



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

NEOPROCESSUALISMO E A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA
COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Eduardo Villar e Silva

Rio de Janeiro
2018

EDUARDO VILLAR E SILVA

NEOPROCESSUALISMO E A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA
COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Monografia apresentada como exigência
de conclusão do Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Coorientadora:

Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

EDUARDO VILLAR E SILVA

NEOPROCESSUALISMO E A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA
COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Monografia apresentada como exigência de
conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2018. Grau atribuído _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira– Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Guilherme Kronenberg Hartmann– Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann - Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Tina pela leitura atenta e sugestões. Prometo não falar mais sobre Teoria Mímica.

À Gabri pelo companheirismo e cervejas sem glúten.

À Rubia e Maria pelo constante carinho e apoio.

Ao Silvio pelos 3 longos anos de parceria na Emerj.

Ao Professor Hartmann pela confiança que depositou no presente trabalho e pelas recomendações que enriqueceram sobremaneira a produção dessa monografia.

À Professora Néli que me ensinou a ter entusiasmo na produção de um trabalho científico e à Professora Mônica pelas pacientes revisões e conselhos.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente ideal de estudos, reflexões e amadurecimento.

“O caminho para o inferno é pavimentado de boas intenções.”

Provérbio.

SÍNTESE

O Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 6º aponta a cooperação processual como norma fundamental. Determina que os sujeitos do processo devem colaborar entre si como pressuposto para uma decisão de mérito justa e efetiva. Propõe uma nova divisão dos trabalhos no processo, no sentido de construir uma dinâmica sem protagonistas e de absoluta paridade. Por meio de tal intuito filantrópico, acaba por determinar a marcha processual com base na imposição de vagos deveres de cooperação, ao invés de seguir seu curso com base no ônus argumentativo de cada parte, fundado no contraditório substancial. Referida postura enseja o cerceamento dos direitos e garantias fundamentais das partes, um reposicionamento do magistrado e limitação da liberdade argumentativa dos advogados. Numa etapa neoconstitucional em que ocorre uma vulgarização da invocação dos princípios, acaba sendo entendido como tal e confundido com diretrizes políticas. Analisar-se-á que referida postura se cuida de abordagem ilusória, na medida em que ignora a natureza conflituosa do desejo humano. Conclui-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade parcial da cooperação processual, por meio da realização de uma declaração de inconstitucionalidade com redução de texto para que se possa preservar a unidade do ordenamento jurídico, adequando o sentido da norma ao que diz a Constituição e sua principiologia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1.NEOPROCESSUALISMO: UMA VISÃO DIALÉTICA SOBRE OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL	11
1.1 Histórico: da <i>litiscontestatio</i> romana ao novo código de processo civil.....	18
1.1.1 Estado democrático de direito: superação do modelo liberal e do modelo social.....	20
1.1.2 Estado Liberal: partes parciais e magistrado como terceiro imparcial.....	22
1.1.3 Estado Social: o processo como forma de tutela social.....	26
1.1.4 A superação do Publicismo versus privatismo: o paradoxo de Bulow e a cooperação processual.....	29
1.1.5 Cooperação processual versus negócios jurídicos: princípio da autonomia da vontade como elemento distintivo.....	32
2. A VULGARIZAÇÃO DA INVOCAÇÃO DE PRINCÍPIOS: COOPERAÇÃO PROCESSUAL NÃO É PRINCÍPIO.....	37
2.1 Doutrina alemã e portuguesa: confusão entre princípios e diretrizes políticas.....	42
2.2 Limites à cooperação processual com base no contraditório substancial.....	44
2.3 Neoconstitucionalismo e a nova roupa do rei: “ o vinho velho em odres novos”.....	51
3.A INCONSTITUCIONALIDADE DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	55
3.1 O princípio democrático como fundamento constitucional da colaboração processual mascara um neoprotagonismo processual do magistrado	59
3.2 Otimismo Antropológico do princípio da cooperação processual e a Teoria Mimética do Desejo	63
3.2.1 A centralidade da violência na determinação do sujeito e da cultura.....	66
3.3 Interpretação constitucional com redução de texto como forma de se realizar um filtro hermenêutico ao princípio da cooperação.....	73
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS.....	79

SIGLAS E ABREVIATURAS

CPC/15- Código de Processo Civil

CF- Constituição Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A presente monografia trata do paradigma cooperativo alçado ao patamar de norma fundamental da codificação processual civil atual, propondo uma filtragem constitucional por meio de uma interpretação conforme à Constituição da norma estatuída no art. 6º do Código de Processo Civil de 2015. Entende-se que referida abordagem da relação processual configura-se como ilusória e romântica, na medida em que se baseia em cláusulas genéricas, que coercitivamente impõem deveres de colaboração entre todos os sujeitos do processo como pressuposto para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, ensejando, assim, o cerceamento de direitos e garantias fundamentais das partes e da liberdade argumentativa de seus advogados.

Para empreender essa tarefa, vale-se, inicialmente, dos negócios processuais, instituto de grande destaque da novel legislação, que apesar de possuir finalidades diversas, pertence ao mesmo panorama neoprocessual e tem comum fundamentação nos princípios constitucionais da democracia, solidariedade e participação. Nesse prisma, por meio de uma visão dialética de ambos, busca-se traçar suas semelhanças e diferenças.

No primeiro capítulo, realiza-se uma abordagem histórica da relação entre Estado e sociedade para que se possa compreender o caminho percorrido pelo processo civil para chegar ao estágio atual neoprocessual brasileiro.

No segundo capítulo, desenvolve-se o que se conhece como "panprinciologismo", termo que designa a inflação neoconstitucional na criação de princípios, de modo a refutar a perspectiva que aponta a cooperação como tal. Procede-se a uma distinção da perspectiva adotada na doutrina portuguesa e alemã, que grande influência exerceram sobre a brasileira, entre princípios e diretrizes políticas, destacando que não é função do poder judiciário promover políticas públicas pragmáticas e utilitárias de competência de outro poder.

Outrossim, destaca-se no presente estudo que o processo deve seguir seu curso não com base na imposição de deveres de cooperação entre as partes, mas com fundamento no contraditório substancial, informado pelos deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio. Afora isso, corre-se um grande risco de o magistrado sofrer um reposicionamento e ser uma fonte do arbítrio que se quer evitar.

Apona-se, ainda, que a perspectiva neoconstitucionalista veste o Direito Constitucional com novos trajes de modo a superar o positivismo subsuntivo, sem conceber que referida perspectiva já foi refutada há mais de 100 anos pela doutrina constitucionalista brasileira. Sendo possível, pois, concluir que mencionada postura denota uma forma teórica de realizar uma instrumentalização ideológica da disciplina e traz à superfície situações como “inconstitucionalidade como estado emocional”.

No capítulo 3, adentra-se na argumentação relativa à mitigação do referido “princípio” por meio de controle de constitucionalidade. Nesse passo, expõe-se que é salutar o destaque ao princípio democrático como vetor informador da primeira legislação processual civil produzida fora de um contexto ditatorial, no entanto, deve-se ter cautela, pelo fato de que determinadas aplicações radicais vinculadas ao prisma cooperativo podem mascarar um neoprotagonismo do magistrado.

Por conseguinte, aponta-se que a colaboração processual baseia-se numa concepção equivocada da “natureza humana”, porquanto traz à tona a figura do “bom litigante”, ao tentar fugir da concepção do direito como guerra e conflito, para promover a visão filantrópica de que os litigantes devem dar as mãos em direção à pacificação social.

Com vistas a refutar referido otimismo antropológico, lança-se mão da Teoria Mimética, desenvolvida por René Girard, para demonstrar que a estrutura triangular do desejo humano sempre leva ao conflito. Nesse passo, ele é central na determinação do sujeito e da cultura, não podendo, pois, ser compreendido como fator acidental.

Por derradeiro, propõe-se um filtro constitucional ao mencionado dispositivo com o desiderato de salvá-lo, levando em consideração a presunção de constitucionalidade das leis, numa hermenêutica que preserve os direitos fundamentais dos utentes e a liberdade argumentativa dos advogados, sem causar a repriminção de um protagonismo judicial já superado. Nesse sentido, defende-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto da expressão “entre si” da mencionada norma, no sentido de apontar para os efeitos deletérios que a cooperação imposta às partes pode gerar ao processo, porquanto deve ser compreendida como um direito das partes e não como um dever. A metodologia utilizada foi qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica em que teses doutrinárias foram debatidas sobre o assunto. Não há ainda jurisprudências sobre o tema em função da recente criação do instituto.

1.NEOPROCESSUALISMO: UMA VISÃO DIALÉTICA SOBRE OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A COOPERAÇÃO PROCESSUAL

O presente trabalho utiliza a negociação processual como um veículo que conduz, pela paisagem histórica, ao neoprocessualismo brasileiro, elucidando a evolução e a relação dos modelos de processo civil com as formas de Estado. Busca-se, desse modo, alcançar o estágio da ciência processual em que formulado o princípio da cooperação, para que se possa compreender os motivos da inconstitucionalidade parcial da norma que o prevê na novel codificação.

Propõe-se uma análise dialética de ambos, em virtude de, por vezes, serem confundidos como o mesmo instituto jurídico ou serem considerados como aplicação prática e fundamento. Deve-se, por conseguinte, atentar para as distinções que podem ser apontadas.

Nessa ordem de ideias, além de o panorama geral histórico servir a um e a outro, lança-se mão, também, dos negócios jurídicos processuais, porquanto formulado, anteriormente, na doutrina estrangeira e pelo fato de serem considerados o rebento de maior destaque na novel legislação processual civil pátria. Com efeito, cria um microsistema de negociação de normas processuais de ordem pública, ampliando, intensamente, as esparsas possibilidades previstas nas leis anteriores. Sua análise permite, dessa maneira, traçar o percurso da ciência processual até chegar ao pano de fundo necessário ao debate em tela: o regime democrático implementado pela Constituição de 1988 e suas influências no processo civil.

Abordando-se os negócios jurídicos processuais, surgem, preliminarmente, questionamentos acerca da viabilidade da pactuação de normas cogentes e imperativas que visam a reger os procedimentos de uma lide. Ou por outra, o direito processual é conhecido por ser ramo de direito público, que cuida de “organizar a desordem”¹, havendo, no mínimo, certa inquietação ao se aventar essa possibilidade. Causa espécie, mesmo a operadores do direito, que pouca informação têm sobre o novo regime das convenções processuais, em função de sua hodiernidade e divergência doutrinária.

¹ FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 224.

Tal fato ocorre pois é natural a visão do processo como dissenso, disputa, jogo, guerra², luta ou interdição, pelo fato de a natureza mimética do desejo humano levar sempre ao conflito, conforme será desenvolvido. Como podem, então, as partes negociar regras processuais?

O contato inicial com o tema, com efeito, pode causar certa estranheza ainda por envolver a negociação de normas que informam o processo, com *status* de garantias e direitos fundamentais³, como o devido processo legal e o contraditório.

Afirma-se, nessa direção, que se cuida de um “encontro improvável de dois mundos”⁴, porquanto se trata de um cenário em que se busca promover a atuação da vontade das partes sobre normas de direito público.

Não se pode dizer, todavia, que os negócios jurídicos processuais se constituem propriamente como uma inovação no ordenamento processual civil brasileiro. Havia previsão do instituto tanto no CPC de 1939 quanto no de 1973. Neste último, mencionam-se convenções típicas sobre o ônus da prova, competência, suspensão do processo, dilação de prazos etc.

O que ocorre, com efeito, é o fato de que o CPC de 2015 ampliou, significativamente, suas possibilidades de utilização. Assim, criou um microssistema negocial em que a perspectiva de acordos sobre normas processuais ganhou musculatura em face das modestas previsões legislativas pretéritas. É nesse sentido que se manifesta Loic Cadet, Presidente da Associação Internacional de Direito Processual, ao apontar que o instituto é vanguardista, pois cuida-se de legislação inovadora “da Alemanha, onde o tema nasceu, ao Brasil, onde acaba de encontrar a sua mais bela expressão legislativa com o novo Código de Processo Civil”⁵.

O CPC trouxe duas cláusulas gerais de negociação processual, além de outras previsões esparsas referentes às convenções processuais típicas. A primeira encontra-se

² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 9.

³ Nesse espeque, as ponderações podem ser feitas de modo similar ao debate com base em situações nas quais o indivíduo abre mão de determinados direitos fundamentais em contextos específicos. Pode-se, mencionar como ilustração pessoas que participam de reality shows, que abrem mão de seu direito constitucional à intimidade.

⁴ CABRAL, op. cit, p. 31.

⁵ *Ibid.*, p. 14.

presente no Art. 200⁶ e aponta que “ os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem, imediatamente, a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.” Dessa forma, pode-se vislumbrar que a intenção do dispositivo foi dar ensejo a qualquer tipo de negócio jurídico atípico. Trouxe também a nova legislação, por conseguinte, uma cláusula geral de acordo de procedimento, consoante Art. 190⁷, visando adequá-lo ao direito material de que trata a demanda.

Assim, com inspiração na arbitragem, busca-se promover a simplificação, a eficiência e a flexibilização através da criação de um “procedimento especialíssimo” entre as partes, de modo a adequá-lo ao direito material em litígio e à vontade das partes no processo.

Dessa forma, menciona-se, como ilustração, alguns exemplos de previsões típicas do instituto na novel legislação: a) modificação do procedimento (Art. 190⁸); b) criação de calendário para a prática de atos processuais (Art. 191⁹); c) saneamento do processo sendo efetuado pelas próprias partes (Art. 357, §2¹⁰); d) inversão do ônus da prova realizado pelas partes extrajudicialmente (Art. 373, §4¹¹); e) renúncia à impenhorabilidade de bens por convenção entre as partes (Art. 833¹²); f) renúncia à força executiva do título extrajudicial por convenção processual (Art. 785¹³); g) dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença; h) renúncia prévia ao direito de recorrer; i) alteração de efeito inerente a recurso; j) criação de hipóteses de sustentação oral não prevista em lei ou mesmo de ampliação do seu prazo; k) alteração de prazos peremptórios; l) modificação dos deveres e sanções processuais.

Nessa ordem de ideias, a doutrina utiliza como base para fundamentar referidas convenções o princípio do respeito ao autorregramento¹⁴ da vontade no processo civil:

⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 23 jul 2017.

⁷BRASIL, op. cit., nota 7.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid..

¹³ Ibid.

¹⁴ Pode-se afirmar que a autocomposição, de outro modo, pode ser considerada como uma forma de manifestação do autorregramento da vontade. Ela foi, repare-se, amplamente, estimulada dentro do novo regramento processual civil, conforme os §§ do Art. 3¹⁴ do CPC. Há, entretanto, de acordo com que dispõe Art. 334, §4, I CPC¹⁴ o respeito à hipótese de as partes não almejarem obter a solução do conflito através

não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento do Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil¹⁵.

Tem-se, assim, a máxima do *in dubio pro libertate*. Antônio Cabral¹⁶ afirma que o princípio “ é a primeira diretriz aplicativa que deve iluminar a tarefa de controle da validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais”.

Pode-se, assim, afirmar que dentro de uma grande fotografia, os negócios jurídicos processuais pertencem ao mesmo panorama neoprocessual que possibilitou as discussões que culminaram na positivação do princípio da cooperação processual como norma fundamental no Art. 6 do CPC/15¹⁷:

Com efeito, Daniel afirma que a colaboração seria um princípio jurídico em virtude do fato de que este impõe um estado de coisas a ser promovido, sendo que o fim da colaboração estaria em servir de elemento para organização de um processo justo (idôneo a alcançar uma decisão justa).¹⁸

Com o estabelecimento do regime democrático, princípios exarados na Carta Maior como solidariedade e participação deram azo a debates sobre a reformulação do processo civil sob a luz da colaboração dos sujeitos. Concorre para isso o fato de que CPC/15 é a primeira codificação processual civil produzida fora de um contexto ditatorial. Outrossim, tem-se que, ambos os institutos, visam a promover uma flexibilização dessas normas, em face de uma busca pela eficiência e simplificação.

Semelhanças, no entanto, devem ser vistas com cautela, na medida em que essas flexibilizações não podem ser feitas a qualquer custo.

desses meios. Nessa perspectiva, é possível observar que o autorregramento se trata de perspectiva informadora de toda legislação.

Deve-se diferenciar, entretanto, a negociação realizada sobre os aspectos processuais da demanda, dessas outras que se voltam ao mérito. Nessa linha, pode-se distinguir que a conciliação, mediação e transação são institutos que têm como desiderato estabelecer pactuações relacionadas ao direito material controvertido, sendo conhecidas, desse modo, como meios alternativos de solução de controvérsias jurídicas.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 33.

¹⁶ CABRAL, op. cit, 2016, p. 254.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁸ STRECK, Lênio. Um debate com (e sobre) o formalismo -valorativo de Daniel Mitidiero, ou “ Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, Porto Alegre, (v. 213/ ano 37), p. 13-34, nov 2012.

Dessa forma, enquanto os negócios processuais se consubstanciam como uma manifestação da liberdade e da autonomia privada das partes na seara processual, o princípio da cooperação é fonte de cerceamentos aos direitos e garantias fundamentais dos litigantes e de seus advogados, consoante será desenvolvido.

O princípio, portanto, surge no bojo dessa perspectiva processual civil pós-moderna e é entendido pela doutrina entusiasta também como modelo de processo civil¹⁹.

Essa perspectiva neoprocessualista entende que a colaboração visa a reordenar o papel das partes e do magistrado na organização do processo. Ou por outra, entende-se que o objetivo é conferir uma instrumentalidade ao processo, de modo que se possa dar feição ao formalismo, por meio de um equilíbrio no trabalho de todos os participantes do processo.²⁰

Referida formulação tem como desiderato dar uma resposta ao problema formulado por Carlos Barbosa Moreira²¹ denominado “divisão do trabalho entre o juiz e as partes”, por meio da formação de uma comunidade de trabalhos.

A sociedade, nesse panorama, é entendida como uma forma de cooperação entre seus integrantes com a intenção de promover aproveitamento mútuo. Com efeito, o Estado não se coloca numa relação de pura abstenção, passando a ter que cumprir seus deveres constitucionais:

Não por acaso, no que tange especificamente ao processo, o direito ao processo justo não pode ser entendido senão como um direito à prestação e, mais especificamente, como direito à organização de um processo justo. Do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do caráter problemático do Direito, reabilitando-se a sua feição argumentativa. Passa-se da lógica apodíctica à lógica dialética. Finalmente, do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa fé-subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa fé subjetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz.²²

No que diz respeito a sua feição como princípio, entende-se que possui fundamentação na cláusula democrática que se traduz numa necessidade de participação dos cidadãos. Assim sendo, o estado de coisas a que se busca promover é o da cooperação

¹⁹ Ibid.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, Porto Alegre, (v. 194/ ano 36), p. 56-68, abril 2011.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

do juiz e das partes no processo de maneira equilibrada,²³ sem qualquer protagonismo, sendo o magistrado um contraditor que atua em pé de igualdade com as partes, influenciando e sendo influenciado por deveres de cooperação, impostos aos sujeitos do processo.

No entanto, deve-se reconhecer que o desenho institucional proposto por esse modelo se baseia numa abordagem idealista e numa visão romântica da solidariedade no processo civil, na medida em que acredita que as partes podem dar as mãos na direção da pacificação social. Ou por outra, tem-se a perspectiva filantrópica em que a imposição de ônus e deveres de colaboração às partes é pressuposto para uma decisão jurisdicional justa e célere. Caso não sejam atendidos, podem, inclusive, ensejar consequências negativas aos utentes.

Esse não é, pois, o melhor entendimento, pelo fato de que o processo civil deve ser regido pelo princípio do contraditório, baseado no direito de influência das partes na decisão jurisdicional. Situação bastante diversa do que ocorre com relação ao mencionado princípio, na medida em que o contraditório substancial tem suas balizas estabelecidas nos deveres de esclarecimento, de prevenção, de auxílio e de consulta. Tem-se que a cooperação nos moldes atuais, por outro lado, visa a obrigar as partes a colaborar, mesmo contra suas vontades, almejando uma “verdade superior” colaborativa: “O cidadão tem o dever de cooperar com sua parte adversa? Em que condições um standart normativo desse teor pode efetivamente ser aplicado em um Estado Constitucional? E ainda, haverá sanções no caso de não cooperação?”²⁴

Nesse prisma, ambos os institutos são fruto desse momento de constitucionalização do processo, com forte influência do princípio democrático. No entanto, a cooperação acaba por mascarar, sob uma fachada da legitimação democrática da atuação jurisdicional, o retorno a uma perspectiva já superada. Por conseguinte, no anseio de se buscar uma limitação ao arbítrio, termina-se, ao final, reforçando-o, porque a figura do juiz colaborador dá azo a amplas margens de discricionariedade. Em outras

²³ Ibid.

²⁴ STRECK, Lenio. O “ bom litigante”- Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista brasileira de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte (v. 90/ ano 23), p. 339-354, abr./jun. 2015

palavras, a colaboração processual acaba sendo uma cláusula genérica que limita garantias processuais.

O princípio da cooperação visa a promover o estabelecimento obrigatório de um regime colaborativo entre os sujeitos do processo, por meio de uma estrutura sem protagonistas.

Ao contrário do que ocorre com relação aos negócios processuais, que têm como seu fundamento o princípio do autorregramento da vontade, na medida em que baseados na autorregulação do interesse, implicando, desse modo, numa liberdade de celebração e de estipulação de normas processuais civis. .

Vê-se, portanto, que a nota distintiva se situa na imposição legal de um comportamento aos sujeitos do processo no princípio da cooperação, que inexistente quando se trata dos negócios jurídicos processuais, que pressupõem uma voluntariedade das partes.

Nesse sentido, pretende-se realizar uma comparação dialética entre os dois institutos jurídicos, de modo a se trazer à tona as suas semelhanças e diferenças. Nesse passo, lança-se mão dos negócios jurídicos processuais como um caminho para se chegar ao princípio da cooperação, que se entende como uma degeneração dessa visão neoprocessualista:

Nada obstante, a cooperação não apenas sobreviveu às contestações como foi apropriada para além de qualquer referencial, no estado de natureza hermenêutico do chamado paradigma neoprocessualista. Saltou então, de suposto fundamento “ ético-lógico-social”, para o próprio ordenamento jurídico positivo. Já se tratava de categoria problemática, por precisar recorrer a Moral para não esvaziar-se em mero ornamento. Ora, positiva-se uma “cláusula genérica” limitando garantias processuais. Num Código de Processo, tem-se uma sombra de “ não processo”: sob coerção estatal, os litigantes devem praticar certa autocontenção. Em que medida? Como se determinará o que é litigar legitimamente e o que é cooperar? E a magistratura, como se apropriará dessa norma, a prevalecer o imaginário “ decido-conforme-a-minha-consciência”? Importará uma espécie de *Pax Romana* do Direito?²⁵

Assim, utilizando-se os negócios processuais com seus contornos vanguardistas, busca-se abordar a relação entre sociedade e Estado e, por fim, a relação do juiz com as partes na condução do processo. Desse modo, pode-se chegar aos motivos para a inconstitucionalidade parcial do princípio da cooperação processual como filtro

²⁵ Ibid.

constitucional que visa a salvar o dispositivo. Busca-se corrigir a sombra de “não processo” estatuída como norma fundamental da nova codificação processual.

Por fim, nem mesmo Daniel Mitidiero²⁶, grande entusiasta do formalismo-valorativo, que busca refundar a relação processual por meio da cooperação processual, concorda com a obrigação de cooperação entre as partes, consoante exposto na norma fundamental do NCPC²⁷. Nesse sentido, aponta que as regras de colaboração servem como diretrizes para a condução do processo pelo juiz, não devendo haver colaboração das partes entre si:

E aqui, desde logo deixar claro: a colaboração no processo civil não implica na colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso).

Deve-se, pois, realizar uma exegese constitucional em relação à norma do Art. 6º do CPC/15²⁸ para que se adeque ao devido processo legal e ao contraditório substancial, de modo a mitigar a imposição da cooperação entre as partes. Tal fato dá ensejo ao cerceamento de direitos fundamentais dos utentes, limita a liberdade argumentativa dos advogados e coloca o juiz na posição de contraditor, promovendo-se, com isso, um neoprotagonismo, reavivando-se a perspectiva social de processo, há muito já superada.

1.1 Histórico: da *litiscontestatio* romana ao CPC/15

Uma relevante referência histórica aos negócios jurídicos processuais é o instituto romano da *litiscontestatio*. Nele, o processo era visto como “ coisa das partes”. No entanto, referida perspectiva não é capaz de apontar para os contornos atuais do instituto, porquanto possuía uma abordagem privatista, em que o processo era visto como contrato ou quase contrato²⁹. Nesse diapasão, não pode ser considerado como um

²⁶ MITIDIERO, op. cit.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid, p. 33.

protótipo dos negócios jurídicos processuais, pois “verifica-se que não expressava ela qualquer sentido convencional acerca da realização de atos procedimentais adaptados às exigências do objeto litigioso”³⁰.

Nessa direção, no século XIX, houve pela primeira vez o tratamento dos negócios processuais dentro dos moldes atuais, na obra de Joseph Kohler³¹. O autor alemão tratava do exercício da autonomia da vontade voltado a produzir efeitos processuais, numa perspectiva, contudo, igualmente, privatista³².

Em que pese o aprofundamento inédito realizado pelo autor, referida teoria não ganhou influência na jurisprudência alemã, visto que a obra de Oskar Bulow, considerado “o pai da ciência processual”, sobre exceções processuais e pressupostos processuais, obteve grande popularidade. A partir de seu trabalho doutrinário, o processo civil passa a ter autonomia em face ao direito civil, deixando de ser mero apêndice do direito privado.

Configura-se, nessa senda, como relevante marco para a disciplina. Dessa forma, desvincula o processo do direito material e abre caminho para a escola publicista³³. Tal fato fez com que os estudos realizados por Kohler sobre negócios processuais ficassem em segundo plano.

A doutrina italiana, que forte influência exerceu sobre a brasileira, não foi receptiva em relação ao advento dos negócios processuais. Antônio Cabral³⁴ ressalta que Salvatore Satta, autor dessa nacionalidade, no mesmo sentido de Bulow³⁵, afirma que “a relação jurídico processual é pública, e esta qualidade impediria qualquer convenção porque, no processo, estariam em jogo interesses públicos, pertencentes a toda a sociedade”.

Entretanto, com o advento da Carta Constitucional de 1988, surgem as bases para a constitucionalização do processo³⁶ e relativização dessa perspectiva publicista, marcando o surgimento da abordagem neoprocessual:

a referida alteração paradigmática permitiu o aprofundamento de estudos em teoria do processo que buscam ofertar uma releitura constitucionalizada das

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, op. cit., 2017, p. 28.

³¹ KOHLER apud CABRAL, op. cit, p. 97.

³² FARIA, op. cit, p. 20.

³³ Ibid.

³⁴ CABRAL, op. cit, p. 103

³⁵ BULOW apud CABRAL, op. cit., p. 98.

³⁶ FARIA, op. cit., p. 24.

matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, bem como o próprio legislador.

Diante disso, cria-se uma perspectiva em que o viés democrático permite a participação do povo nos processos decisórios. Criticar-se-á, no entanto, mais à frente, a imposição dessa participação na perspectiva cooperativa de processo.

1.1.1 Estado democrático de direito: superação do modelo liberal e do modelo social

Pode-se afirmar que uma das propostas da novel codificação processual civil passa pela modificação do paradigma que analisa o papel das partes no processo, havendo a construção de uma perspectiva neoprocessualista, influenciadora tanto da negociação processual quanto do princípio da cooperação.

Defende-se, nessa visão, um reposicionamento da função do magistrado dentro do processo, não tendo mais a posição neutra e inerte. Assim, busca-se promover um processo, de conformidade com os novos paradigmas neoprocessuais.

Tem-se, atualmente, o horizonte de que as perspectivas publicista e privatista do processo devem ser superadas, através de uma conciliação, de modo que se possam realizar os direitos fundamentais através de uma elasticidade procedimental em que não se tenha um juiz passivo, e nem as partes atuando de forma soberana. Com efeito, advoga-se por um novo modelo, em que não haja maniqueísmo e sectarismo, de modo a se promover uma flexibilização do formalismo.

Nesse diapasão, dentro do paradigma que conferiu autonomia ao Processo Civil em relação ao direito material e alçou-o à categoria de ciência autônoma, em

contrapartida, havia o pensamento de que o Estado deveria ser protagonista absoluto em relação aos atos do processo, consoante sustentam Bulow³⁷ e Klein³⁸.

Esse modelo publicista, registre-se, é o predominante até o advento do CPC/15³⁹, apesar das convenções processuais típicas esparsas no CPC de 73. Contudo, nos moldes atuais do Estado Democrático de Direito, o que se busca é a modificação da posição do magistrado e das partes sob um prisma constitucional, sendo a nova codificação processual exemplo disso, por meio da previsão de cláusulas gerais de negociação processual e da criação de um regime participativo. Será realizado nesse trabalho, portanto, a diferenciação das consequências que a reestruturação do modelo neoprocessualista traz a reboque.

Para que se possa, por essa razão, compreender essas mudanças e o atual estágio do processo civil no Estado Democrático de Direito, de acordo com a ampliação das possibilidades negociais das partes e da releitura do papel do magistrado, conforme propõe a cooperação processual, faz-se necessário realizar uma breve incursão pela Teoria Geral do Estado. Almeja-se, à frente, relacionar, dentro dos pontos relevantes ao tema, com o Processo Civil em sua concepção atual e democrática, em sua vertente pós-moderna, discutindo-se, assim, a constitucionalidade do princípio da cooperação.

Quer dizer, deve-se analisar em que medida as formas de Estado possuem influência sobre o modelo de processo utilizado, na medida em que determinam a perspectiva sobre a qual se analisam as funções, deveres, ônus das partes e divisão do trabalho no processo. Nesse sentido:

Dessa mútua implicação entre Estado e Constituição, pode-se afirmar que o processo somente pode ser adequadamente compreendido dentro do modelo de Estado em que está inserido. Permite-se a partir daí, que a relação entre processo civil e Constituição deixe de ser analisada estritamente com base na questão da normatividade constitucional que gradualmente foi sendo atribuída aos princípios processuais incorporados na Constituição.⁴⁰

³⁷ BULOW apud CABRAL, op. cit., p. 98

³⁸ KLEIN apud RAATZ, *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 79

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁶ RAATZ, op. cit., p. 21.

Com efeito, é possível, preliminarmente, vislumbrar essa perspectiva em que o modelo de Estado se reflete na organização processual através das conceituações referentes ao Estado ativo e reativo.

Igor Raatz⁴¹, ao mencionar a matriz de pensamento de Mirjan Damaska, destaca que referidos modelos apontam para tendências que são opostas em relação à função do Estado e que se modificam com o passar do tempo, de acordo com a organização política. Assim, tem-se um polo em que o Estado apenas faz prevalecer a busca por um equilíbrio social e fornece um quadro de auto-organização da sociedade com vistas à auto-determinação do indivíduo. Corresponde, nesse passo, ao modelo reativo. Em oposição, há o paradigma que prevê um Estado que organiza a vida do cidadão e guia a vida em sociedade, enquadrando-se, dessa maneira, no conceito de Estado ativo.

Observa-se que, no decorrer da história, é possível notar uma modificação no comportamento estatal no transcurso do tempo. Pode-se melhor compreender o estágio em que emerge o processo civil no modelo liberal e social, e, posteriormente, democrático. Alcança-se, assim, a visão pós moderna do processo, que é o pano de fundo para se discutir a constitucionalidade da norma fundamental da cooperação processual no CPC/15.

1.1.2 Estado Liberal: partes parciais e magistrado como terceiro imparcial

A decadência do modelo absolutista dá lugar ao paradigma liberal. Busca-se, com a nova perspectiva, limitar a atuação do Estado e acabar com os privilégios do clero e da nobreza. A revolução francesa, por conseguinte, traz em seu bojo uma separação do estado e sociedade. Promove-se, nesse passo, uma atuação negativa do Estado e uma igualdade formal entre os indivíduos. Ou por outra, o Estado se encarregava da política e a sociedade da economia, através do conhecido princípio do *laissez faire*⁴².

⁴¹ DAMASKA apud Ibid, p. 22.

⁴² Ibid., p. 60.

Dessa forma, Guilherme Henrique⁴³ menciona a doutrina de Thibau, no sentido de que o Estado deveria garantir, por meio do direito positivado, a certeza nas relações sociais, por intermédio das leis, compatibilizando o interesse privado com o interesse global, de modo que os indivíduos pudessem desempenhar um livre jogo em busca da felicidade individual.

Dentro da classificação supramencionada por Damaska, pode-se afirmar que o Estado Liberal enquadra-se dentro do conceito de Estado reativo:

O Estado Liberal, portanto, acabou moldando os contornos do Estado de Direito- entendido a partir da proteção da liberdade e de direitos fundamentais- aos valores burgueses, notadamente a iniciativa privada, a segurança da propriedade, a liberdade individual, a igualdade formal e as exigências de calculabilidade próprias do sistema capitalista.⁴⁴

Nesse caminho, pode-se dizer que existe, no período liberal, um controle em relação à iniciativa processual das partes apenas por meio da forma, porquanto se entendia que a função primordial do Estado era fornecer um espaço de neutralidade para possibilitar a resolução das controvérsias. Não era, portanto, função do magistrado a responsabilidade de impulsionar o processo e nem dar ritmo a ele: havia, assim, “ um ideal individualista, enquanto controvérsia de duas partes autônomas frente a uma Corte passiva ”⁴⁵.

Pode-se afirmar a grande relevância, do ponto de vista histórico, que esse modelo representou ao processo civil, na medida em que influenciou, praticamente, a totalidade das codificações do processo civil do século XIX, com exceção da austríaca de Klein. A mais relevante, assim sendo, é a legislação napoleônica, 1806. Além disso, pode-se mencionar o Código Francês de 1806 e o italiano de 1865. Em todas essas leis é possível a verificação de que partes possuem amplo poder frente ao magistrado. Dessa maneira, era vedado ao magistrado colaborar com as partes na produção das provas.⁴⁶

⁴³ THIBAU apud FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 117.

⁴⁴ RAATZ, op. cit., p. 59.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid., p. 61 -62.

Nessa linha de raciocínio, vislumbra-se que as partes eram “ donas do processo” de uma maneira dupla. Eram, assim, donas do objeto do processo e do próprio processo⁴⁷:

No processo se manifestava, portanto, a total autonomia e a total liberdade das partes, as quais deveriam ter ingerência sobre todos os instrumentos processuais suficiente para desenvolver, por iniciativa própria, uma competição individual que se dava frente ao juiz, que fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era somente a de assegurar o respeito às regras do embate⁴⁸

Em vista disso, aplicava-se o brocardo *ne procedat iudex ex officio*, com relação à fase inicial do processo. Desse modo, prevalecia a aplicação do princípio dispositivo em que era restrito ao autor, não apenas o início do processo, mas também a determinação de seu objeto. Além disso, aplicava-se *ne eat iudex ultra petita partium*. Ou melhor, o magistrado apenas poderia se pronunciar sobre o pedido, não sendo cabível, assim, a ausência de pronunciamento e nem o seu excesso, atuando sobre fatos secundários da demanda.⁴⁹

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que se buscava a figura de um magistrado que fosse, conforme Igor Raatz⁵⁰ menciona Aroca: “ o mais neutro e indiferente possível à solução da questão de direito material, cujos contornos eram atribuição exclusiva e solitária das partes”. Havia, pois, um sistema com partes parciais e um magistrado, por sua vez, que figurava como um terceiro imparcial.

Pode-se afirmar que a perspectiva de superação do modelo absolutista monárquico pela classe burguesa fazia com que se visse a atuação estatal como sendo passível de repulsa. Devendo, portanto, haver apenas atuações pontuais do Estado. Por conseguinte, havia uma desconfiança em relação ao Estado que era transferida ao magistrado, sendo a solução para tal sentimento, a repartição de faculdades entre o juiz e as partes, com o privilégio dos últimos.⁵¹

Em outras palavras, pode-se perceber uma visão do processo similar a uma partida de futebol em que se houvesse a intervenção do árbitro, ela poderia favorecer

⁴⁷ Ibid, p. 63.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., p. 63-64.

⁵⁰ AROCA apud RAATZ, op. cit., p. 63.

⁵¹ Ibid., p. 65.

alguma das partes. O processo, portanto, sendo visto como um jogo onde as partes eram soberanas⁵².

Igor Raatz⁵³ menciona Montesquieu, demonstrando que a interpretação era entendida de forma negativa, porque o magistrado era “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar a sua força nem o seu rigor”.

Salienta-se, conforme Guilherme Henrique⁵⁴ cita Jhering, que a concepção liberal é avessa às pactuações no procedimento, pois entendia que “a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”.

Dessa maneira, a possibilidade de as partes colocarem em prática uma flexibilização no procedimento não existia, porquanto se tinha que observar as rígidas previsões do ordenamento jurídico. Assim, a estrutura procedimental era vista como forma de controle da ingerência indevida do Estado na esfera privada, em que a pese a visão do processo como sendo “coisa das partes”⁵⁵.

Busca-se novas perspectivas teóricas para se combater os efeitos entendidos como deletérios do padrão liberal de Estado, que acabava por favorecer a parte que fosse mais esperta e mais hábil a conduzir o processo em sua concepção de jogo ou guerra:⁵⁶

Tal degeneração acarreta significativa crise no paradigma jurídico do Estado Liberal, uma vez que a concepção individualista do exercício dos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da propriedade foi determinante para a geração de dificuldades que se mostravam incontornáveis, caso não ocorresse uma intervenção estatal.⁵⁷

Nesse passo, vislumbra-se uma mudança de perspectiva em que se pretende rever a posição inerte do Estado. Assim, ele passa a ser visto como motor da sociedade e o juiz, engenheiro social, consoante a etapa que será descrita a seguir.

⁵²Ibid., p.66.

⁵³ MONTESQUIEU apud Ibid, p. 66 -67.

⁵⁴ JHERING apud FARIA, op. cit, p. 121.

⁵⁵ Ibid., p. 121.

⁵⁶ Ibid., p. 121- 122.

⁵⁷ Ibid., p. 122.

1.1.3 Estado Social: o processo como forma de tutela social

Tem-se a construção de um modelo contraposto ao liberal, com base em seus aspectos entendidos como negativos. Nessa senda, indicava-se que o formalismo exacerbado, a posição passiva do magistrado, a tendência ao favorecimento das classes mais ricas eram fatores que prejudicavam a parte mais fraca do processo. Sob esse ponto de vista, Guilherme Henrique⁵⁸ menciona Oliveira, no sentido de que “ no temperamento entre o poder do juiz e das partes, a balança inclina-se claramente em favor do primeiro”.

De acordo com esse pensamento, a posição do magistrado como mero espectador é substituída por uma postura participativa na direção da obtenção do bem comum. Há, nesse prisma, uma superação do sentimento de desconfiança em relação à máquina do Estado, personificada pelo magistrado, que adota papel de protagonismo.

Diante desse contexto, Raatz⁵⁹ menciona que o autor que desempenhou papel fundamental nessa modificação de abordagem na postura do juiz em relação às partes, conforme o desiderato de conferir uma finalidade social ao processo civil, é Anton Menger. Era, portanto, grande crítico da posição que o magistrado ocupava no paradigma do Estado Liberal, porquanto compreendia que sua imparcialidade poderia dar azo a injustiças. Entendia, assim, que não existiria desigualdade maior do que tratar os desiguais de igual modo.

Entendia o autor que se deveria vislumbrar duas perspectivas na atuação do magistrado, que não mais estava adstrito a representar a função de ser boca da lei. Assim, pode-se afirmar que em sua concepção se leva em consideração uma atuação judicial extraprocessual e endoprocessual. Na primeira, colocava-se em prática uma atuação de educador, de modo que instrísse os cidadãos acerca de seus direitos. Já na segunda, o papel deveria ser com o intuito de representar os pobres, em contraste com o princípio dispositivo, que aponta para uma inércia. Nesse caminho, vislumbra-se o conceito de “ juiz social”.⁶⁰

⁵⁸ Ibid., p. 130.

⁵⁹ MENGER apud Raatz, op. cit., p. 78.

⁶⁰ FARIA, op. cit., p. 133.

Pode-se, assim, perceber que a proposta de Menger passava por obrigar o magistrado a, de maneira gratuita, instruir todo cidadão acerca do direito vigente, com vistas a se evitar uma inferioridade jurídica dos mais pobres.⁶¹

Verifica-se, pois, alteração significativa em relação ao formalismo imperante no modelo anterior que era entendido como ferramenta importante de contenção do Estado e de eventuais arbítrios. Em vista disso, o entendimento com fulcro em prescrições legislativas rígidas dos atos processuais deveria ser rompido para que se pudesse promover uma relativização, com vistas ao alcance do ideal de protagonismo do Estado.⁶²

Nesse sentido:

Não tendo o individualismo e a neutralidade do Estado liberal conseguido satisfazer as reais exigências de liberdade e de igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente, eclodiu, no final da segunda metade do século XIX, uma série de conflitos de classe que veio a desvelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas quando inibido o reconhecimento da justiça social. A exploração da classe trabalhadora era algo plenamente visível, notadamente pelo emprego generalizado de mulheres e menores, que suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das “meias-forças dóceis”, não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente. Sobreleva, nesse marco, o progressivo estabelecimento por parte do Estado de medidas para frear os excessos mais chocantes do capitalismo, especialmente nos domínios dos horários de trabalho e do trabalho infantil e feminino.⁶³

Num segundo momento relevante para o modelo de Estado Social, pode-se mencionar a influência exercida pelo trabalho de Menger em relação à obra de Franz Klein. Ele atua na reforma processual austríaca, de maneira oposta ao paradigma do Estado Liberal, em que o indivíduo prevalecia em face da coletividade.

Nesse passo, a citada legislação processual é do ano de 1898, caracterizada como nova e original. Sendo, inclusive, denominada como uma revolução. Com efeito, sua influência é considerada similar ao impacto exercido por Napoleão na codificação em geral⁶⁴.

Dessa forma, ele defende que o magistrado deve promover os valores sociais mais elevados, sendo ele visto como “timoneiro do Estado”, ou “representante

⁶¹ RAATZ, op. cit., p. 78.

⁶² FARIA, op. cit., p. 133.

⁶³ RAATZ, op. cit., p. 69.

⁶⁴ Ibid., p. 79.

profissional do interesse geral”. Ou por outra, pode-se afirmar que o juiz passa a exercer uma relação imediata e direta com as partes e as provas. Elas passam a ser livremente apreciadas, possuindo, por conseguinte, poderes para direcionar o processo. Visava-se, pois, à marcha rápida e regular em direção à obtenção da paz social.⁶⁵ Tinha-se, um modelo do processo como de instituição da tutela social.

Ademais, é atribuída a Klein importante modificação em relação à ideologia anterior do formalismo processual, na medida em que trouxe a possibilidade de alteração do pedido após a citação, independente da ocorrência de consentimento do demandado, com vistas a se alcançar a economia processual. Menciona-se, outrossim, a possibilidade de serem sanados vícios do processo que poderiam causar nulidade, na medida em que o Estado tinha interesse na convalidação para a promoção da pacificação do conflito existente⁶⁶:

Tal situação aponta o verdadeiro intuito de Klein, o qual, respaldado nas ideias de Menger, buscava afastar a problemática da demora exacerbada das demandas provenientes do modelo liberal de processo por intermédio de uma jurisdição célere e menos formal, estruturando um modelo técnico de procedimento oral no qual se atribui um reforço dos poderes do juiz, devendo o julgador participar mais intensamente da direção do processo e, respaldado na prioridade da função social deste, terá o dever de influir mais ativamente no accertamento dos fatos levados ao seu conhecimento.

Em razão da forte influência que a doutrina brasileira sofreu da italiana, deve-se mencionar que a obra de Chiovenda baseou-se na reforma austríaca, no sentido de haver um foco político na maneira de se enxergar o processo. Entendia, nesse passo, que o magistrado deveria ser “uma força viva e ativa no processo”. Assim, sustentava que o processo seria uma relação entre o indivíduo e o Estado, não podendo ele ser indiferente em relação à forma como se desenvolve a atividade judicial.⁶⁷

Essa nova postura do Estado, entretanto, que visava ao estabelecimento de uma restrição à livre atividade do indivíduo e a um protagonismo estatal na proteção e promoção do bem-estar social, não possuía perfil democrático. Em que pese o fim do rompimento entre Estado e sociedade, por meio da atuação social dos magistrados, os indivíduos não possuíam força e instrumentos para uma atuação democrática.⁶⁸

⁶⁵ FARIA, op. cit., p. 135.

⁶⁶ Ibid., p. 137.

⁶⁷ RAATZ, op. cit., p. 80-81

⁶⁸ Ibid., p. 71.

É nesse sentido que Igor Raatz⁶⁹ menciona Habermas, que conclui que se tratava de uma forma de atuação paternalista por parte do Estado, porque baseada na adoção de programas políticos de compensação às necessidades de uma sociedade de massa, que eram vistos como sendo incapazes de se autodeterminar e definir as suas necessidades.

1.1.3.1 A superação do Publicismo versus privatismo: o paradoxo de Bulow e a cooperação processual

Bulow é autor de grande destaque e através de sua obra, consoante já citado, o processo civil obteve autonomia científica e passou a ser analisado de maneira independente em relação ao direito material. Com efeito, a superação do modelo privatístico de Kohler, em que se compreendia o processo como sendo uma relação contratual ou quase contratual, foi devido aos seus estudos. Assim, pela primeira vez, o processo civil passa a ter um desenvolvimento teórico independente, conhecido como “processualismo científico”.⁷⁰

Bulow, ao estruturar a autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídico-processual, fez com que a relação publicista “fosse lastreada primordialmente na figura do juiz, porque as partes se apresentavam como meras colaboradoras”. O juiz, para Bulow, seria “um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo contra legem”.⁷¹

Nessa linha, tem-se a formação da concepção que entende o processo como sendo uma relação formada entre o particular e o Estado que possui condições e pressupostos de validade próprios, de maneira independente em relação ao vínculo de direito material.

Desse modo, pode-se mencionar a seguinte crítica:

Não é por outro motivo que o processo, no pensamento de Bulow, surge como um instrumento de jurisdição, que vinha entendida como atividade do juiz na criação do direito nos moldes do movimento do direito livre e, portanto, sem nenhum controle pelas partes. Nisso consubstancia-se aquilo que, no Brasil, André Leal veio a chamar de *paradoxo de Bulow*, uma vez que não poderia ser

⁶⁹ HABERMAS apud RAATZ, op. cit., p. 74.

⁷⁰ Ibid, p. 83.

⁷¹ ALVES, Isabela Fonseca. *A cooperação processual no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Dplacido, 2017, p. 35

o processo, “ ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz”.⁷²

Assim, o paradoxo de Bulow relaciona-se a essa contradição. Em outras palavras, a referida visão publicista do processo busca posições díspares dele. Nesse sentido, tanto ele representaria o poder do Estado, como, simultaneamente, sua limitação.

Nessa linha de raciocínio, a perspectiva que segue, busca equacionar esse problema através da cooperação das partes no processo, superando modelos ideais: liberal versus social e publicismo versus privatismo, chegando-se ao modelo democrático.

1.1.4 Estado democrático de direito e cooperação processual

Desempenha o jurisdicionado, no modelo social, um papel apático sendo mero recipiente da atuação do Estado, quando deveria ser um participante ativo.⁷³ Consoante a perspectiva do Estado Social, prevalecia o entendimento de que o Estado seria uma empresa acima de outras empresas e que o cidadão seria mero cliente. Esse paradigma mostra-se inadequado com vistas à complexidade da sociedade moderna. Isso implica uma rediscussão da relação entre o direito público e o direito privado.⁷⁴

Afirma Igor Raatz⁷⁵ que a utilização de modelos ideais pode ser um horizonte restrito:

A grande questão é que modelos ideais são insuficientes para abarcar toda a complexidade do Estado Democrático de Direito, ainda mais se, para tanto, forem consideradas as peculiaridades do modelo Constitucional dirigente e compromissório brasileiro.

Busca-se, por conseguinte, uma posição de equilíbrio na relação pendular do público com o privado, na medida em que a análise da sociedade e do processo apenas

⁷² Ibid., p. 85

⁷³ Ibid., p. 86-87.

⁷⁴ Ibid., p.87.

⁷⁵ Ibid, p. 23.

sendo feita em conformidade com a perspectiva de modelos ideais engessa as possibilidades de aperfeiçoamento da relação entre sociedade e Estado⁷⁶:

A legitimidade do direito produzido no seio do Estado Democrático pressupõe, desse modo, a sua formação a partir de uma operação discursiva da opinião e da vontade do cidadão que possuem os mesmos direitos, o que reivindicará uma espécie de imbricação entre a autonomia pública e autonomia privada. Isso quer dizer que os cidadãos somente podem ter autonomia pública garantida mediante direitos de participação democráticos na medida em que a sua autonomia privada for assegurada. A autonomia privada serve para percepção da autonomia pública como garantia para emergência da autonomia privada.⁷⁷

Dessa forma, aquela divisão estanque entre o público e o privado não se coloca como sendo harmônica com o Estado Democrático de Direito. Ademais, pode-se afirmar que, nesse modelo de Estado, a liberdade pessoal é afirmada em razão da dignidade da pessoa humana, e não com base na economia de mercado.⁷⁸

Sustenta-se que a perspectiva do rompimento do Estado com a sociedade não mais é suficiente para abarcar as necessidades de interação que a modernidade produz. Dito de outro modo, tem-se que a perspectiva em que se analisa o voto pelo princípio do sufrágio universal mostra-se restrita. Igor Raatz⁷⁹ menciona Ovídio Batista: “ a verdadeira democracia é, nesse sentido, aquela que privilegia e estimula a participação, tão intensa e constante quanto seja possível”.

Nessa ordem de ideias, pode-se destacar que tanto o instituto da negociação processual quanto o princípio da cooperação buscam a promoção desse desiderato neoprocessual da participação das partes no processo judicial decisório. Entretanto, realizam esse intento de maneiras diversas. O primeiro por meio da autonomia da vontade e o segundo, por sua vez, com base na imposição de obrigações às partes.

Não se tem mais a visão do Estado como sendo inimigo da sociedade e uma separação estanque entre governantes e governados. Busca-se, assim, a possibilidade de um orientar o poder do outro, não ficando a relação restrita à transmissão do mandato, mas ao direito de participação. No entanto, à frente será desenvolvida a ideia de que deve

⁷⁶ Ibid., p. 87.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., p. 89.

⁷⁹ BATISTA apud Ibid, p. 90.

haver uma cautela na aplicação do princípio democrático, pois ele pode servir para que se mascare um neoprotagonismo judicial.

1.1.5 Cooperação processual versus negócios processuais: o princípio da autonomia da vontade como elemento distintivo

Busca-se com o paradigma neoprocessualista, estabelecer as bases para um processo civil pós-moderno em que haja uma comunidade de trabalhos entre as partes e o magistrado. Nessa toada, almeja-se o desenvolvimento de uma visão participativa do processo, sem, segundo se classifica, o cunho individualista e autoritário⁸⁰.

Dessa maneira, entende-se que o processo cooperativo seria uma “terceira via” para obtenção da justiça em tempo razoável, formando, com efeito, uma comunidade de trabalho, “Esse modelo não abarcaria nem a figura do juiz ditador, por vezes identificado com o modelo inquisitivo, nem o juiz árbitro, coadjuvante de um processo dominado pelas partes.”⁸¹

Seu traço diferenciador reside, sobretudo, na inserção do juiz como sujeito do contraditório, impondo-lhe deveres de cooperação com as partes ao invés de apenas conferir poderes de condução do feito. A identificação mais precisa desse modelo não pode prescindir do exame de suas características peculiares⁸²

De tal modo, no modelo cooperativo, deveres seriam direcionados aos sujeitos do processo, no sentido de se promover um debate democrático, visando ao estabelecimento obrigatório de um regime colaborativo, em lugar da tradicional configuração triangular do processo. Em outras palavras, tem-se que a relação processual é agora representada por linhas paralelas, em que o magistrado se posiciona num patamar equivalente ao das partes.⁸³

⁸⁰ BARREIROS, op. cit., p. 168

⁸¹ Ibid., p. 177

⁸² Ibid., p. 178

⁸³ Ibid., p. 180.

Nesse passo, Fredie Didier⁸⁴ argumenta, “ orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras”.

Tal contexto aponta para uma nova dimensão em que se diminui o rigor formal e se pretende distribuir as tarefas entre os sujeitos processuais, por meio da criação de um “ambiente dialógico e participativo”.⁸⁵

Fala-se, pois, em neoprocessualismo, termo que se destina a designar uma nova concepção de processo que se alastra na premissa do reconhecimento da força normativa da Constituição e, especialmente, resulta na constitucionalização dos direitos e garantias processuais. Essa nova postura implica em uma necessidade de remodelar o formalismo processual, não mais visto como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de realização dos valores constitucionais, de seus direitos e garantias. Não por outra razão, adotando expressão de cunho mais hermético do que o termo neoprocessualismo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira alude ao fenômeno em questão sob a alcunha de formalismo-valorativo.⁸⁶

Imputa-se, portanto, a exigência de cooperação ao magistrado, calcada na boa-fé processual em que se adota uma postura assistencial da parte mais fraca. A posição do magistrado passa por uma profunda revisão conceitual, na medida em que sua imparcialidade cede espaço para a exigência de cooperação⁸⁷.

Nessa toada, é relevante que se destaque a diferença existente com relação ao paradigma cooperativo e os negócios processuais.

Desse modo, tem-se que a negociação processual visa a promover a liberdade das partes no que toca à possibilidade de pactuação de regras processuais. Nesse passo, pretende-se promover os mandamentos constitucionais da celeridade e da eficiência, com base na autonomia das partes. Assim, pensa-se que como é possível a pactuação do direito material, da mesma forma seria possível em relação ao direito processual.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a negociação processual ganhou força com a perspectiva neoprocessualista, já que a visão colaborativa do processo estimula a

⁸⁴ DIDIER apud Ibid.

⁸⁵ Ibid., p. 185.

⁸⁶ Ibid., p. 186.

⁸⁷ Ibid., p. 201.

pactuação de normas processuais pelas partes, mas não se pode afirmar que sejam a mesma coisa. Ou seja, a negociação processual e o princípio da colaboração são novidades previstas na novel legislação processual, porém possuem natureza e características distintas.

Em primeiro lugar, tem-se que a previsão de negociação processual foi bastante ousada, até mesmo do ponto de vista internacional, ao enunciar cláusulas gerais de pactuação processual, além de hipóteses típicas.

Assim, os negócios processuais fazem parte da possibilidade de autocomposição das partes no que diz respeito a aspectos processuais, conformando-se como “mini-arbitragem”. Cuida-se de pactuações voluntárias, em que há uma convergência de vontades no sentido de se estabelecer determinadas regras para a condução do processo.

É relevante destacar que se trata de um tema novo e que ainda não há doutrina e jurisprudência delineando a forma de aplicação desse microsistema, nesse passo, apenas o tempo e a prática poderão demonstrar sua efetividade. Desse modo, merece uma abordagem cuidadosa para que o instituto seja aplicado de forma que respeite os direitos e as garantias fundamentais das partes sem a criação de confusão cartorária, preferências entre jurisdicionados e problemas que não podem ainda ser previstos em função de sua hodiernidade.

Todavia, o que se quer distinguir no presente tópico é o fato de que as partes possuem a faculdade de proceder à negociação processual, de maneira diversa, do que ocorre com a imputação do dever de cooperação. Nesse caso, há um mandamento que impõe uma obrigação de colaboração. Configura-se, pois, como proposição inconstitucional. No ímpeto de refundar a relação processual e reposicionar o magistrado, acaba por criar condições para um autoritarismo do próprio personagem que se busca limitar o poder e coloca como responsabilidade da parte cooperar como condição para o provimento judicial:

É o legislador, de modo sutil, depositando sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional. Uma “katchanga processual”. Você quer uma decisão justa, efetiva e tempestiva? Então, caro utente, para o fim de consegui-

la deverá cooperar com o juiz e sobretudo com a contraparte, e esperar igual cooperação de ambos.⁸⁸

De outro modo, os negócios jurídicos processuais consistem numa manifestação de vontade que deve ser efetuada de maneira livre. Dessa forma, tem-se previsão no Art. 190 do CPC/15⁸⁹ que aponta que o magistrado analisará os aspectos de validade desse consentimento.

Ou por outra, conclui-se, portanto, que é pressuposto de validade na negociação processual a existência da livre manifestação de vontade, de maneira contrária ao que ocorre com o novo paradigma neoprocessualista, que pretende impor como obrigatoriedade a cooperação entre as partes, não se configurando ela como um direito ou faculdade, mas sim como um dever.

Para Lúcio Delfino, pela redação do Art. 6 do CPC/15, o legislador foi malafortunado “ao errar a mão e seguir além do que a cautela exigia”, no momento em que “optou por palavras que sugerem o constrangimento de parte, contraparte, e de seus advogados a cooperarem entre si, instituindo em favor do juiz poderes para obrigá-los contra sua vontade e avessamente aquilo que acreditam, a atuar cooperativamente em prol de uma decisão justa”.⁹⁰

Com efeito, tem-se que a cooperação processual é um princípio que visa refundar a relação processual, com base numa visão idealista de que somente por meio da imposição de deveres de colaboração que se pode caminhar em direção a uma solução justa e efetiva em tempo razoável. Já os negócios processuais, apesar de terem ganhado musculatura com o mesmo pano de fundo neoprocessual, são um microsistema que permite a pactuação voluntária de normas processuais. Dessa forma, a nota distintiva reside na autonomia da vontade, ausente quando se analisa o princípio da cooperação, e elemento essencial de existência e validade nos negócios.

Assim sendo, a fundamentação dos negócios processuais está na liberdade das partes que por meio de uma convergência de vontades se reúnem de modo a flexibilizar algum aspecto do procedimento. No entanto, a proposta que visa a produzir uma “verdade superior cooperativa”, baseia-se num equivocado conceito de “bom litigante” e num

⁸⁸ STRECK, op. cit., 2018.

⁸⁹ BRASIL, op. cit, nota 7.

⁹⁰ ALVES, op. cit., p. 86

otimismo antropológico inadequado, pois acaba por cercear essa mesma liberdade, ao constranger as partes a atuarem contra sua vontade. Revela, portanto, um desconhecimento da marcha processual que deve ocorrer de acordo com o papel e o ônus de cada parte e não por meio da imputação de deveres de colaboração.

2. A VULGARIZAÇÃO DA INVOCÇÃO DE PRINCÍPIOS: COOPERAÇÃO PROCESSUAL NÃO É PRINCÍPIO

O princípio da cooperação processual surge num momento em que o neoconstitucionalismo e neoprocessualismo teorizam muito a respeito da influência de valores na aplicação do Direito. Denomina-se, assim, a atual conjuntura de “era dos princípios constitucionais”. Contudo, não é seguido em paralelo por uma perspectiva em que se vislumbra, na mesma intensidade, formas de controle de discricionariedades que podem advir desse modelo:

Observe-se como a expressiva maioria dos autores adeptos do neoconstitucionalismo brasileiro (Luis Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Ana Paula de Barcellos, entre outros) e do(s) neoprocessualismos (Fredie Didier e Eduardo Cambi, por exemplo) não abrem fogo contra o poder discricionário. Para eles o poder discricionário é uma fatalidade. Algo do tipo “é assim porque não tem como ser de outro jeito”. De modo geral, há um traço em comum entre essas posturas: a aposta na ponderação de valores de cariz alexyano. Outros, mesmo que não apostem diretamente na ponderação (ou em suas variantes), colocam suas fichas no poder dos juízes de “descobrirem valores”. E assim seguimos.⁹¹

O modelo formalismo-valorativo, que serve de fundamento à colaboração processual, possui abordagem que visa a superar o positivismo jurídico primitivo, por meio de vetores axiológicos que norteiam, conforme suas finalidades, as formalidades dos procedimentos processuais. No entanto, essa perspectiva já foi realizada pelo socialismo processual, em que se buscava um protagonismo do magistrado, de modo a promover a igualdade e a atenuação de discrepâncias sociais entre os utentes.

Nessa ordem de ideias, no modelo neoconstitucionalista atual, entende-se que por meio do princípio se busca um componente libertário, na medida em que através dele que se pode fazer com que o juiz deixe de ser mera boca da lei:

Dito de outro modo, é como se a fórmula para superar o positivismo legalista fosse uma espécie de retorno à jurisprudência dos interesses, à jurisprudência dos valores, ao movimento do Direito Livre. Ou antes: como se só houvesse um tipo de positivismo, o do juiz boca da lei (chamado por Ferrajoli de paleojustpositivismo).⁹²

⁹¹ STRECK, Lênio. Um debate com (e sobre) o formalismo -valorativo de Daniel Mitidiero, ou “ Colaboração no processo civil” é um principio? *Revista de Processo*, Porto Alegre, (v. 213/ ano 37), p. 13-34, nov 2012

⁹² *Ibid.*

Tem-se, dessa forma, a promoção de uma “inflação” principiológica, na medida em que, dentro do paradigma da teoria dworkiniana dos princípios, sendo eles vistos como a integridade do sistema, quanto mais se os cria, mais são desvalorizados. Tal fato, somado ao método da ponderação de valores, faz com que haja um contexto de instabilidade, pela natural ausência de graduações axiológicas nas sociedades complexas e modernas: “ chamado panprincipiologismo (emprego generalizado do vocábulo princípio para designar standarts interpretativos, geralmente originários de construções pragmaticistas, como verdadeiros axiomas com pretensões dedutivistas)”⁹³.

Afirma-se, pois, que no intento que efetuar a correção de incertezas da linguagem, anunciam-se a criação de princípios constitucionais como sendo suporte de valores da sociedade. Porém, não se sabe muito bem o que isso quer dizer: “ facilita a criação, em um segundo momento, de todo tipo de princípio, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a pedra filosofal da legitimidade principiológica”.⁹⁴

Não se pode asseverar, dessa forma, que os princípios sejam valores, pelo fato de que as sociedades atuais são pós tradicionalistas e complexas. Acaba-se, portanto, a chegar a um patamar em que se desenvolvem sistemas irracionais e decisões meramente baseadas em preconceitos pessoais dos magistrados sobre referidos valores. É nesse sentido que Streck menciona, “ A rigor, a ponderação é uma ficção que, como muito bem denuncia Friedrich Muller, frequentemente desemboca em um decisionismo irracional”⁹⁵.

Nesse panorama de vulgarização dos princípios ⁹⁶ que surge a cooperação processual:

A cooperação processual não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse standart. Dito de outro modo, a cooperação processual – nos moldes que vem sendo propalada- vale tanto quanto dizer que todo processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa-fé. Sem o caráter deontológico, o standart não passa de um elemento que ornamenta e fornece adereços à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas à evidência, não como dever ser.⁹⁷

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

Dessa maneira, a acepção de princípio trazida pela nova fase metodológica de processo civil conhecida como formalismo-valorativo é incompatível com a concepção dworkiniana. Ou por outra, vislumbra-se uma dimensão finalística aos princípios. Entende-se, assim, nessa nova concepção cooperativa, que o formalismo e o processo seriam polarizados por um fim: “ não há como se pensar nos “ fins” do processo sem que essa noção se entrelace com a de “valores”.⁹⁸ Aponta, nesse sentido, que os valores mais caros ao processo seriam a promoção de uma justiça material e paz social, e, de outra forma, a efetividade, a segurança e a organização interna e justa do processo, sendo os primeiros atinentes às finalidades processuais e os últimos vinculados a uma feição mais instrumental.⁹⁹

Em contrapartida, para Dworkin¹⁰⁰ o conceito de princípio está adstrito ao dever do juiz de resposta correta, com o desiderato de atacar a discricionariedade. Essa é, portanto, sua visão dos princípios como integridade do Direito:

Sendo mais claros, a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, já que não será portadora do caráter de legitimidade democrático.

O princípio dentro desse contexto é tido como aquilo que confere coerência e padrão ao sistema jurídico e justifica as regras com foco em sua aplicação na prática jurídica. Dessa maneira, não se pode afirmar que qualquer coisa possa ser considerada como princípio:

Então, atenção: princípios jurídicos e respostas corretas (constitucionalmente-hermeneuticamente adequadas) são faces de uma mesma moeda. Qualquer acepção que relegue aos princípios um caráter aplicativo residual, ou que defira ao julgador zonas de discricionariedade, estará em rota de colisão com o conceito de princípio aqui referendado.¹⁰¹

Nesse prisma, a cooperação processual formulada pela perspectiva do formalismo-valorativo visa combater de maneira retardatária um positivismo jurídico

⁹⁸ STRECK, op. cit., 2012

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

primitivo, fomentando zonas de discricionariedades ao julgador. Confunde-se, dessa forma, uma decisão justa com aquela que se dá consoante a consciência do julgador.

Já a visão dos princípios como integridade, visa a promover a dimensão principiológica como um todo contextual e coerente, de acordo com uma moralidade política, instituída num histórico institucional do direito.

Pode-se perceber, assim, grande margem para escolha no caso concreto quando a condução da consciência do juiz se dá de maneira isolada e não fruto da história a ser reconstituída no conceito de integridade. Tem-se que em situações semelhantes pode-se visualizar conflitos entre princípios diferentes, a depender da escolha do julgador.

Insistimos na diferença que há entre decisão e escolha. Entenda-se: a decisão jurídica não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades de solução, escolhe a mais adequada. O provimento jurisdicional não se dá a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do compartilhamento de algo que se antecipa: a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como um direito. Equivale a dizer: é o modo como se compreende o sentido do Direito projetado pela comunidade política que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas.¹⁰²

Assim, dependendo dos critérios eleitos, os mesmo casos podem ser decididos de maneiras opostas. Não há, pois, nessa perspectiva “panprincipiológica” um olhar institucional que construa um arcabouço que possa promover decisões corretas, mas surge o risco de o juiz encontrar conflitos entre princípios de maneira arbitrária ou valores que não estão na lei.

Abre-se margem a um protagonismo judicial exacerbado, na medida em que é muito difícil afirmar qual a valoração correta num contexto de sociedades complexas. Corre-se o risco de a doutrina se tornar corretora do legislador constitucional, dando azo a formulações subjetivas dos juízes.

Aí o equívoco: princípios não são princípios porque a Constituição assim o diz, a Constituição é principiológica porque há um conjunto de princípios que conformam o paradigma constitucional, de onde exsurge o Estado Democrático de Direito. Cabe insistir: os princípios sempre atuam como determinantes para a concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada. As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos. Elas regem o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta

¹⁰² Ibid.

determinação, eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que-hermeneuticamente -vem do reconhecimento da legitimidade.¹⁰³

Tem-se, com efeito, que os princípios aplicam-se em conformidade com o conteúdo deontológico da manifestação- histórico cultural do direito e das práticas jurídicas em uma comunidade política. De forma diversa à construção do contexto de integridade dos princípios, o modelo do formalismo valorativo aponta para uma relação dos princípios em consonância com as finalidades que se quer promover. Não se debruça, portanto, sobre as construções estabelecidas em conjunto, mas pelas finalidades eleitas isoladamente. Deve-se, pois, atentar para o fato de que “não basta dizer que alguma é para que ela seja”.¹⁰⁴

Daí a minha insistência: princípios não são regras; não podem ser transformados em regras; e não podem ter a função de regras ou meta-regras. Um exemplo que denota bem essa problemática é o princípio da cooperação processual, criação da dogmática jurídica para otimizar o processo como instrumentalidade. Mas, de que se trata esse princípio? Qual é o seu DNA? Qual é a sua história institucional? Qual a regra ou quais regras, no plano de uma aplicação, está ou estão sendo enunciadas? Qual é a dimensão do mundo prático possibilitada ou exigida pela aplicação de determinadas regras relacionadas com esse princípio? Tais perguntas não possuem resposta no plano da teoria dos princípios predominante, uma vez que aludido princípio tem, na verdade, pretensão de reger o processo. Só que é essa peculiaridade que vai abrir em favor do juiz um espaço de discricionariedade ainda maior do que aquele que possuía no âmbito do velho positivismo.¹⁰⁵

Nessa direção, o formalismo-valorativo no processo civil, na busca de superar um positivismo jurídico, acaba por promover de forma mais acentuada a discricionariedade da figura julgadora.

O princípio da cooperação não possui, desse modo, normatividade, sendo mero argumento de ordem retórica.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 534

2.1 Doutrina alemã e portuguesa: confusão entre princípios e diretrizes políticas

Com a perda da força do modelo liberal, cresce na Alemanha a perspectiva que vislumbra como necessária uma maior intervenção estatal. É o que se reconhece como modelo do bem-estar social que produz fortes reflexos sobre a dinâmica processual.

Tem-se, dessa maneira, um agigantamento da atuação do Estado por meio de uma maior preocupação com fatores de ordem social, o fortalecimento do poder executivo no quadro de tripartição de funções, defesa de um perfil clientelista do cidadão (cidadão hipossuficiente) e ingerência demasiada do Estado nas relações jurídicas. ¹⁰⁶ O pensamento socializador de Anton Menger, Franz Klein e Bulow desempenham grande influência na doutrina e na legislação austro-húngara.

Nesse sentido, há uma configuração em que a atuação do magistrado aumenta significativamente, passando ele a representar uma postura mais ativa, vencendo a passividade característica do modelo liberal e adotando uma postura dupla: educador e “pai dos pobres”¹⁰⁷. Assim, a ZPO Alemã de 1895 pode ser considerada a primeira legislação tipicamente socializadora, sendo o processo considerado “ instituição estatal de bem-estar social que por meio de um modelo técnico de procedimento oral se atribuiu um reforço dos poderes do juiz”. ¹⁰⁸

Dessa forma, as partes eram meras figuras colaboradoras e juiz era compreendido como porta-voz dos interesses do povo, assistente em um conflito social ou engenheiro social¹⁰⁹:

Para Klein seria necessário admitir ao tribunal uma cooperação no processo, e uma influência mais forte na investigação dos fatos, até mesmo para que se possa apoiar ativamente as partes. Assim, o juiz deveria auxiliar as partes buscando o clareamento dos requerimentos obscuros, o preenchimento de detalhes incompletos e que o requerimentos não tivessem seus julgamentos inviabilizados pelo engano ou desconhecimento das partes em sua elaboração.

¹¹⁰

¹⁰⁶ ALVES, op. cit, p. 33

¹⁰⁷ Ibid, p. 34

¹⁰⁸ Ibid, p. 35.

¹⁰⁹ Ibid, p. 50.

¹¹⁰ Ibid, p. 34-35

Com a ZPO de 1924 houve definitivo rompimento com o modelo liberal e um incremento ainda maior dos poderes do juiz, com o processo sendo instituição arquetípica do modelo de bem-estar social. Nesse passo, pode-se afirmar que os traços predominantes do modelo germânico eram o protagonismo judicial e subserviência das partes.

Portanto, a cooperação na Alemanha é considerada princípio e vinculada a uma diretriz axiológica e política.

O modelo de processo civil português sofreu grande influência do alemão, e o brasileiro, por sua vez, do português. O CPC de Portugal data de 1961, tendo passado por diversas reformas. A ocorrida em 1996, trouxe à tona um novo modelo cooperativo com a edição do Art. 266 CPC em que se discutia a sua direta e imediata aplicação ou sua mera finalidade programática.¹¹¹

Já no ano de 2013, com o Novo Código de Processo Civil, a cooperação foi alçada a norma fundamental, não havendo discussão sobre a sua eficácia, na medida em que se tratava de norma geral informadora de todo o sistema. Dentre as inovações pontuais que foram estabelecidas, ocorreu a imposição de deveres de cooperação ao magistrado, havendo não apenas deveres de colaboração em relação às partes, com vistas à formação de uma “ comunidade de trabalho”:¹¹²

Para Teixeira de Sousa o órgão jurisdicional, pelo princípio da cooperação, teria cinco poderes-deveres: a) dever de inquisitorialidade; b) dever de prevenção ou advertências; c) dever de esclarecimento; d) dever de consulta às partes; e) dever de auxílio às partes.¹¹³

Os deveres de cooperação do magistrado no Código de 1961 eram meras faculdades, entretanto, não é o que ocorre quando se aborda a cooperação no CPC de 2013, porquanto são entendidos como obrigações. Nesse sentido, tem-se que quando o magistrado é omissivo em sua aplicação ou o faz de maneira equivocada, enseja a nulidade da decisão.

Pode-se afirmar, pois, que a visão da cooperação processual aplicada nos dois países supracitados incorre num equívoco básico que é a confusão de princípios com

¹¹¹ Ibid, p. 60.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid, p. 60-61

diretrizes políticas. Ou seja, cada um possui um desiderato específico e não podem ser tidos como a mesma coisa.

Assim, tem-se que uma diretriz política estabelece metas coletivas voltadas para determinado aspecto econômico, político ou social. Ao passo que, os princípios estabelecem direitos individuais. Não é, pois, competência do poder judiciário melhorar de forma pragmática e utilitária o poder judiciário, na medida em que tal fato demanda tempo e o foco é a decisão do caso concreto¹¹⁴:

Não que os argumentos de orientação política não justifiquem direitos: apenas não podem fazê-los nos casos difíceis, quando não existe uma regra clara à disposição da aplicação judicial, pois nas democracias contemporâneas, os estabelecimentos de políticas não é da competência primária do poder judiciário, cuja função é a decisão sobre a controvérsia acerca dos direitos.¹¹⁵

Referida aplicação indiscriminada dos princípios que os confundem com diretrizes políticas geram insegurança jurídica e fragmentação jurisprudencial, porque promovem uma inflação principiológica com mera finalidade lógico corretiva. Em outras palavras, não se está a afirmar que referidos valores estabelecidos em diretrizes políticas não devam ser perseguidos, mas ao contrário, devem ser buscados, porém da maneira correta, por meio de ações de longo prazo e não em casos concretos.

O que seria denominado pela doutrina como “ novos princípios processuais” se assemelham muito mais com “ um projeto (ou plano de metas coletivas utilitárias), que demanda um concretização no tempo, razão pela qual muito mais se aproximam das denominadas diretrizes políticas, dado o caráter utilitário e pragmático do que os famosos princípios que a doutrina tem criado.
116

Referido paradigma promove, portanto, a discricionariedade que se quer evitar.

2.2 Limites à cooperação com base no contraditório substancial

O paradigma da cooperação processual deve ser interpretado de forma cautelosa, de maneira diversa da perspectiva entusiasta de boa parte da doutrina e do que se estatuiu

¹¹⁴ Ibid, p. 98

¹¹⁵ STRECK apud Ibid. p. 99-100

¹¹⁶ Ibid, p. 105-106

como norma fundamental da novel legislação, Art. 6 do NCPC/15¹¹⁷. Deve ocorrer um filtro hermenêutico para que se possa salvar o dispositivo por meio de uma exegese constitucional.

As partes, nesse modelo, são entendidas como necessitadas de programas assistencialistas e paternalistas que promovam compensações a uma sociedade de massa em que os cidadãos são incapazes de se autodeterminar.¹¹⁸

Dessa forma, a doutrina autorizada partidária da cooperação, afirma:

O projeto de NCPC contém dispositivos que consolidam os deveres de cooperação intersubjetiva no processo. As partes e o juiz devem colaborar entre si, sendo certo que o futuro CPC traz, desde sua gênese, a solidariedade, valor constitucional do Estado democrático, como um dos pilares da nova ordem processual. A colaboração e a participação das partes não se configuram apenas como direitos ou faculdades, mas também como ônus e deveres. Em outras palavras, às partes confere-se oportunidade de participar da formação da decisão do juiz, suportando as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente. O juiz não pode ser obrigado a inserir na fundamentação de sua decisão considerações, informações ou detalhes que não foram apresentados pelas partes. Em razão do princípio da cooperação, o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões. A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta.¹¹⁹

Nota-se, pois, a intenção de refundar a relação processual civil, não sendo mais compreendida como o tradicional vínculo triangular, mas uma nova perspectiva sem protagonistas em que as partes se colocam em posição paralela à do magistrado para a promoção de uma decisão conjunta.

Ademais, ao contrário do que ocorre com relação aos negócios processuais, igualmente fruto do horizonte neoprocessualista, são impostos deveres e ônus que são compreendidos como obrigações que podem gerar consequências desfavoráveis quando não forem atendidas pelas partes. Não há, dessa forma, uma abordagem baseada na autonomia da vontade e na faculdade da colaboração.

¹¹⁷ BRASIL, op. cit, nota 7.

¹¹⁸ RAATZ, op. cit., p. 74

¹¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro Da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo* (v. 209/ ano 2), p. 349-374, jul 2012.

Dessa forma, defende-se o referido princípio como pressuposto à descoberta da verdade no processo:

Há, na verdade, um dever de cooperação. O dever de cooperação, nas lições de José Lebre e Fretas, tem duplo sentido: um material e um formal. Em seu sentido material, o dever de cooperação recai sobre as partes, incumbindo-lhes a prestação de sua colaboração para a descoberta da verdade; ao juiz cumpre requisitar das partes esclarecimentos sobre a matéria de fato ou sobre a matéria de direito da causa. Em seu sentido formal, o dever de cooperação impõe ao juiz providenciar o suprimento de obstáculos na obtenção de informação ou documento necessário ao exercício de uma faculdade, à observância de um ônus ou ao cumprimento de um dever processual.¹²⁰

Assim, argui-se quais seriam as limitações para a atuação do magistrado? Essa estrutura processual trará uma relação sem protagonistas ou ensejará o surgimento de um neoprotagonismo do juiz?

A resposta encontra-se no papel desempenhado pelo contraditório substancial, num contexto em que a nova legislação processual é a primeira feita após a Constituição Democrática de 1988. Nesse passo, é fundamental que se leve em consideração o princípio da solidariedade como vetor informador da nova legislação, num panorama em que os magistrados exercem suas funções por meio de uma seleção realizada por concursos públicos. De fato, reconhece-se que a legitimidade democrática dos juízes é atribuída por meio da promoção de uma arena processual participativa.

No entanto, deve-se tomar cuidado com a visão que estabelece a busca de uma “verdade superior” alcançada apenas por meio da cooperação. O processo deve seguir os ditames do contraditório substancial e respeitar os ônus de cada uma das partes, não podendo haver, portanto, o condicionamento de uma decisão célere e justa à imputação de deveres de cooperação.

Dessa forma, toda discussão referente ao reconhecimento do princípio democrático como vetor informativo da codificação processual de 2015, possui grande importância, mas deve-se, entretanto, atentar ao fato de que uma posição extremada da

¹²⁰ Ibid.

cooperação é idealista e, em verdade, mascara o surgimento de um presidencialismo judicial por trás de princípios constitucionais.

A posição do magistrado deve ser pautada pela discricção, e, ao invés da imposição da obrigação de cooperar, o juiz deve se guiar pelos deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio. Assim sendo, se houver o transbordamento das funções do magistrado para além desses deveres, grande chance há de ocorrer severo desrespeito ao princípio democrático.

Entende-se, nessa ordem de ideias, que a busca de uma “eticização” do processo deve ocorrer por meio da aplicação do princípio contraditório e não pela imposição de deveres de colaboração para todos os intervenientes processuais.

Nesse passo, tem-se que o dever de esclarecimento, decorrente do contraditório substancial, aponta para uma reciprocidade, porquanto o tribunal tem a obrigação de se esclarecer junto as partes, e estas possuem o dever de fazer o mesmo.¹²¹

No que toca à prevenção, implica no fato de que o magistrado deve prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos em virtude de um uso inadequado do processo. Já a perspectiva partidária da cooperação vislumbra finalidade diversa em referido dever, porquanto entende que seria possível que o juiz sugerisse atuações às partes para melhoramento do pedido e suprimento de lacunas, no molde assistencialista do período social de processo:

Ele vale genericamente para todas as situações em que o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas fundamentais em que a chamada de atenção decorrente do dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos factos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação. Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro.¹²²

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

Quando se fala do dever de consulta, afirma-se que se trata da vedação à decisão surpresa. Ou seja, o magistrado ao se manifestar sobre qualquer questão de fato e de direito no processo, mesmo que em caráter oficioso, deve abrir discussão das partes.¹²³

O dever de auxílio, por fim, indica a superação de óbices que atrapalhem o exercício de direitos e faculdades, ou ainda, ônus e deveres processuais¹²⁴.

Esses, pois, devem ser os pilares que regem a atuação do magistrado num contexto processual participativo; fora desses limites, há grande risco:

Afora isso, é enorme o risco que se corre de transmutar o juiz em um contraditor, com prejuízo às próprias bases fundadoras do Estado Democrático de Direito. Uma comunidade de trabalho com a finalidade de regulamentar o diálogo entre juiz e partes é algo bem diferente de inserir a todos num mesmo patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, levando fatos (ou obrigando as partes a levá-los) para o processo, produzindo provas e contraprovas. Algo também bem diferente que confiar às partes deveres de cooperar entre si e de instituir em favor do juiz poderes para obrigá-las, contra vontade delas, a atuar cooperativamente. Sim, corremos esse risco. Este é o busílis da questão.¹²⁵

Não se pode olvidar que uma comunidade de trabalhos pode ser salutar ao processo, contudo, o Direito pressupõe a luta e o embate, não fazendo sentido que as partes sejam obrigadas a colaborar, mesmo quando isso não lhes é benéfico. Pode-se, inclusive, afirmar que os advogados, dentro desse paradigma, passariam a ser meros joguetes na mão do magistrado, que imputando deveres de cooperação, ultrapassaria sobremaneira a liberdade de condução do processo dos patronos.

Já se fala, com base no dever de cooperação, na possibilidade de quebra de certos deveres de sigilo ou confidencialidade, ou a consagração de o juiz suprir insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada. Além disso, poderia o magistrado suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito.¹²⁶

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ STRECK, op. cit., 2018.

¹²⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro Da . O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo* (v. 209/ ano 2), p. 349-374, jul 2012.

Abre-se, portanto, as portas ao paradoxo de Bulow, que aponta que ao mesmo tempo em que o processo é um instrumento de poder, é também seu limitador. Nesse sentido, a cooperação:

É nada mais nada menos que normatizar uma porta de entrada para o já superado socialismo processual, modo de retorno ao mito de “Oskar Bulow”, um salto em direção ao passado que se quer definitivamente suplantar. Não se nega a utilidade social da cooperação nem se instiga aqui a litigiosidade. Mas, até onde pode avançar o juiz, em seu diálogo com as partes, alicerçado em seu dever de cooperar? Qual o limite a ser respeitado por ele a fim de que não se tonar também um contraditor?¹²⁷

Nessa direção, mesmo autores como Dierle Nunes e Alexandre Bahia¹²⁸, que desenvolvem a participação fortalecida por um vigor democrático, entendem que deve haver a criação de mecanismos de controle, de modo que o juiz seja um garantidor de direitos fundamentais. Dessa forma, destacam: “Reconhece-se que há papéis distintos, mas que todos cooperam para o resultado final”. Assim, entende-se que os papéis devem ser delimitados, sendo o contraditório compreendido como garantia de influência:

Aposta-se na leitura do contraditório na modalidade garantia de influência como referente constitucional do policentrismo e da participação, em vista de que agrega, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada, tornando o cidadão simultaneamente autor e destinatário do provimento.¹²⁹

O solipsismo do magistrado, dessa forma, deve ser compreendido como um problema que pode ser resolvido não por meio da imposição da colaboração de todos os integrantes do processo, mas com base no contraditório em sua feição substancial. Assim, para além do mero binômio informação-reação, deve-se dar destaque a um efetivo direito de influência nos provimentos jurisdicionais, vistos não como “produto da atividade sobre-humana de um juiz, mas do trabalho participado de todos os sujeitos, logo, pode-se ganhar também em celeridade”.¹³⁰

¹²⁷ STRECK, op. cit., 2018.

¹²⁸ NUNES, Dierle. *Processo e República: uma relação necessária*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>>. Acesso em: 22 maio 2018

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

Nesse sentido:

Mais do que isso, é inerente ao contraditório um vigor democrático que eleva sobremaneira a sua função de controlar a jurisdição: a imperatividade proveniente da norma constitucional constringe o juiz a curvar-se diante dela, a respeitar seu conteúdo, a observá-la em atenção aos seus novos matizes, o que em última análise quer significar mais segurança jurídica, transparência e previsibilidade, garantia no sentido de que se encontra vedada a produção de decisões em desatenção à dialética processual.¹³¹

O contraditório, portanto, deve ser compreendido como uma homenagem à liberdade das partes, desde que exercido nos limites legais, e visa evitar raciocínios surpresa e solipsistas. Dessa maneira, deve ser considerado como um direito fundamental que visa a conter o arbítrio, pois o juiz representa o Estado na dinâmica do processo judicial.¹³²

O princípio da cooperação, no entanto, demonstra o legislador colocando a responsabilidade no jurisdicionado do que compete ao Estado em virtude de mandato constitucional.

Pode-se ainda destacar que um dos principais defensores da cooperação processual, Daniel Mitidiero, não concorda com a ideia de que as partes devem colaborar “entre si”.¹³³ Sendo essa, pois, a nosso entender, a expressão que deve ser eliminada na interpretação conforme a Constituição que pode filtrar a exegese dessa norma, de modo a não a fulminar integralmente com a inconstitucionalidade.

Nessa direção, é mais salutar ao processo que no lugar da imposição de deveres de cooperação entre as partes, que fosse ele conduzido pela lógica do ônus probatório de cada parte ou até mesmo pelo sancionamento financeiro dos abusos de litigância. Ambos os casos são mais condizentes com a lógica processual e constitucional e não cerceiam os direitos fundamentais das partes.

¹³¹ STRECK, op. cit., 2014.

¹³² Ibid.

¹³³ MITIDIERO, op. cit.

2.3 Neoconstitucionalismo e a roupa nova do rei: “vinho velho em odres novos”

O formalismo-valorativo, elaborado por Carlos Alberto Álvaro, pretende superar um formalismo excessivo relacionado ao modelo liberal de processo, que entendia a forma como sendo uma garantia de liberdade e igualdade às partes:

Assim seria a forma que impediria que a realização do procedimento fique deixada ao simples arbítrio do juiz, servindo como controle aos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando, por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) de contendores entre si¹³⁴

Dessa maneira, com inspiração no neoconstitucionalismo, calcado na promoção de vetores axiológicos que norteiam a Constituição, espalhando-se por todo o ordenamento jurídico, o formalismo-valorativo busca, no processo civil harmonizar, como a própria denominação já o sugere, os valores históricos e culturalmente situados com a noção de previsibilidade instituída nas formalidades de todo o procedimento. Não tem, assim, o magistrado a mera função de ser “boca da lei”, numa postura simplesmente subsuntiva, pois se persegue o equacionamento da oposição entre o formalismo e a justiça.

Nesse sentido, tem-se que essa etapa do processo civil serviu de base para o princípio da cooperação processual, na medida em que se projeta a visão do processo que busca a expressão “das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes à determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias”.¹³⁵ Dessa forma, o formalismo do processo passa a ser analisado à luz de valores que se quer promover:

Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o formalismo valorativo. Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e constituição, e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores- justiça,

¹³⁴ STRECK, op. cit., 2015

¹³⁵ Ibid.

igualdade, participação, efetividade, segurança-, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.¹³⁶

No entanto, entende-se que esse arcabouço teórico, que funciona como sustentação ao “ princípio” da cooperação processual, não se sustenta, pelo fato de que pressupõe que haja valores igualmente compartilhados por toda a sociedade. Ademais, pode-se destacar que essa crítica pode ser da mesma forma direcionada ao método da ponderação de valores, muito em voga no neoconstitucionalismo, que, contudo, em sociedades pós tradicionalistas, como as atuais, consoante destaca Habbermas, impulsionam um decisionismo irracional, pois não se pode escalonar tais valores.¹³⁷

Chega-se, portanto, a uma situação perigosa, quando o juiz se posiciona como crítico do legislador, por meio da valoração de valores constitucionais, define sentidos através de uma interpretação conforme a constituição e se perdem os parâmetros de controle de sua atividade.

É nessa ordem de ideias que Carlos Bastide Horbach em seu texto “A nova roupa do Direito Constitucional: neo- constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos”¹³⁸, destaca que a “nova hermenêutica” em verdade não é tão nova assim, na medida em que é pelo menos centenária.

Ou por outra, destaca o autor que Carlos Maximiliano já tratava há muito da superação do paradigma em que se coloca o magistrado como mera boca ou escravo da lei. Sendo assim, entende que todo o arcabouço pós-positivista constitui-se como nova roupagem que não representa novidade alguma, porquanto não se está diante de uma revolução em termos de interpretação constitucional. Realizar, pois, os fins da lei mediante a realização do desiderato constitucional é para Maximiliano uma obviedade.¹³⁹ Assim, argumenta: “ É o vinho velho em odres novos...”.¹³⁹

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ STRECK, op. cit., 2012

¹³⁸ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, Pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais* (v. 859/ ano 96), p. 81-91, maio 2007

¹³⁹ Ibid.

Corre-se o risco, como pontua Streck, de o intérprete promover somente os próprios entendimentos do que seriam as necessidades sociais.¹⁴⁰ Pode-se, nesse passo, “fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito”.¹⁴¹ Ainda mais quando se está diante de uma Constituição analítica que trata, praticamente, de quase tudo, até mesmo de pensão alimentícia ou do Colégio Pedro II.

Dessa maneira, “a Constituição dispõe sobre tudo e tudo pode ser qualquer coisa, segundo o critério de qualquer um!”.¹⁴² Por conseguinte, Horbach desenvolve a ideia da inconstitucionalidade como conceito emocional, fazendo com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada:

Citem-se, somente alguns julgados nos quais se buscou uma concretização direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a lei do inquilinato é inconstitucional, porque contrária à dignidade da pessoa humana, quando permite o despejo de uma mãe cujo filho ficou tetraplégico, ou seja, segundo os intérpretes a dignidade humana permite que se more de graça em imóvel particular de terceiro. O mesmo Tribunal considerou o instituto da reincidência penal inconstitucional, porque é contrário à dignidade humana. Também contrário à dignidade humana, segundo o TJRJ e o STJ, seria o corte de fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento. Por fim, o Tribunal gaúcho, numa demonstração quase de resistência histórica, sustenta que juros maiores de 12% ao ano são contrários à dignidade da pessoa humana.

Interpretações juridicamente possíveis? Do ponto de vista da “nova hermenêutica” talvez, mas completamente arbitrárias, *contra legem* e que põem em xeque o funcionamento do estado de Direito, porque embaralham as funções de jurisdição comum, jurisdição constitucional e legislação.¹⁴³

Por fim, arremata a crítica ao neoconstitucionalismo pós-positivista, afirmando que o Direito Constitucional não está nu, porquanto suas vestimentas antigas são dignas. Mas sim, contudo, seus atuais estilistas e alfaiates¹⁴⁴.

Desse modo, atualmente é difícil afirmar que os valores utilizados pelos magistrados em seus julgamentos sejam compartilhados por toda a sociedade: “A rigor, a ponderação é uma ficção que, como muito bem denuncia Friedrich Muller,

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

frequentemente desemboca em um decisionismo irracional”.¹⁴⁵ Buscando a superação do processo liberal, acaba-se permanecendo no processo socialista em que as portas estão abertas a um protagonismo judicial desmedido.

¹⁴⁵ STRECK, op. cit., 2012

3. A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A atual codificação propõe um modelo que se configura a partir da conformação do Estado Democrático de Direito, com base numa superação dos modelos Liberal e Social de processo. Dessa maneira, tanto a negociação processual como o princípio da cooperação, surgem desse mesmo terreno teórico neoprocessualista, que busca realizar uma releitura constitucional do processo civil. Ambos os institutos demonstram uma visão em que modelos ideias apenas engessam o aperfeiçoamento da relação entre sociedade e Estado.

O Art. 6 do CPC/15¹⁴⁶, considerado como norma fundamental da novel legislação, aponta, “ Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A forma como o dispositivo está redigido denota a ideia de que é condição para o provimento jurisdicional a cooperação entre todos os sujeitos do processo. Assim, entende-se que as partes e o magistrado estão obrigados a cooperar e a colaborar para a promoção dos escopos processuais sociais, políticos e jurídicos, no sentido de haver um trabalho em conjunto, não como direito, mas como dever. Nesse sentido, o juiz deve sair de sua posição de isolamento e colocar-se ao lado das partes, de maneira que todos participem do contraditório¹⁴⁷.

Ou seja, em virtude de o magistrado não ser eleito, mas aprovado em concurso público de provas e títulos, entende-se que, não tem a sua função, pois, densidade democrática. Logo, dentro desse paradigma, aponta-se que sua participação colaborativa no processo é o que atribui legitimidade democrática à função judicante por ele exercida:

No modelo cooperativo de processo civil, assim como já se vê em escala nas concepções modernas, o princípio inquisitivo assume um viés mais democrático, passando a ser visualizado a partir da concepção do princípio da autoridade no processo. Ora, a relação ente o juiz e as partes nada mais representa do que uma projeção do microcosmo do processo da própria sujeição dos cidadãos perante a autoridade do Estado. A partir dessa

¹⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁴⁷ AULIO, op. cit., p. 21.

concepção, bem como de que a jurisdição é uma função pública, se entende por bem conceder poderes (com os correlatos deveres e limites) ao Estado-juiz, para que conduza o processo de forma a garantir a justiça e efetividade de sua decisão. É tecnicamente inadequado conceber, para fins de realizar a justiça no caso concreto, um sistema no qual o juiz assiste passivamente um confronto entre as partes como um verdadeiro espectador, como um árbitro em uma partida que se limita a apitar e controlar apenas o cumprimento das regras do jogo. ¹⁴⁸

Dessa maneira, propõe-se, com essa nova visão, que o magistrado deve promover um diálogo paritário, colocando-se no mesmo nível das partes. Nessa perspectiva, o processo se desenvolve não apenas pela exclusiva vontade das partes, não havendo, assim, protagonismo de qualquer sujeito na arena processual. ¹⁴⁹

Propõe-se, “o juiz visto como uma figura de autoridade reguladora e ao mesmo tempo como um parceiro indiferenciado ao lado das partes, formando uma verdadeira comunidade de trabalho”¹⁵⁰. Pretende-se, nessa direção, promover uma releitura do contraditório, em sua perspectiva substancial, de modo a incluir o magistrado no diálogo com as partes. Nesse passo, Silvia Albano¹⁵¹ argumenta:

Essa posição de diálogo se coaduna perfeitamente com a posição de um juiz mais ativo e de partes mais colaborativas. Não é porque o juiz possui poderes-deveres de condução do feito que as partes também não possam ter um papel de igual importância na construção da decisão final da causa. Assim como o inverso é verdadeiro.

Uma decisão justa e efetiva depende do respeito das partes e do Estado-juiz às bases que compõem o processo cooperativo.

O processo civil não pode ser entendido como luta, como agonia entre as partes contrapostas, como o lugar em que vença o mais esperto ou o mais forte. O processo não é fim em si mesmo; age-se em juízo para afirmar um direito que foi lesado ou não reconhecido para então obter um reconhecimento público das próprias razões segundo a lei. Emerge daí a concepção de um processo para uma busca mútua – no contraditório entre as partes- de uma verdade provável, como o lugar onde se confrontam razões e não relações de força ou de estratégia.

Para que o processo possa corresponder a essa finalidade, é indispensável que possua uma estrutura fundada no diálogo, no qual as partes confrontam suas razões em um plano de absoluta paridade.

¹⁴⁸ Ibid., p. 49.

¹⁴⁹ Ibid., p. 51

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ ALBANO apud AULIO, op. cit., p. 52.

No entanto, consoante será desenvolvido no presente capítulo, entendemos que essa nova perspectiva da relação processual em que se busca uma absoluta paridade pode trazer efeitos deletérios ao processo ao confundir o contraditório com a imposição do dever de cooperação entre os sujeitos. Referido paradigma, ao sustentar que a cooperação e a colaboração entre todos os sujeitos do processo é condição para a decisão de mérito em tempo razoável, de maneira justa e efetiva, atribui um dever que vai de encontro à “natureza humana”, ao princípio do contraditório e aos direitos fundamentais das partes.

Esse paradigma cooperativo acaba por se configurar como pensamento idealista e romântico, na medida em que o conflito é natural ao Direito e ao desejo humano. Constrói-se, pois, regras para que haja um embate civilizado e justo, não para que, ao contrário, se busque negar a agonia e a luta, inerente a qualquer embate.

Tem-se que referida postura que entende a relação processual como “ parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social...”¹⁵², consubstancia-se como abordagem idealista e irrefletida, pois busca uma paridade absoluta incompatível com a realidade do processo em que cada parte desempenha um papel definido.

Quando se aborda a expressão “ natureza humana”, ambiciona-se apontar para a teoria do desejo de René Girard, que denota sua estrutura triangular e mimética. Tal fato traz consequências ao processo, na medida em que o ser humano apenas deseja aquilo que é autorizado pelo desejo do outro. Tem-se, conforme será visto, o fato de que a estrutura do desejo sempre leva ao conflito, porquanto o todo desejante precisa de um rival para poder desejar. Mesmo que não exista um rival real, acaba-se por criar um imaginário.

Assim, defende-se que a melhor compreensão da relação processual é no sentido de se permitir uma guerra justa entre as partes com fulcro no contraditório, pelo fato de que não é por meio de uma “ canetada”¹⁵³ que se modificará a natureza conflituosa do desejo humano.

¹⁵² STRECK, Lenio. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

¹⁵³ Ibid.

Desse modo, a cooperação deve ser entendida como uma faculdade das partes, já que se disputar coisas não fosse algo normal, não haveria nem mesmo o Direito.¹⁵⁴ Nesse sentido, o processo segue a sua marcha por ônus e não por meio da imposição de deveres de cooperação:

A discussão sobre a cooperação não é nova. Exigir que as partes “cooperem” ou “colaborem” é ir muito além das balizas profissionais devidas para o exercício da advocacia. Dentro da licitude penal e cível, o processo segue por ônus. Mesmo o abuso na litigância é sempre mais bem controlado por ulterior penalização financeira dos atos manifestamente protelatório do que por cerceamento de garantias fundamentais do processo.¹⁵⁵

Dessa maneira, propõe-se a inconstitucionalidade parcial do Art. 6 do CPC¹⁵⁶. Assim sendo, referida norma vai de encontro ao direito ao acesso à justiça, ao direito de propriedade, à ampla defesa, aos demais direitos da personalidade e às balizas profissionais da advocacia .

Outrossim, pode-se mencionar que a imposição do dever de cooperação processual não se coaduna com a proposta da nova legislação de expandir sobremaneira as possibilidades de negociação processual. O microsistema criado para viabilizar a convenção de normas processuais pelas partes visa a permitir a pactuação voluntária e consensual das normas. Tem-se, pois, uma faculdade e não um dever imputado às partes para negociar regras processuais ou conduzir o processo.

Nesse sentido, objetiva-se demonstrar que referida visão da cooperação proposta pelo código utiliza o princípio democrático como forma de mascarar um neoprotagonismo do magistrado, que assume uma postura presidencialista, trazendo, pois, efeitos negativos ao processo.

Abre-se, nesse passo, as portas ao arbítrio, pelo fato de que se criam obrigações ao juiz, ao colocá-lo na posição de contraditor, de atuar minando a ampla defesa das partes (Art. 5, LV da CF/88¹⁵⁷).¹⁵⁸

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ BRASIL, op. cit, nota 7.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ STRECK, op. cit.

Deve-se distinguir o princípio da cooperação processual dos negócios processuais, reconhecendo a inconstitucionalidade parcial do primeiro, consoante redigido no Art. 6 do CPC/15¹⁵⁹. Não se pode, ademais, compreender a natureza conflituosa do processo como uma agonia, mas como uma característica constitutiva, que deve ser administrada por meio do exercício do contraditório substancial e não com base na imposição da cooperação e deveres contrários à liberdade das partes.

3.1 O princípio democrático como fundamento constitucional da colaboração processual mascara um neoprotagonismo processual do magistrado

Tem-se que o texto da Carta Magna reproduz em seu preâmbulo que o país se organiza como Estado Democrático de Direito. Ademais, é previsto, igualmente, no Art. 1º da CF¹⁶⁰, que a República Federativa do Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito. Nessa direção, Paulo Bonavides destaca que a democracia é direito fundamental de quarta geração: “ qualificada pela suprema voz e presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa”¹⁶¹.

Pode-se mencionar, nesse prisma, o fato de que, na esfera legislativa, o princípio democrático é concretizado por meio da participação realizada na iniciativa popular, plebiscito e referendo, de acordo artigo 14 da CF¹⁶².

No que diz respeito à função administrativa, por sua vez, pode-se vislumbrar referido princípio na participação popular no Conselho da República, consoante ensina Art. 89 inciso VII da CF¹⁶³, e na possibilidade de manejo de ação popular para controle de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (Art. 5, LXXIII da CF)¹⁶⁴.

¹⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁶⁰ Idem, op. cit., nota 121.

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161.

¹⁶² BRASIL, op. cit., nota 121.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid.

Dessa maneira, no que toca ao nosso objeto de interesse, o Poder Judiciário, a visão neoprocessualista entende que a concretização do princípio democrático na função jurisdicional ocorre com a afirmação do dever de participação das partes e do juiz na obtenção da decisão.

Sustenta-se, portanto, que o fato de o Estado brasileiro ter consagrado a Democracia participativa como direito fundamental, faz com que a sua efetivação na esfera da relação processual ocorra por meio do dever de participação do cidadão e do magistrado na decisão, por meio de uma comunidade de trabalhos. Argumenta-se, desse modo, que a democracia é realizada por meio da cooperação dos sujeitos no processo.

Defende-se que, “a democracia participativa, por si, já é um fundamento constitucional do princípio da cooperação”¹⁶⁵.

Dessa forma, em virtude de a investidura do juiz não ocorrer por meio de um processo eleitoral, mas por meio de concurso de provas e títulos (no caso dos magistrados de carreira) ou através de escolha política, como ocorre em relação aos Ministros do STF, haveria, nesse prisma, um déficit democrático com relação a figura do magistrado.

Menciona-se:

É preciso, assim, garantir que o resultado da atuação dos juízes não seja produto de uma atividade isolada, antes se constituindo como fruto do diálogo judicial, da participação cidadã no processo. Daí se afirmar que a legitimidade é uma qualidade dada ao processo pelo respeito aos ideais do sistema democrático se e enquanto o Estado promover, no microcosmo dos conflitos, a participação e guarnecer os contenedores de oportunidades reais no desenvolvimento do discurso dialético.¹⁶⁶

Entende-se, contudo, que a percepção entusiasta da cooperação escudada no princípio democrático como seu fundamento constitucional é uma forma de maquiagem um neoprotagonismo judicial, dando ensejo ao solapamento dos direitos fundamentais das partes, afastando-se da segurança jurídica, transparência e previsibilidade.

¹⁶⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 235

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 236

Em outros termos, defende-se, no presente trabalho, que o princípio democrático, indubitavelmente, se configura como relevante aspecto informador da relação processual e desempenha o papel de fundamento constitucional do princípio do contraditório.

Outrossim, deve-se destacar o fato de que é a primeira vez que uma codificação processual civil é feita no país fora de um período ditatorial, porquanto tal situação ocorreu no que diz respeito às codificações processuais de 1939 e 1973. Nesse sentido, tem-se que o princípio democrático é extremamente relevante, contudo não pode ser visto como um coringa que avaliza todas as modificações ocorridas no processo. Vale, pois, destacar o salutar ceticismo de Winston Churchill¹⁶⁷ em relação ao referido regime ao afirmar que a Democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as outras.

Dessa forma, tem-se que em virtude de não se ter magistrados eleitos, ao invés de haver a imputação de deveres às partes, conforme o paradigma cooperativo, o melhor entendimento é a compreensão do contraditório para além do binômio informação-reação, como um “ direito de influência na construção do provimento judicial”¹⁶⁸ . Sendo saudável, assim, o afastamento de uma postura solipsista, em que o juiz dialoga apenas consigo, sem atentar para a dialética processual. Essa, portanto, é a postura mais adequada para se compreender a participação no campo processual:

O contraditório é um tributo à liberdade das partes no processo – exercitada nos limites da lei, obviamente-, um coringa que lhes avaliza a autoridade do seu discurso, do seu labor argumentativo e probatório e em prol de seus interesses pessoais, certificação de que a decisão judicial seguirá rumo previsível, alheio à surpresa e a raciocínios solipsistas. É um direito em favor dos litigantes contra o arbítrio estatal. Em outros termos: o contraditório traduz-se em direito fundamental e, deste modo, sua observância (dever de cumprimento, de respeito) cumpre ao juiz, que representa o Estado no âmbito do processo judicial”¹⁶⁹

¹⁶⁷Estadão. *Desrespeito à democracia*. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,desrespeito-a-democracia-imp-,1594331>. Acesso em: 27 jul 2018.

¹⁶⁸ STRECK, op. cit. 2012

¹⁶⁹ Ibid.

De maneira diversa, entretanto, atua o discutível princípio da cooperação processual, porquanto se manifesta como uma forma de correção moral do direito, gerando, nessa direção, a possibilidade do absolutismo que se quer negar¹⁷⁰.

Ou por outra, nesse pano de fundo, receberia o magistrado um álibi normativo para interferir na liberdade que não apenas as partes possuem, mas também seus advogados, de escolherem suas linhas de argumentação narrativa e estratégica que melhor se enquadre em seus anseios. Permite-se um juiz que supra insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato trazida pelas partes, assim como, suprimindo obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito: “ é enorme o risco de, sob a insígnia da cooperação, açular-se desmedido protagonismo judicial. É o fantasma de Bulow, Menger e Klein atormentando o processo civil do século XXI”¹⁷¹.

A atuação do magistrado na condução do processo em conjunto com as partes, por certo, é relevante ao desenlace do que se passa na arena processual. Entretanto, deve-se vislumbrar um limite, pois há o risco dele se tornar um contraditor, uma vez que o paradoxo de Bulow se encontra justamente na incompatibilidade do fato de o processo ser um instrumento de poder e, ao mesmo tempo, seu limitador. Deve, pois, o juiz promover o diálogo e cooperar, mas não de modo que essa colaboração lhe seja imposta. Ou seja, o juiz deve atuar de maneira discreta, na medida em que:

- i) Cumpre-lhe o dever de esclarecimento; ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo (dever de prevenção); iii) é dever do órgão jurisdicional consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, ainda que de ordem pública, assegurando a influência de suas manifestações na formação dos provimentos (dever de consulta) e iv) por fim, é seu papel auxiliar as partes na superação de dificuldades que as impeçam de exercer direitos e faculdades ou de cumprir ônus ou deveres processuais (dever de auxílio). Afora isso, é enorme o risco que se corre de transmudar o juiz em um contraditor, com prejuízo às próprias bases fundadoras do Estado Democrático de Direito. ¹⁷²

Por outro enfoque, no que toca ao princípio da cooperação, busca-se atribuir deveres, mesmo contra a vontade das partes, para que o magistrado guie o processo até

¹⁷⁰ STRECK, Lenio. O “ bom litigante”- Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista brasileira de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte (v. 90/ ano 23), p. 339-354, abr./jun. 2015

¹⁷¹ Idem, 2012

¹⁷² Ibid..

seu deslinde. Há um reforço nos poderes do magistrado, para que ele busque uma “verdade superior”, que apenas pode ser alcançada por meio da cooperação. Em suma, os advogados perdem a sua independência, tornando-se “ meros instrumentos do juiz na busca da tão almejada justiça”¹⁷³.

Nesse sentido, a melhor forma de se preservar o princípio democrático é por meio do contraditório substancial com base nos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Assim, deve o magistrado se abster de surpresas e de raciocínios solipsistas. Nessa direção, deve agir de conformidade com ônus processual de cada parte. Deve-se, pois, tomar cuidado com o entendimento que visa a promover uma releitura do contraditório com fulcro a impor a cooperação, porque tende a estimular um solapamento dos direitos das partes.

3.2 Otimismo Antropológico do princípio da cooperação processual e a Teoria Mimética do Desejo

Pode-se afirmar que a legislação processual adotou uma postura irrefletida e idealista, ao prever como norma fundamental o dever de cooperação de todas as partes do processo, como condição para se alcançar a solução da lide em tempo razoável, de maneira justa e efetiva.

Nessa ordem de ideias, pode-se mencionar:

Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da “ natureza humana”. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural , pois não? Disputar coisas é uma

¹⁷³ Ibid.

coisa normal. Não fosse assim, não haveria “direito”. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie. Desculpem-nos nossa franqueza.¹⁷⁴

Nesse prisma, a visão do autor citado é elucidativa com relação ao “espírito filantrópico”¹⁷⁵ pretendido pelo princípio da cooperação processual. Em outras palavras, não se pode revogar a lei da gravidade por decreto, da mesma maneira que não se pode alterar a natureza conflituosa do desejo humano por meio de um dispositivo na codificação processual civil que impele às partes que colaborem entre si.

Dessa forma, o direito é embate, luta, confronto e enfrentamento, porquanto a natureza do desejo leva sempre ao conflito. Assim, segundo a teoria mimética do desejo de René Girard, considerado um dos maiores intelectuais do século XX, o ser humano sempre precisa de um rival, de uma pessoa que deseja a mesma coisa, para assim, ter o seu desejo autorizado. Com efeito, o desejo é sempre imitativo, porque a confirmação de que se está perseguindo o objeto certo, é a percepção de que seu oponente deseja a mesma coisa.

Pode-se falar, nessa ordem de ideias, que existe uma estrutura triangular do desejo: sujeito, modelo e objeto. O sujeito precisa de um modelo para desejar o objeto. Tal fato faz com que o modelo tenha seu desejo reforçado quando percebe que o sujeito deseja o mesmo objeto. Nota-se, pois, que o conflito dentro das relações humanas é constitutivo, não podendo ser visto como algo acidental. É nesse sentido que Gill Baillie, comentarista de René Girard, afirma: “a natureza imitativa do desejo leva ao conflito”¹⁷⁶.

Nesse passo, pode-se perceber que a rivalidade mimética é simétrica, sendo o desejo do outro um duplo do desejo do eu: “quanto mais eu desejo este objeto que tu já desejas, mais ele se te apresentará desejável e, em contrapartida, mais ele me parecerá desejável para mim”¹⁷⁷.

Quando se almeja obrigar as partes a exercer um dever de cooperação entre si, adota-se postura idealista. Não se está instigando uma postura de litigiosidade, mas deve-

¹⁷⁴ STRECK, op. cit., 2014.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ GIRARD, René em entrevista concedida a Programa *Uncommon Knowledge*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BNkSBY5wWDk>>. Acesso em: em 07 de dez de 2009.

¹⁷⁷ Idem. *O Bode Expiatório e Deus*. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Tradução de Márcio Meruje. Covilhã, 2009, p. 4.

se compreender que mencionada perspectiva pode trazer efeitos deletérios ao processo, porque quando uma parte contrata um advogado, não quer ser obrigada a ter a sua liberdade cerceada a partir da imposição da cooperação com a outra parte. Ela pretende, em verdade, que o processo se resolva da melhor maneira possível, sem que seu advogado abra mão de nada: “ Aliás, quando contrato um advogado, é para que ele lute por mim, por minha causa. Não quero que ele abra mão de nada. Os direitos são meus e meu advogado deles não dispõe.”¹⁷⁸

Caso contrário, o acesso à justiça da parte acaba sendo violado, conjuntamente com o direito de propriedade e demais direitos da personalidade.

René Girard¹⁷⁹ afirma:

- Se você imita o desejo de outra pessoa, é porque admira esta pessoa, que pode até ser o seu melhor amigo. Porém, a partir do momento em que ambos desejam o mesmo objeto, o objeto desejável existe apenas em uma única... cópia. Por isso não deveria dizer “cópia”, porque não é uma cópia, mas o original.

- Existe apenas uma Helena de Tróia?

- Sim, existe somente uma, e portanto eles têm que lutar. Assim, a situação teatral, por excelência, é aquela em que duas pessoas desejam o mesmo objeto porque cada uma indica esse objeto para a outra. Tão logo o sujeito percebe que está sendo imitado, ele se sente reforçado em seu desejo, como a dizer: “ Ah, então eu escolhi o objeto certo, pois, tão logo esse outro homem viu essa mulher, ele se apaixona por ela, assim como eu”. Portanto, ambos estamos certos, e mais do que nunca me convenço de que devo desejá-la. Nesse momento, então, nos tornamos inimigos.

Nesse sentido, pode-se apreender com clareza que o desejo do outro é constitutivo do eu, pois a imitação é sua característica fundamental. Assim, por mais que haja objetos em abundância, o desejo humano se direciona àquele que é desejado pelo mediador eleito. Desse modo, quanto mais aumenta a rivalidade, mais o desejo é instigado a possuir o objeto, porque o sujeito percebe que escolheu o objeto certo a se desejar, com base na intensidade do desejo do outro.

¹⁷⁸ STRECK, op. cit., 2014.

¹⁷⁹ GIRARD, op. cit., nota 149.

3.2.1 A centralidade da violência na determinação do sujeito e da cultura¹⁸⁰

René Girard, imortal da Academia Francesa de Letras, é tido como o Darwin das Ciências Humanas e propõe uma estrutura do desejo humano com implicações interdisciplinares (psicanálise, antropologia, sociologia, crítica literária, filosofia, teoria política, entre outros). O autor aponta uma relativização da ideia de que o sujeito pensa por si, na medida em que seu desejo não é autônomo, mas sim compartilhado, impondo, pois, seu esvaziamento como centro de decisões.

Nesse sentido, em sua obra inaugural sobre teoria mimética aplicada à crítica literária, datada de 1961, *Mentira Romântica e Verdade Romanesca*¹⁸¹, demonstra que a primeira expressão do título indicaria a perspectiva ilusória de que o desejo é inato e de que há uma relação direta do sujeito com o objeto. Assim, entende que o indivíduo se torna veículo de um significado que lhe escapa¹⁸², indicando para o colapso do eu autônomo, porque o desejo não seria fruto de uma individualidade, autonomia e estabilidade, mas o seu oposto.

Dessa forma, discorda de Freud, quando este considera o sexo como único motor do processo psíquico:

A exemplo de outros impulsos, o impulso sexual se encontra subordinado ao processo mimético, que desempenha um papel muito mais vital e decisivo nos processos psíquicos e nas ações humanas propriamente ditas. Em seguida, Girard rejeita a premissa freudiana de que o desejo é catéxico ou pautado pelo objeto. Como demonstram as leituras de Stendhal, Proust e Doïstoiévski, Girard acredita que o papel crucial cabe ao mediador, que estimula o desejo individual e o direciona ao objeto em questão. Por fim, Girard rejeita a dualidade fundamental do desejo freudiano. Se Freud postula dois desejos e dois polos distintos- o edipiano e o narcisista-, Girard defende que há tão somente o desejo mimético.¹⁸³

A estrutura do desejo humano, então, decorre de uma relação triangular entre o sujeito, mediador e objeto. Ou seja, tem-se a figura desejante, modelo do desejo e objeto

¹⁸⁰ GOLSAN, Richard J. *Mito e teoria mimética, introdução ao pensamento girardiano*. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 20

¹⁸¹ GIRARD apud GOLSAN, op. cit., p. 14.

¹⁸² Idem. *Anorexia e desejo mimético*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 86

¹⁸³ GOLSAN, op. cit., p. 50

do desejo. Ensina o autor que não se deseja em consonância com a própria vontade, mas a partir do desejo de alguém que é tomado como referência. Essa seria a compreensão romanesca, expressa no título de sua primeira obra, na medida em que sua matriz estaria na cópia e imitação de um paradigma que autoriza o desejo, demonstrando, nesse passo, a instabilidade do eu desejante¹⁸⁴.

A fórmula básica do desejo não pode ser compreendida como A deseja B, mas sim A deseja B porque C direcionou sua atenção para ele¹⁸⁵. Pode-se afirmar que uma longa tradição filosófica, desde Aristóteles em sua *Poética*, aponta que “o homem se diferencia de outras formas de vida por usar a capacidade de imitação”¹⁸⁶. Dessa maneira, o processo de aprendizado, com destaque para aquisição da linguagem, ocorre por meio da imitação.¹⁸⁷

Girard defende, assim, que o desejo se direciona ao objeto, não em virtude de suas características intrínsecas, mas com base no caráter imitativo, pois o desejo do outro é fundante:

Girard afirma, em suma, que nossos desejos não são inatos ou autônomos, mas copiados dos outros. Se desejo um objeto em particular, não o cobiço por aquilo que é, e sim porque imito o desejo de alguém que optei por tomar como modelo. Essa pessoa- seja real ou imaginária, lendária ou histórica- se converte em mediador do meu desejo, e então me envolvo numa relação essencialmente triangular.¹⁸⁸

Nessa ordem de ideias, tem-se que a mimesis, ao mesmo tempo que mantém os seres humanos juntos, também os torna afastados, pois há tanto uma atração quanto uma repulsão. Em outras palavras, pode-se mencionar o exemplo de duas crianças que brincam num quarto cheio de brinquedos e desenvolvem uma rivalidade porque ambas querem

¹⁸⁴ KIRWAN, Michael. *Teoria mimética, conceitos fundamentais*. São Paulo: É Realizações, 2004, p. 48.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 52.

¹⁸⁶ Aristóteles apud *Ibid.*, 53.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p.53.

¹⁸⁸ GOLSAN, op. cit., p. 26

utilizar o mesmo, em que pese a grande variedade de opções disponíveis naquele ambiente. Dessa maneira, esse processo dá origem à formação de um tecido social, porquanto o eu está na órbita de um outro.

Ademais, outro exemplo que pode ser mencionado encontra-se nos casos de anorexia entre modelos de passarela. O padrão de beleza é definido pela rivalidade e não pelo desejo masculino. É, nesse passo, fenômeno exclusivamente feminino, onde o homem não tem necessariamente vez¹⁸⁹:

Uma primeira análise mimética leva a pensar que a atual epidemia de anorexia é um contágio entre as adolescentes desse modelo de beleza anoréxico e filiforme e que elas adquirem mimeticamente o desejo de emagrecer para ser semelhantes a essas deusas cuja magreza é buscada pelo cinema, pela televisão e pelas páginas de papel de glacê das revistas.¹⁹⁰

Deve haver a diferenciação entre as necessidades e apetites humanos que são naturais, em relação ao desejo, que se produz condicionado pela cultura e interação social¹⁹¹. Quando uma pessoa tem fome, está sofrendo efeito de uma necessidade natural, no entanto, o objeto que ela se voltará para satisfazer esse apetite será pautado pela dinâmica particular do desejo mimético.

Pode-se, então, diferenciar a estrutura de dois tipos de triângulos: “ modelo e mediador em seu ápice, níveis de mediação podem ser expressos na distância entre o ápice e a base”¹⁹². Na mediação interna, a forma geométrica triangular é mais curta e aquele que demonstra que determinado objeto é desejável está mais próximo do desejante, resultando no que o autor denomina como *mimesis conflitual*: “ situação mais perigosa de mediação interna, em que sujeito e modelo estão, literalmente, perto demais para que se possa existir uma convivência pacífica”¹⁹³. Já com relação ao triângulo mais alto, existe uma clara situação de distância maior do mediador e sujeito. É o que se conhece como mediação externa.

Nessa forma de relação mais distante do sujeito com o mediador, tem-se que ambos se encontram numa situação de afastamento, na medida em que existe

¹⁸⁹ GIRARD, op. cit., p. 79

¹⁹⁰ Ibid., p. 19

¹⁹¹ KIRWAN, op. cit., p. 55.

¹⁹² Ibid., p. 67.

¹⁹³ Ibid.

diferenciação de espaço, tempo, hierarquia social ou prestígio que recebem. Em tal hipótese, não há rivalidade pela cobiça do objeto. Ao contrário da primeira forma geométrica triangular que é fonte de angústia, a relação com o modelo na segunda é objeto de prazer.

Tem-se que o exemplo paradigmático na literatura para a mediação externa é a figura de Dom Quixote, porquanto alimenta uma relação de adoração pela figura do cavaleiro Amadis de Gaula:

Deste modo, Amadis foi o norte, o luzeiro e o sol dos valentes e namorados cavaleiros, a quem devemos imitar, todos os que debaixo da bandeira do amor e da cavalaria militamos. Sendo pois isto assim, como é, acho que, Sancho amigo, que o cavaleiro andante que melhor o imitar mais perto estará de alcançar a perfeição da cavalaria.¹⁹⁴

Utiliza-se como exemplo literário da mediação interna personagens como os de Dostoiévski: “o contraste entre a interação mimética de Cervantes e Dostoiévski é como dia e noite”¹⁹⁵, porquanto “a distância entre o herói e o modelo foi diminuída, o potencial tanto para o fascínio mórbido como para a rivalidade e a violência é intensificado”¹⁹⁶. Pode-se mencionar, portanto, o “apocalipse dostoiévskiano”¹⁹⁷ presente no universo do autor: “O mal mimético que infecta o narrador de Memórias do Subsolo infecta também toda a comunidade em Os Demônios, e a destruição que resulta desse contágio é tanto social e política quanto espiritual”¹⁹⁸.

Nesse passo, o Girard vislumbra o fato de que houve uma passagem da mediação externa para a interna, conforme a mudança dos regimes políticos na Europa. Em outras palavras, com a revolução Francesa e o término do regime monárquico, houve o fim daquela relação inalcançável dos súditos com o rei, na medida em que ele não tinha rivais. Dessa maneira, “a idolatria de um só é substituída pelo ódio de cem mil rivais”:¹⁹⁹

¹⁹⁴ GIRARD apud GOLSAN, op. cit., p. 27.

¹⁹⁵ KIRWAN, op. cit., p. 72.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ GOLSAN, op. cit., p. 42

¹⁹⁸ Ibid., p. 48.

¹⁹⁹ Ibid., p. 33.

Uma possível resposta são as diferenças sociais e culturais que separam o escritor do século XVII do autor do século XIX. Esse período testemunhou a erosão daquelas fronteiras hierárquicas que impediram Dom Quixote e Sancho Pança de entrarem em conflito; Aludimos a isso na distinção girardiana de mediação “externa” e “interna”. Esse aumento de potencialidade do desejo mimético de Cervantes a Dostoiévski espelha o desenvolvimento em nosso mundo moderno, no qual a diferenciação há muito estabelecida foi corroída devido à igualdade e à democracia. Desse modo, a mimesis encontra cada vez menos barreiras; no lugar da mediação externa, temos cada vez mais mediação interna. Este mundo é caracterizado por competição, rivalidade, inveja e ciúme intensos.²⁰⁰

É nesse sentido que Thomas Hobbes descreve o que seria uma guerra generalizada, causada em virtude da natureza competitiva do mundo moderno:

Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjulgar um ao outro(...)

Além disso, os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de intimidar a todos. Porque cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio (...)

De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória.²⁰¹

Percebe-se que a imitação é um elemento desagregador, em virtude de que na crise mimética o desejante e modelo se esquecem do objeto e se focam apenas na rivalidade existente entre si. Em a Violência e o Sagrado²⁰², Girard desenvolve o mecanismo pelo qual a violência interpessoal e agressão seriam contidos. Assim, aponta que o assassinato ritual do bode expiatório “tem importante papel no estabelecimento e na manutenção da ordem social”.²⁰³ Referido mecanismo dá origem, pois, às distinções sociais e culturais mais fundamentais, começando pela determinação do que é sagrado e profano.

Tem-se que quando há o rompimento do triângulo que se refere a estrutura do desejo, as partes apenas focam na rivalidade e se esquecem do objeto. Dessa maneira, para trazer de volta o objeto e dar cabo à crise mimética generalizada, acaba-se por todos voltarem-se contra uma vítima. Essa é a forma de conter e reverter a “explosão de crises

²⁰⁰ GOLSAN, op. cit., p. 73.

²⁰¹ HOBBS apud KIRWAN, op. cit., p. 73.

²⁰² GIRARD apud GOLSAN, op. cit., p. 13.

²⁰³ KIRWAN, op. cit., p. 87.

de violência”²⁰⁴, pois durante a crise, eram todos contra todos (cada pessoa contra toda coletividade). No mecanismo do bode expiatório essa estrutura se inverte, porquanto viram todos contra um. Em outros termos, tem-se que violência contra a vítima inocente é a forma de se canalizar a agressão do grupo e restabelecer a ordem social.

O primeiro que ataca a vítima se torna o modelo e é copiado pelos outros, fazendo com que o objeto do triângulo retorne²⁰⁵. Com o estabelecimento da paz, o culpado se torna imediatamente sagrado: “ o desejo mimético e o mecanismo do bode expiatório são duas faces da mesma moeda, cuja circulação permitiu a formulação da teoria mimética”.

206

De acordo com Girard, “ todos os mitos (...) têm suas raízes em atos de violência reais cometidos contra vítimas reais”. Esses atos de violência são atos de violência sacrificial e coletiva contra vítimas inocentes; a ordem cultural ou nasce delas, ou é por elas renovada. Em poucas palavras, o assassinato fundador que está na origem da cultura é o “ mecanismo que gera toda mitologia”, trata-se de “ uma máquina de fabricar mitos”.²⁰⁷

Nessa ordem de ideias, pode-se mencionar que a forma como a Alemanha nazista encontrou depois da Primeira Guerra Mundial, para sanar seus problemas econômicos, políticos e culturais, foi por meio da narrativa de que a figura dos judeus eram os culpados pelas mazelas do país. Assim, havia um grupo minoritário que encarnava todo o mal e a sua destruição poderia trazer novamente a coesão social. Ou seja, está bastante clara a presença nesse período histórico do mecanismo do bode expiatório, em que se canaliza a violência sobre uma vítima inocente, para que se possa promover o fim da crise de indiferenciação²⁰⁸.

Para a nação continuar unida, portanto, ela precisava de um inimigo comum como fator agregador: “ Pode-se dizer que o evento do sacrifício divide o tempo em antes (o momento da crise) e depois (o momento da reconciliação). Há também o “ dentro” e “fora”, a comunidade e a vítima expulsa, respectivamente.”²⁰⁹

²⁰⁴ GIRARD, op. cit., p. 15

²⁰⁵ CEZAR, João em entrevista concedida no lançamento do livro *o Teatro da Inveja*. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=DXAx_MK94Ew&t=5608s>. Acesso em: 12 de jul de 2018.

²⁰⁶ GOLSAN, op. cit., p. 15.

²⁰⁷ Ibid., p. 15.

²⁰⁸ GIRARD, René. *O Bode Expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004, p. 25.

²⁰⁹ KIRWAN, op. cit., p. 111.

Referido mecanismo do bode expiatório pode ser vislumbrado em qualquer forma de organização social. Menciona-se assim o exemplo ordinário da relação professor e alunos:

As salas de aula são divididas entre grupos incomunicáveis e mutuamente hostis, que se agrupam por renda, forma física, melanina e opção sexual, em grupos mais ou menos definidos na sala. Não se falam, não se gostam, riem quando um entra e debocham uns dos outros. Eis que um professor dá nota baixa e se torna o inimigo de todos. Imediatamente as panelas de pressão rompem o lacre e todos dão as mãos contra aquela “Besta do Apocalipse” que os prejudicou. Um emenda a fala do outro, porque agora eles tem o que odiar em comum. Tendo alguém a quem odiar em comum, nós somos todos irmãos. É muito difícil amar em comum. Nós tentamos, nos esforçamos. Agora, odiar é uma delícia.²¹⁰

Dessa maneira, com base na teoria do desejo mimético, pode-se vislumbrar a centralidade da violência na determinação do sujeito e da cultura. Nesse sentido, perceber-se como uma ilusão contraproducente o estímulo cooperativo das partes entre si na relação processual civil, na medida em que nela há uma projeção e atualização da formação conflituosa do desejo mimético que sempre leva ao conflito. Ou seja, referido “princípio” atua como uma correção moral, politicamente correta e retórica que deveria ficar a cargo da doutrina, mas que o legislador embarcou ao desenvolver um pensamento ingênuo para evitar que haja embates abertos, agonias e disputas pelos interesses em litígio no processo.

Contudo, a rivalidade, conflito e enfrentamento são elementos naturais à lide, porquanto as partes e seus advogados se valem de todos os meios legais para atingir um fim parcial, dentro de um contexto de mediação interna.

²¹⁰ KARNAL, Leandro em palestra concedida no Café Filosófico. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HUkn5YfSq3w>. Acesso em: 02 de ago de 2018.

3.3 Interpretação constitucional com redução de texto como forma de se realizar um filtro hermenêutico ao princípio da cooperação

O método da interpretação conforme a Constituição foi criado pela jurisprudência alemã, na vigência da Lei Fundamental de Bonn de 1949.²¹¹ Possui previsão legislativa no ordenamento pátrio no Art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9868/99²¹² e Art. 10 da Lei nº 9882/99²¹³. Com efeito, possui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário, da Administração Pública federal, estadual e municipal.

A interpretação conforme a constituição não foi incluída no bojo das modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 (“Reforma do Judiciário”), consoante Art. 102, §2 da CF²¹⁴. Entretanto, essa ausência faz sentido, já que não se presta ao mesmo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade, apesar de ambas visarem, igualmente, à preservação do ordenamento jurídico.

O intérprete para realizar esse tipo de hermenêutica baseia-se na teoria da divisibilidade da norma, visando a selecionar o melhor resultado da lei ou ato normativo. Pretende-se, dessa maneira, reconhecer a inconstitucionalidade da parte “doente” da lei, de modo a se preservar seu restante. Natural, portanto, que para se proceder ao referido método de controle, necessário se faz que se esteja diante de preceitos que abarquem múltiplos significados (normas polissêmicas), admitindo diversas interpretações. Assim, tendo a norma apenas um sentido, a decisão não terá nuances e será determinada como constitucional ou inconstitucional.²¹⁵

Observa-se que a expressão interpretação conforme a Constituição pode demonstrar certo truísmo, porquanto toda exegese realizada pelo intérprete deve ser realizada com base na norma fundamental. Contudo, pode-se afirmar que referida técnica de decisão não pretende ajustar um dispositivo aos termos da Carta Magna. Em verdade,

²¹¹ BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2015, p. 457

²¹² BRASIL. *Lei nº 9868/99*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm.

Acesso em: 21 maio 2018

²¹³ Idem. *Lei nº 9882/99*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em: 21 maio 2018.

²¹⁴ Idem, op. cit., nota 121.

²¹⁵ UADI, op. cit., p.458.

segundo Min. Carlos Britto, tem-se que ela serve para eliminar uma interpretação que não seja harmoniosa com a Constituição.²¹⁶

A interpretação conforme é uma técnica de eliminação de uma interpretação desconforme. O saque desse modo especial de interpretação conforme não é feito para conformar um dispositivo subconstitucional aos termos da Constituição Positiva. Absolutamente! Ele é feito para descartar aquela particularizada interpretação que, incidindo sobre um dado texto normativo de menor hierarquia impositiva torna esse texto desconforme à Constituição. Logo, trata-se de uma técnica de controle de constitucionalidade que só pode começar ali onde a interpretação do texto normativo inferior termina. Primeiro, a interpretação do texto segundo os seus próprios elementos de compreensibilidade e por imersão no diploma com que nasceu para o Direito Positivo. Pronto! Depois é que se faz, não a reinterpretção desse texto para afeiçoá-lo à normatividade constitucional, mas tão somente uma comparação entre o que já foi interpretado como um dos sentidos dele (texto normativo) e qualquer dos dispositivos da Constituição. Onde o nome interpretação conforme a Constituição significar, em rigor, um imediato cotejo entre duas pré-compreensões ou dois antecipados entendimentos jurídicos: o entendimento que já se tem de qualquer dos dispositivos constitucionais *versus* aquele específico entendimento a que também previamente se chegou de um dispositivo infraconstitucional.²¹⁷

Pode-se afirmar, nessa ordem de ideias, que a interpretação conforme a Constituição configura-se não apenas como método de interpretação, mas como efetivo mecanismo de controle de constitucionalidade. Assim sendo, os Tribunais devem partir da premissa de que o legislador almeja a produção de uma norma constitucional, pois referido método de controle se baseia na presunção de constitucionalidade das leis e persegue o máximo de utilidade do ato jurídico, a economia processual, a supremacia da Constituição e a unidade do ordenamento jurídico.²¹⁸

Buscar o sentido profundo das normas constitucionais, eliminando interpretações superficiais, resultantes de leituras apressadas e sem reflexão mais demorada. Ao determinar qual das possíveis exegeses de uma lei se mostra compatível com a carta maior, a interpretação conforme evita que se declare a inconstitucionalidade normativa. Em vez de nulificar o ato supostamente inconstitucional, procura salvá-lo, mediante a descoberta de uma alternativa que legitime o conteúdo da norma, reputada, num exame aligeirado, contrária à constituição. Por isso, a grande importância do instituto está em discernir a zona limítrofe da inconstitucionalidade. Muitas vezes, a força conformadora da interpretação é o bastante para eliminar situações aparentemente inconstitucionais. Daí a justificativa da interpretação conforme: extrair, ao máximo, as potencialidades das leis e atos normativos, prestigiando, assim, os princípios da economia processual, da supremacia da constituição,

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54- QO*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1267

da unidade do ordenamento jurídico e da presunção de constitucionalidade das leis.²¹⁹

Nesse passo, pode ser usado, tanto no controle abstrato em que a Suprema Corte exerce o papel de legislador negativo, quanto no controle difuso.

Deve-se destacar que o aplicador não pode realizar restrição ou ampliação do texto em demasia, porquanto, com referida postura, estaria adentrando na esfera específico do Poder Legislativo.

Por isso, se a única interpretação possível contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme à constituição, por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.²²⁰

Sendo assim, tanto na situação em que se utiliza como critério de exegese constitucional, quanto como técnica de controle de normas, não se pode mobilizar para distorcer o sentido originário das leis, na medida em que não podem se sujeitar a interpretações absurdas ou deturpadas: “ O princípio em estudo não constitui apanágio para se realizar interpretações distorcidas, que, a pretexto de servirem de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade, contrariam o conteúdo e a forma das leis, ferindo-lhes a essência”²²¹

Pode-se mencionar as seguintes balizas para a realização da referida técnica de controle de constitucionalidade:

- a) O intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma interpretada, a fim de obter a concordância com a Constituição;
- b) A interpretação conforme a Constituição só é admitida quando existe, de fato, um espaço de decisão (espaço de interpretação) em que sejam admissíveis várias propostas interpretativas, estando pelo menos uma delas em conformidade com a Constituição, que deve ser preferida às outras, em desconformidade com ela;

²¹⁹ UADI, op. cit., 459

²²⁰ Ibid., p. 460

²²¹ Ibid.

- c) No caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma lei inequivocamente em contradição com a Constituição, não se pode utilizar a interpretação conforme a Constituição; nessa hipótese, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da norma;
- d) Deve o intérprete zelar pela manutenção da vontade do legislador, devendo ser afastada a interpretação conforme a Constituição, quando dela resultar uma regulação distinta daquela originariamente almejada pelo legislador. Se o resultado interpretativo conduz a uma regra em manifesta dissintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador, há que ser afastada a interpretação conforme a Constituição, sob pena de transformar o intérprete em ilegítimo legislador positivo.²²²

Existem, dessa maneira, dois métodos de interpretação conforme a Constituição: com e sem redução do texto. Esta elege o sentido que torna a norma compatível com a Constituição sem efetuar a modificação de sua literalidade, podendo conceder- uma interpretação que lhe preserve a constitucionalidade- ou excluir- uma interpretação que possa torná-la inconstitucional. Àquela, por sua vez, ocorre quando uma terminologia dúbia é considerada inconstitucional.²²³

Por conseguinte, entende-se que o princípio da cooperação, esposado no Art. 6 do CPC deve passar por um filtro constitucional por meio da interpretação conforme a Constituição com redução de texto. Nesse sentido, pretende-se com tal solução “salvar” mencionado dispositivo e, ao mesmo tempo, produzir uma harmonia com o espírito da *Lex Fundamentalis*.

Dessa maneira, sugere-se ao invés da atual da redação da norma fundamental referente à cooperação processual, que determina: “ Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, haja a utilização da seguinte redação: “ O juiz deve cooperar com as partes para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”:

Com essa interpretação constitucional, é possível preservar a unidade do ordenamento jurídico, adequando o sentido da norma ao que diz a Constituição e sua principiologia.

²²² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2016, p.73.

²²³ UADI, op. cit., p. 461

CONCLUSÃO

Conclui-se que as semelhanças entre o princípio da cooperação processual e os negócios processuais, encontram-se no anseio neoprocessual de promover eficiência, simplificação, instrumentalidade e elasticidade procedimental, promovendo o desiderato constitucional de maior participação do jurisdicionado no processo decisório, de maneira consentânea com o princípio democrático. Já a nota distintiva, localiza-se na autonomia da vontade, pelo fato de que o primeiro opera por meio da imposição legal de comportamentos aos sujeitos do processo, e o segundo, por sua vez, pela convergência de vontades.

Referida abordagem coercitiva da cooperação dá ensejo à autocontenção e ao cerceamento de direitos e garantias fundamentais das partes como acesso à justiça, direito de propriedade, ampla defesa, demais direitos da personalidade e às balizas profissionais da advocacia, configurando, assim, uma “sombra de não processo” como norma fundamental da codificação processual civil.

Nesse passo, tem-se que o atual paradigma neoconstitucionalista promove uma vulgarização na invocação dos princípios, na medida em que a sua intensidade de criação não é seguida em paralelo por correspondentes mecanismos de controle de sua discricionariedade. Sustenta-se que, em conformidade com a concepção dworkianiana, o princípio é aquilo que confere coerência e padrão ao sistema e justifica as regras com foco em sua aplicação na prática jurídica.

Defende-se a visão dos princípios como integridade, promovendo um todo contextual e coerente, de acordo com a moralidade política, configurada no histórico institucional do Direito, para que não se corra o risco de que a doutrina se torne corretora do legislador constitucional, dando margem a formulações subjetivas dos magistrados, decidindo o mesmo caso de formas opostas, dependendo dos critérios eleitos. Abre-se, pois, uma discricionariedade maior do que o velho positivismo que se busca superar, não podendo a cooperação ser considerada como princípio, mas mero argumento de ordem retórica.

De tal modo, é relevante que se distinga princípios de diretrizes políticas. Ou por outra, estas visam ao estabelecimento de metas coletivas utilitárias voltadas para determinado aspecto econômico, político ou social, ao passo que aqueles cuidam de

direitos individuais. Entendimento diverso faz com que o Poder Judiciário adentre em uma competência primária que não é a sua.

Essa abordagem faz com que se retorne a uma perspectiva social de processo, já superada há mais de cem anos, que coloca o magistrado numa posição assistencialista e tutelar, de modo a promover compensações a uma sociedade de massa em que os jurisdicionados não são capazes de se autodeterminar e definir suas necessidades. Confunde autoridade com autoritarismo e produz efeito contrário ao desejado, pelo fato de que promove uma repriminção de um protagonismo, ao estabelecer deveres vagos de colaboração, dando margem a zonas de discricionariedades.

Deve-se, pois, tomar cuidado com a perspectiva que advoga por uma “verdade colaborativa superior”, porque o processo deve seguir sua marcha com base nos ditames do contraditório substancial, dentro da licitude civil e penal, consoante o ônus argumentativo de cada parte. Mesmo o abuso de litigância deve ser controlado por meio de sancionamento financeiro e não pelo cerceamento de direitos e garantias fundamentais, com a imposição de deveres baseados em cláusulas genéricas. Assim, pode-se afirmar que o melhor entendimento é o esposado no revogado Código de Processo Civil Português de 1961, que previa a cooperação como direito e não como dever.

Nesse prisma, a cooperação processual configura-se como postura idealista e irrefletida, pois transporta para o processo civil o pensamento politicamente correto de que as partes não devem disputar, porém colaborar para o deslinde da causa. No entanto, esse entendimento ignora o fato de que o conflito é consequência natural do desejo, conforme sua estrutura triangular e mimética, pois o ser humano se torna veículo de um significado que lhe escapa, indicando para o colapso do eu autônomo e estável. A verdade romanesca do desejo revela a instabilidade do eu desejante, pois não se deseja em consonância com a própria vontade, mas a partir de um outro que autoriza esse desejo, ao buscar o mesmo objeto. Ou seja, a rivalidade é ínsita ao desejo.

Não se estimula a litigiosidade nem se invalida a utilidade social da cooperação, mas deve-se levar em consideração o fato de que as partes obedecem a diferentes interesses com relação a sorte da demanda. Por todo o exposto, propõe-se uma exegese constitucional do dispositivo previsto no Art. 6 do CPC15, por meio de uma interpretação conforme a Constituição com redução de texto, de modo que se exclua a expressão “entre si”.

REFERÊNCIAS

ALVES, Isabela Fonseca. *A cooperação processual no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Dplacido, 2017

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodvm, 2013

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 23 jul 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 844357*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27844357%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27844357%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27844357%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27844357%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 13/09/2017.

_____. *Lei nº 9868/99*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 21 maio 2018

_____. *Lei nº 9882/99*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54- QO*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018

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

BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016

_____. Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017

CEZAR, João em entrevista concedida no lançamento do livro o Teatro da Inveja. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=DXAx_MK94Ew&t=5608s>. Acesso em: 12 de jul de 2018.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo (v. 209/ ano 2), p. 349-374, jul. 2012.

_____. O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo* (v. 209/ ano 2), p. 349-374, jul 2012.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodvm, 2016

GIRARD, René. *O Bode Expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004

_____. Em entrevista concedida a Programa Uncommon Knoledge. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=BNkSBY5wWDk>>. Acesso em: em 07 de dez de 2009.

_____. *O Bode Expiatório e Deus*. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Tradução de Márcio Meruje. Covilhã, 2009

_____. *Anorexia e desejo mimético*. São Paulo: É Realizações, 2011

GOLSAN, Richard J. *Mito e teoria mimética, introdução ao pensamento girardiano*. São Paulo: É Realizações, 2014

HORBACH, Carlos Bastide. *A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, Pós-positivismo e outros modismos*. *Revista dos Tribunais* (v. 859/ ano 96), p. 81-91, maio 2007

KIRWAN, Michael. *Teoria mimética, conceitos fundamentais*. São Paulo: É Realizações, 2004, p. 48.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1267

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. *Revista de Processo*, Porto Alegre, (v. 194/ ano 36), p. 56-68, abril 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodvm. 2016, p. 227.

NUNES, Dierle. *Processo e República: uma relação necessária*. Disponível em:<<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>>. Acesso em: 22 maio 2018

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2016

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodvm, 2017

STRECK, Lenio Luiz. O “ bom litigante” - Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista brasileira de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte (v. 90/ ano 23), p. 339-354, abr./jun. 2015

_____, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo -valorativo de Daniel Mitidiero, ou “ Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, Porto Alegre, (v. 213/ ano 37), p. 13-34, nov 2012

_____, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014