial mechanism for ensuring equal access to justice in complex concrete cases.

Keywords: Cooperative Procedure; Constitutionalization; Civil Procedure; Burden of Proof.

1. INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização tardio no Direito Brasileiro retardou a transformação do Direito Constitucional contemporâneo e do Direito Processual Civil. Países como Espanha, Portugal e Brasil, que vivenciaram processos de democratização mais recentes, passaram por esse marco histórico de forma mais tardia, em comparação com nações como Alemanha e Itália, que estruturaram seus modelos contemporâneos no período pós-Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2009, p. 452). Esse contexto é fundamental para a compreensão do início da constitucionalização do Direito brasileiro e, conseqüentemente, do próprio processo civil nacional.

No decorrer desse processo, observou-se um redimensionamento dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que inicialmente possuíam um caráter predominantemente formal (CAMBI, 2009, p. 21). Com o avanço social e jurídico, o Direito já não acompanhava a evolução das demandas e a dinamicidade da sociedade contemporânea, tornando-se necessária uma atualização de suas metodologias e bases teóricas. Esse processo de renovação envolveu a recuperação do caráter material do Direito, em detrimento de seu enfoque formalista, uma vez que não se poderia mais pressupor que uma norma abstrata fosse capaz de resolver, de maneira uniforme, todos os casos concretos que emergem na prática jurídica. Como salienta Silva (2004), passou-se a operar uma cisão entre direito e fato, o que gradativamente corroeu a eficácia das lides, resultando em injustiças, visto que as normas abstratas não refletiam a complexidade e as particularidades da realidade fática cotidiana. Tais indícios já apontavam para a necessidade urgente de modernização do Direito Brasileiro.

A necessidade de atualização do direito processual civil, por sua vez, também emerge do descontentamento da sociedade com a democracia participativa formal, que não abrangia de maneira suficiente os âmbitos de participação popular. Torna-se imprescindível ampliar os

espaços de construção da interpretação constitucional, como defendido por Haberle (1997, p. 30). Esse foi um dos principais impulsionadores do movimento de constitucionalização do direito processual civil brasileiro.

Dessa forma, tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo começaram a demonstrar a necessidade de uma aproximação entre o direito formal e a realidade social. A mera existência de institutos jurídicos e políticos, sem a efetiva materialização de sua atuação prática, seria inócua. Assim, reafirma-se a necessidade de uma integração mais profunda entre o Direito e os fatos concretos, assegurando a efetividade e legitimidade do sistema jurídico.

2. MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

Herança do método das ciências naturais e posteriormente do positivismo, tendemos a sistematizar e catalogar institutos jurídicos, dissecando-os e categorizando-os como se fossem objeto de estudo de uma autopsia medicinal. Com isso Moreira (2007), afirma que até a presente data encontramos na ciência jurídica dois modelos processuais: Inquisitorial e o Adversarial. O primeiro predominando o princípio inquisitivo e o segundo predominando o princípio dispositivo.

Resta conceituar que no modelo Adversarial as partes ganham poderes homogêneos no processo, sendo o juiz mero expectador, sujeito passivo que aguarda a argumentação das partes e dar o direito a quem o tem. Já no modelo inquisitorial, o juiz adquire postura ativista, conduzindo o procedimento a finco (YUNG, 2011, p.10).

Retomando o raciocínio crítico aliunde iniciado, as ciências humanas não são passíveis de dissecação e sistematização crua. Com isso, José Carlos Barbosa Moreira (2007), exemplifica: “jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual quimicamente puro: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos.”. Daí, advém a comunicação entre os modelos processuais do civil *law* e *common law*.

É avistável que ambos os modelos centralizam como protagonista principal processual: O juiz ou as partes. Todavia, em momento algum impera o diálogo e a cooperação para fins de atingirmos a verdade real. É sabido que há impossibilidade certa do processo orientar-se pela

Ironia e Maiêutica Socrática², todavia, o *dialogus* deve caminhar entre todos os procedimentos, sendo clara efetivação da boa-fé processual, do contraditório e da ampla defesa material, corolários do *due process of law*.

Nesse sentido, o modelo cooperativo é ponto principal da investigação dialética, concluída com a própria colaboração das partes (PCARDI, 2008, p.25). Concluímos que a ciência jurídica que tinha como seu pilar maior a retórica sofista³ ver-se na necessidade de comungar com a filosofia o conceito da dialética, afinal, só assim o processo teria efetividade material.

A modernização do processo civil conduziu às partes e o magistrado a possibilidade de uma decisão adequada e condizente com uma democracia participativa (BOBBIO, 1986, p.54). Trata-se de uma aproximação entre os corpos, similar a criação de uma comunidade de trabalho (TROLLER, 2009, p.23).

É visível que o próprio desabrochar do modelo cooperativo é fruto da mitigação e valorização de características dos dois modelos clássicos anteriores, ponderação que elimina possíveis decisões desarrazoadas *in concreto*.

Reinhard Greger (2012) nos faz alerta epistemológico interessante: O juiz do processo cooperativo conduz o processo com afincado diálogo entre os procedimentos. Com isso não é sujeito passivo nem autoritário. Assim, não se pode pensar que o modelo cooperativo trará um companheirismo entre as partes, tese essa utópica, que escapa ao universo jurídico e só existe no mundo das ideias (GREGER, 2012, p.126). Desse modo, dar-se-á como teleologia ao processo o fim dos extremismos teóricos, quais sejam: protagonismo exacerbado das partes ou do terceiro imparcial (juiz).

² “Sócrates colocava em primeiro plano o elemento ético e ao pensar que a educação era antes que nada uma questão de capacidades naturais e de um simples método, que as faça florescer, neste caso o método da maiêutica, também chamado interrogativo, que era uma espécie de método heurístico, de investigação e descoberta da verdade, e ao mesmo tempo um método didático. Com esta estratégia submetia o seu interlocutor a uma série de perguntas subtis e intencionadas, de aparente simplicidade, nas quais ele desde o início costumava alegar (fase inicial da *ironia*) a sua total ignorância sobre o tema (é por isto que dizia: “*só sei que não sei nada*”). Ufano o seu interlocutor da ignorância de Sócrates, tendia a expor as suas opiniões como definitivas. O “mestre” Sócrates pela sua parte, com diferentes objeções, questionava-as, até obrigá-lo também a confessar a sua própria ignorância. Etapa da maiêutica, a partir da qual Sócrates tratava de conduzi-lo à melhor compreensão da questão através de diversos exemplos e considerações.” <http://pgl.gal/socrates-metodo-da-maieutica-ironia/>

³ A retórica sofista é o oposto do método da ironia e maiêutica Socrática. Enquanto os sofistas preocupavam-se com a vitória a qualquer custo, desvinculada de qualquer comprometimento com a verdade, já o último método de autoria de Sócrates (Ironia e Maiêutica) era fiel a construção recíproca da verdade, aperfeiçoando as premissas de seu interlocutor, claro método utópico em relação a sua aplicabilidade ao processo civil, como já ventilado nos parágrafos anteriores.

Países como Argentina, Colômbia e México já caminham há mais tempo no modelo cooperativo processual. Com isso, Hector Fix Zamudio (1974), explana que já acontece nesses países que os atos decisórios do juiz não deixam de ser manifestação de seu poder de império, leia-se: ato de autoridade. Todavia, sua decisão não é ato meramente criativo do juiz, entretanto, sim, de todos os participantes da demanda processual, portanto, todo o diálogo realizando durante o *iter* processual deve ser levado em consideração (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 54).

Vejamos que o processo volta a tomar o curso donde jamais deveria ter se perdido, qual seja: O embate de ideias e argumentação jurídica entre as partes, leia-se: *dialogue*.

Ademais, a ponderação *in concreto* do magistrado, ganha fundante importância, a exemplo da criação de uma teoria dos precedentes (MACÊDO, 2015, p.28). Há de se atentar para essa atualização processual, afinal, a ponderação *in concreto* do magistrado traz à luz inconstitucionalidades aparentemente inexistentes da norma em caráter abstrato.

Como exemplo, adiantaremos como nuance elucidativo o seguinte julgado: A sentença de improcedência confeccionada pelo Ministro do STF Luiz Fux, advinda de morte de trabalhador em acidente de linha ferroviária. Sentença improcedente essa, simplesmente, pelo fato que a família do “*de cujus*” que pleiteava indenização reparatória não se desincumbiu de provar o que lhe expectava de direto. Mas então, qual seria o motivo da impossibilidade de provar a relação do uso do serviço da companhia ferroviária? A família não procurou no bolso do “*de cujus*” o bilhete da compra da passagem.⁴

É notório que o ônus da prova aparenta uma constitucionalidade quando é previamente definido em caráter abstrato, ou seja, antes mesmo da existência do processo (relação jurídica). Todavia, quando o processo é iniciado a aparente constitucionalidade se desbota, afinal, *in concreto*, o legislador não previu todas as dinamicidades sociais dos mais variados processos. Portanto, quando da aplicação *in concreto*, fica visível a inconstitucionalidade do ônus da prova estático em certas demandas específicas quando há a impossibilidade de meaço de prova pelo autor da ação. Fato esse que justifica a própria razão de existir da teoria da dinamização do ônus

⁴ O objeto da pesquisa surge a partir da palestra proferida pelo então ministro do STF Luiz Fux. (Site: “<https://www.youtube.com/watch?v=8dSsNqsNU7k>”, em seu minuto 10 (dez). No entanto, trata-se de processo físico da década de 1990, localizado no estado do Rio de Janeiro, sendo que não tivemos acesso a ele, portanto, foram infrutíferas as tentativas de contato ao gabinete do presente ministro. Logo, esse caso concreto é o início da pesquisa, a qual se fundamentará com base na doutrina especializada.

da prova, nos capítulos vindouros desenvolvida.

Porquanto, nos cabe alertar: Ainda que não fosse aplicável a teoria da dinamização do ônus da prova no direito brasileiro, deveria o magistrado lançar-se mão da inconstitucionalidade *in concreto* do dispositivo legal, fugindo assim o magistrado do “juiz boca de lei”.⁵

Esclarecendo, chegamos a seguinte conclusão: O modelo cooperativo de processo cede importância a atuação *in concreto* do magistrado, por sua vez, tal atuação traz efetividade a uma tutela jurídica justa, adequada e satisfativa aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, com precisão cirúrgica Heitor Vitor Mendonça Sica (2011) preleciona: “o preço que o juiz paga pelo aumento de seus poderes é o estabelecimento de prévio diálogo entre as partes”. Destarte, ainda que o magistrado tenha maior poderio na atuação *in concreto* na busca pela verdade real, o mesmo, sempre será balizado pelo prévio diálogo.

O Decreto-lei nº 329-A/1995, é exemplo jurídico de aplicação da tese à cima levantada, trata-se de ousada reforma processual portuguesa, estabelecendo em sua cartilha legislativa: “A garantia da prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio da cooperação, por uma participação mais ativa das partes no processo de formação da decisão” (CUNHA, 2012, p.28).

A lei portuguesa usou-se de um conceito indeterminado, quer seja: “prevalência do fundo sobre a forma”. Conceito esse já esmiuçado nesse trabalho. Trata-se da união entre Direito e fato, ou seja, prevalência do direito materialmente avistável no caso concreto, diferentemente como ocorre na versão puramente formal e abstrata das garantias processuais fundamentais.

Com fins didáticos e para compreensão dos argumentos levantados até então, é imprescindível o uso da metáfora de François Ost (1993), *in casu*, interpretada por Lucas Buriel de Macêdo e Peixoto (2016), que servirá como resumo elucidativo ao leitor:

Antes da constituição de 1988, o magistrado brasileiro assumia a figura de “Júpiter”,

⁵ Tradicionalmente estava em jogo a aplicação de leis. Estas deviam ter um conteúdo determinado pela vontade do seu autor (legislante). E, portanto, o legislador (por intermédio da boca do juiz) que fala, decide, assume a responsabilidade, não o juiz. Quem fala não é um sujeito humano, mas um texto: O juiz como *bouche de la loi*; como se sabe, esse modelo remonta a Montesquieu. Esse paradigma familiar opera com pressupostos toscos: a possibilidade de uma única interpretação correta em cada caso, de um centro de sentido e conteúdo claro, de uma unidade objetiva dos sentidos dos textos jurídicos. Pressupor tais coisas parece ilusório diante do foro da filosofia da linguagem mais recente, entretanto explicitada há redondamente três décadas, e diante do foro da atual teoria linguística dos textos (MÜLLER, 2009).

tendo a lei como única base, limitado à utilização da subsunção para as soluções do caso concreto. Era um magistrado de atuação mais contida, legalista. Com a constituição de 1988 e as inúmeras reformas processuais, além do fenômeno do ativismo judicial, acabamos por iniciar a criação do magistrado “Hércules”, que, sozinho, tentará resolver todos os problemas da sociedade. Não funcionou, pois há o perigo da concentração exacerbada de poder para um dos três poderes. Questiona-se: Esse modelo funcionou até o momento porque a magistratura tem acompanhado os anseios da sociedade, mas, se aquela iniciar se desvirtuar da sua função, como combater uma ditadura do judiciário, após a concessão de todos os poderes à figura de “Hércules”. É pela saturação dessa figura, que se propõe a figura de “Hermes” que seria um juiz que, ao mesmo tempo em que assume a sua função criativa, acolhe e aceita o diálogo entre as partes. Temos, então, um modelo de magistrado que possui poder criativo, mas que esse poder é legitimado pelo diálogo com as partes (OST *apud* MACEDO e PEIXOTO, 2016, p.26).

Perceba que o autor mune-se do método dialético, despido de extremismos, nesse sentido, o juiz “Hermes” é a própria materialização da dialética. Vejamos, é um juiz atuante da jurisdição criativa, ou seja, dinâmica, *contratiu sensu*, do legalismo extremado de Montesquieu. Ao mesmo tempo não são concentrados todos os poderes em suas mãos, afinal, o modelo cooperativo das partes baliza tal processo. Ora, o diálogo escorrido durante o processo deverá ser o alicerce fundante dos próprios atos decisórios do Magistrado.

Enfim, chegamos ao cume do mais sofisticado modelo processual cível: Sua função retórica estratégica essencial, mas não é um destaque inovador do ponto de vista histórico. Na verdade, a previsão do princípio da cooperação está plasmada no resgate da dialeticidade, como já se esclareceu alhures. Pelas palavras de Macêdo e Peixoto (2016): É que o processo civil brasileiro, em algum momento de sua história, perdeu-se do que há de mais elementar em processo: o diálogo, a discussão, o confronto de teses.

Ora, o processo é meramente instrumento contemplativo do direito material, sua razão de existir é sua perfeita adequação aos mais variados procedimentos, daí nasce o próprio princípio da adequação. Seu fim último é uma tutela jurídica adequada e satisfativa.

3. FATTISPECIES DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação ensina alguns deveres, são eles: a) dever de esclarecimento; b) dever de consulta; c) dever de prevenção e d) dever de auxílio. São essas categorias ilustradas por Ravi Peixoto e Lucas Buril de Macêdo (2016).

Por não ser o objetivo desse trabalho, nos atentaremos a questões essenciais, não nos comprometendo com a categorização e definição de cada categoria, por não ser o momento oportuno.

O dever de prevenção, por exemplo, consiste no dever de o magistrado informar às partes sobre a possibilidade de eventual frustração de seus pedidos pelo uso incorreto de procedimentos. São exemplos: formulação de pedidos pouco claros, caráter lacunoso de fatos importantes, necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a própria sugestão de uma certa atuação pela parte, dita os exemplos o autor: (DIDIER, 2010, p.374).

Vejamos que há uma profunda reviravolta em nosso ordenamento processual a partir desse princípio, afinal, o juiz tem o poder-dever *ex officio* de sugerir determinada atuação pela parte. Há tempos atrás tal dispositivo seria esdrúxulo, afinal, com a falácia pronta a doutrina diria que o juiz perderia sua imparcialidade.

Ademais, preleciona o Art. 10 do CPC-2015 “juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Portanto, nem mesmo matérias *ex officio* poderão ser decididas sem a prévia manifestação dos polos processuais. Assim, permitindo essa manifestação prévia das partes, o magistrado terá maiores informações para a construção de sua decisão (CAVANI, 2013, p. 73).

4. PRÁXIS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E SUA APTIDÃO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como alhures dito, o princípio da cooperação traz consigo algumas inovações: a) valorização do diálogo tanto pelo magistrado, como pelas partes; b) a valorização da boa-fé no processo; c) o surgimento de diversos poderes-deveres do magistrado, impondo-o condutas mais ativas; d) a revalorização da fundamentação das decisões, momento de demonstração do diálogo realizado entre os sujeitos do processo (MACÊDO e PEIXOTO, 2016, p. 40).

Acontece que há imensa dificuldade de mudança dos velhos e incrustados paradigmas

individualistas no processo civil brasileiro, por isso Silva (2003), afirma: “talvez seja tempo de repensar todo o sistema de valores, que informam o processo civil”.

Ora, a cultura dos operadores do Direito deve ser cambiada paulatinamente, ademais, o próprio emaranhado legislativo deverá ir adaptando-se a modernização do processo civil. Por esse motivo, Humberto Ávila (2010) exclama sobre a jurisdição criativa da qual o juiz deve exercer nesse dado momento embrionário do princípio da cooperação no Brasil, vejamos: Nem todos os dispositivos inserem-se no molde o princípio da cooperação, cabendo ao intérprete analisar a atuação das partes para definir, *in concreto*, quando houve sua violação.

Ora, façamos um manifesto. Deve o Direito aproximar-se dos fatos da vida, afinal, quanto maior sua distância menor a capacidade de efetivação de uma tutela justa e adequada.

O processo civil brasileiro, ainda nos parece ser pura reprodução das ciências naturais europeias do séc. XIX. Mecanicismo grosseiro que despreza a vida e o próprio direito material que deveria ser o mais importante. Marinoni (2010) traz críticas cáusticas ao atual modelo de processo que apequena o direito material que deveria à ele servir, vejamos:

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado a participação, colabora para a legitimidade da decisão. É o conduto que garante o acesso à justiça, e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação de concretização e de proteção de direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atendas às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quando à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais (MARINONE, 2010, p.138).

Portanto, os operadores devem compreender que o processo é mero instrumento, claro que é imbuído de certa autonomia, afinal, tem em si prerrogativas de direitos fundamentais, todavia, dependem de uma situação material para existirem. Ora, não devemos cair na teoria atomista e purista do processo, visto que, leva o magistrado a decisões injustas e desarrazoadas, como aconteceu na impossibilidade de provar a existência do bilhete de metrô do caso concreto já narrado. Percebamos, que o direito material dava total alicerce a família do ferroviário, todavia, o direito processual retirou-lhes o que era de Direito.⁶

⁶ O objeto da pesquisa surge a partir da palestra proferida pelo então ministro do STF Luiz Fux. (Site: “<https://www.youtube.com/watch?v=8dSsNqsNU7k>”, em seu minuto 10 (dez)). No entanto, trata-se de processo

“Em igual medida, todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio do acesso à justiça e, por isso, deve ser rechaçado” (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2009, p.42). Partindo dessa premissa toda vez que o processo impedir a efetivação de direitos fundamentais materiais ele deve ser rechaçado. Dessarte, usando-se do exemplo empírico à cima, o dever do processo é ser instrumental, despedido de formalidades que dificultem o acesso à justiça.

Ademais, vale aqui algumas ressalvas, o princípio do acesso à justiça não tem sua efetivação apenas quando o cidadão toca as portas do judiciário e peticiona-o. Ao contrário, sua efetivação se dá durante toda a fase processual.

Aproveitando o trilhar dos argumentos despendidos, começaremos a inserir o autor nos capítulos próximos. Vejamos o que preleciona Lucas Buril de Macedo e Ravi Peixoto (2016):

Com efeito, a regra geral da carga probatória é hábil à regulação da maioria dos casos com razoável justiça, no entanto, em se tratando de fatos como o enunciado acima, o ônus da proa geral e abstrato impedirá um adequado acesso à justiça. Imprescindível, nessas situações que o juiz promova esse direito fundamental, utilizando-se da dinamização probatória, agora consagrada no Parágrafo 1º do art. 373 do CPC-2015 (MACÊDO e PEIXOTO, 2016, p. 46).

Adequando as palavras dos autores ao nosso caso empírico, temos: A dificuldade ou impossibilidade da família do ferroviário de colher a prova fundante do processo, *in casu*, o bilhete de metrô, situação que deveria ser contornada através da jurisdição criativa do magistrado, do qual é imbuído do poder-dever de garantir o acesso à justiça, devendo, pois, dinamizar o ônus da prova naquela situação em específico.

Vejamos que o próprio legislador reconhece a insuficiência da norma ingênua que diz prevê todas as situações jurídicas dos mais variados casos concretos. Daí Eduardo Cambi (2001) em seu livro, Neoconstitucionalismo, cita a necessidade de construção de técnicas processuais criativas e adequadas à tutela dos direitos materiais.

5. PRINCÍPIO DA FLEXIBILIDADE PROCESSUAL E SUA

físico da década de 1990, localizado no estado do Rio de Janeiro, sendo que não tivemos acesso a ele, portanto, foram infrutíferas as tentativas de contato ao gabinete do presente ministro. Logo, esse caso concreto é o início da pesquisa, a qual se fundamentará com base na doutrina especializada.

EFETIVIDADE AO DIREITO MATERIAL

O processo, após a aquisição de sua autonomia de ciência e confeccionado na ideologia formalista e simplória da legalidade – generalidade e abstração em detrimento dos valores - distanciou-se do direito material. Por conseguinte, nada obstante a peculiaridade da relação substancial *sub judice*, acabaria tutelando as mais variadas situações jurídicas pelo mesmo procedimento comum, tendo como consequência, prejuízo a direitos, ainda que eles sejam tutelados no plano do direito material, não encontram técnicas processuais aptas a dar-lhes vida e efetividade (MACÊDO E PEIXOTO, 2016, p.47).

O princípio da flexibilidade processual e procedimental, como aponta Fredie Didier Jr (2011), é norma dirigida não só ao legislador quando da criação de procedimentos especiais, mas, também, aos próprios magistrados que podem adaptar o procedimento ao direito material tutelado pelas partes, quando necessário.

Exemplo seria o indeferimento de petições iniciais quando ocorrido a cumulação de pedidos de ação de execução de alimentos e ação de execução de alimentos cumulados com a prisão civil do inadimplente. Afinal, os alimentos em decorrência de sua natureza imediata e temporária só habilitará a possibilidade da prisão civil do alimentante nas 3 (três) ultimas prestações devidas. Assim, deverá haver autos apartados da cobrança das 3 (três) ultimas prestações devidas e autos das demais prestações. Destarte, há movimentação de dois processos, demandando duas citações, dupla custa processual e todos os procedimentos de praxe. Assim, ainda que haja maior duração dos processos, os procedimentos não são ajustados em conjunto.

Ora, tal procedimento é assim feito em decorrência da súmula do STJ 309⁷, afinal a execução em autos apartados se dá pela diferença de procedimentos entre os dois processos de execução de alimentos e de execução cumulada com a prisão civil do alimentante (CPC-2015, Art. 327, § 1, III).⁸

⁷ Súmula 309, STJ: *O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo.*

⁸ Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: I - os pedidos sejam compatíveis entre si; II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

Tal caso, é exemplo de aplicação do princípio da flexibilidade processual pelo próprio órgão julgador, percebemos, portanto, que o direito material sempre deve ter sua máxima efetivação proporcionada pelo procedimento.

A doutrina ainda cita outros exemplos, como: Art. 497 CPC-2015, no qual preleciona a atipicidade dos meios executivos, ou seja, o juiz usar-se-á da técnica processual necessária para satisfazer a execução. É esse mais um caso donde o juiz tem o poder-dever de modificação e adaptação do procedimento ao direito material, *in casu*, satisfação da execução.

Nesse diapasão, insere-se a justificativa de existir da própria teoria da dinamização do ônus da prova. Por exemplo, nas causas que envolvem erro médico, há extrema dificuldade de comprovação probatória pelo autor. Por isso, o processo civil, deve usar-se de técnica adequada para efetivar o direito fundamental de acesso à justiça e isonomia material daquele que se diz prejudicado. Vejamos a relação entre o princípio da flexibilidade processual e a própria teoria da dinamização do ônus da prova, palco desse trabalho que será analisada esmiuçadamente nos capítulos vindouros.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre a constitucionalização do direito processual civil e a adoção do modelo processual cooperativo revela um marco essencial na evolução do processo civil brasileiro. A superação do formalismo exacerbado e da rigidez normativa, em favor de um processo dialógico e mais adaptável à realidade fática, consolida-se como uma necessidade premente para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

O modelo cooperativo, como explorado ao longo deste trabalho, propõe uma atuação mais participativa entre juiz e partes, favorecendo a busca pela verdade real e possibilitando a construção de uma decisão judicial mais justa e eficaz. Essa colaboração é sustentada pelo princípio da cooperação, que valoriza o diálogo, a boa-fé e a prevenção de decisões arbitrárias ou injustas, principalmente em situações onde o ônus probatório se mostra desproporcional ou ineficaz.

A teoria da dinamização do ônus da prova, destacada como uma solução essencial para os casos em que a prova se torna inviável para uma das partes, demonstra a importância de uma jurisdição criativa e flexível. Nesse sentido, a flexibilização processual aparece como um elemento indispensável para adaptar os procedimentos judiciais às necessidades específicas do direito material, permitindo maior acesso à justiça e adequação das decisões ao contexto social contemporâneo.

Por fim, é inegável que a adoção de um processo mais cooperativo e flexível é um passo fundamental para o avanço da tutela jurisdicional no Brasil. Ao alinhar-se com as demandas sociais e as particularidades de cada caso concreto, o modelo processual cooperativo se apresenta como um caminho para a realização de uma justiça mais legítima, equânime e eficaz, reforçando o compromisso do Judiciário com a efetividade dos direitos fundamentais.

7. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Mauricio. **Filosofia do direito: uma crítica a verdade na ética e na ciência**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.15.

ARENDT, Hannah, 1906-1975. **Origens do totalitarismo**: Hannah Arendt; tradução Roberto Raposo. — São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 395.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 97.
ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. Ed. Ampl. Atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.95.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: qué debe probar el que no puede probar? In PEYRANO, Jorge Walter. **Cargas probatórias dinâmicas**. 1. Reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. p. 105.

BARONGENO, Maria Cristina de Luca. **Direitos Humanos Sociais**: necessidade de positivação das regras de interpretação? 2009. 154 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 6.

BENEDUZI, Renato Resende. **Sustantierung, notice-pleading e fact-pleading** - A relação

entre escopo das postulações e função da prova nos processos. JusPODIVM, 2015, p.445.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: EJE, 1971, v. II.

BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: **Paz e Terra**, 1986, p.54.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 março. 2018.

CAMBI, Eduardo. **Sobre a crise da democracia representativa: Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: RT, 2009.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p.315-340.

_____. **Direito constitucional a prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 218, 2013, p. 73.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.369, v. III.

_____. **Principios de derecho procesal civil**. Madrid: Editorial Reus, 1925, p.265, T. II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO. Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.42-118.

COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. 2011. 279 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo- USP, São Paulo, 2011, p. 99-223.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. In COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. 2011. 279 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo- USP, São Paulo, 2011, p. 99-223.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo**

civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Lisboa: Almedina, 2012, p. 28.

DIDIER JR., Fredie. **Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real.** Leituras complementares de processo civil, 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. **Curso de direito processual civil.** 13 ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2011, p. 105.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. Ed. Ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36-213.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constitucion y proceso civil en latino america.** Mexico: Unam, 1974, p.54.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método-Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flavio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 320-400.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronal do Kochem. **Revista de Processo.** São Paulo: RT, v. 206, 2012, p. 126.

HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos interpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.32.

KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio-diabolica.** FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 945.

LÉPORI WHITE, Inês. Cargas probatórias dinâmicas. In PERYANO, Jorge Walter. **Cargas probatórias dinâmicas.** I. reimp. Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2008. p. 24.

LOPES, Joao Batista. **A prova no direito processual civil.** 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 54.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização.** Revista e atualizada. 2 ed - Salvador: Juspodivm, 2016, p. 20-137.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil.** 7 ed. São

Paulo: RT, V. 2, 2010, p. 57.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, p.95.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil anotado artigo por artigo**. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p.138.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional*. Disponível em: www.abdpc.org.br, acesso em 04 de abril de 2018.

_____. *A tutela específica do consumidor*. Disponível em: www.abdpc.org.br, acesso em 04 de abril de 2018.

_____. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: www.abdpc.org.br, acesso em 04 de abril de 2018.

MARQUES, Ramiro. **Ética em Kant**. Portugal. 2012. p. 3. Disponível em: http://www.eses.pt/usr/ramiro/docs/etica_pedagogia/a%20%C3%89tica%20dekant.pdf. Acesso em 20 de maio de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 592.

MICHELI, Gian Antonio. **Ilmere della prova**. 2 ed. Padova: Cedam, 1966.

_____. Teoria geral da prova. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 7, jul. 1976, versão digital.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **O processo civil contemporâneo: enfoque comparativo**. Temas de direito processual - nona serie. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9 ed. São Paulo: RT, 2009, p.77.

OST, François. **Júpiter, Hercules, Hermes: três modelos de juiz**. Doxa, n. 14, 1993. Disponível em <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15938>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

PEYRANO, Jorge Walter. **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. Liis Responsabilidades Profesionales** - Libro al Dr. Luis. Andorno. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992.

PEYRANO, Jorge Walter. **Cargas probatórias dinâmicas**. 1. Reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. p. 32.

PICARDI, Nicola. **Audiat et altera pars - as matrizes histórico-culturais do contraditório**. Jurisdição e Processo. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.125.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo civil ambiental. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008. p. 132.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 56.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p. 164.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 603.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 887.

TROLLER, Alloys. **Os fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 2009, p. 23.

TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

YUNG, Corey Rayburn. Flexing judicial muscle: an empirical study of judicial activism in the Federal Courts. **Nw. UL Rev.**, v. 105, 2011, p. 10.