XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

CRISTIANO BECKER ISAIA

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

GLÁUCIA APARECIDA DA SILVA FARIA LAMBLÉM

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, Márcia Haydée Porto De Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-354-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

Apresentação

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, em virtude mesmo da complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV, por ocasião do XXV Encontro Nacional do Conpedi, realizado na cidade de Curitiba/PR, de 07 a 10 de dezembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi coordenado pelo Professor Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), pela Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém (UEMS) e pela Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA). Um total de 23 (vinte e três) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em cinco grupos.

No primeiro conjunto temático, o foco centrou-se principalmente no universo do Direito Processual Constitucional e dos Princípios Jurídicos, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como os limites às mutações constitucionais, colaboração processual, segurança jurídica no âmbito processual, razoável duração do processo e filosofia no processo, com ênfase na crítica hermenêutica. No segundo grupamento, destacou-se o enfrentamento verticalizado do tema Processo colaborativo e Democrático, vindo à tona principalmente questões relacionadas à nova cultura da cooperação processual, democracia participativa, sistemas e processo, amicus curiae, dentre outros. Na terceira série, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos às Teorias decisórias e o próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, quando se discutiram temas igualmente de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, precedentes judiciais, democratização do processo e judicialização da política. A quarta reunião de temas debateu o Procedimento processual civil, momento em que, numa perspectiva mais técnica, enfatizaram-se temas relacionados à participação da criança e do adolescente no ambiente processual, bem como alguns aspectos interessantes no processo de execução e no incidente de resolução de demandas repetitivas. Finalmente, o quinto e último grupo proporcionou o debate frente à relação entre Processo e direitos transindividuais, com ênfase principalmente na tutela coletiva processual.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho – Universidade Federal do Maranhão

CRÍTICA HERMENÊUTICA À COOPERAÇÃO PROCESSUAL: O ALCANCE FILOSÓFICO DA POLÊMICA EM TORNO DO ART. 6 DO CPC/2015

HERMENEUTICAL CRITIQUE TO THE DUTY TO COOPERATE: THE PHILOSOPHICAL REACH OF THE CONTROVERSY SURROUNDING THE ARTICLE 6 OF CPC / 2015

Ziel Ferreira Lopes [1]

Resumo

O art. 6º do CPC/2015 positivou o polêmico dever de cooperação processual. Segundo seus defensores, trata-se de uma eticização do processo. Seu críticos temiam uma "carta branca" para a imposição judicial de deveres às partes, restringindo o direito à ampla defesa. Seria o risco de uma fuga do direito, rumo a um plano valores acessados solitariamente pelo juiz. Este trabalho objetiva reconstruir essa discussão, mostrando seu alcance filosófico. Para isso, enfrenta as versões ornamental, axiologista e discursiva da cooperação, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.

Palavras-chave: Cooperação, Ampla defesa, Hermenêutica

Abstract/Resumen/Résumé

The article 6 of the CPC / 2015 has enacted the controversial duty to cooperate. According to its proponents, it consists in an ethical turn of the judicial procedure. Its critics feared an open delegation for judicial impositions of duties on the litigants, restricting their right to legal defense. This would risk an escape from the Law towards a plan of values accessed solitarily by the judge. This paper aims to reconstruct this discussion, showing its philosophical reach. We deal with the ornamental, axiologic and discursive version of cooperation, from the theoretical framework of the Hermeneutical Critique of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal defense, Duty to cooperate, Hermeneutics

[1] Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq). Bolsista CNPq.

1. Introdução

Na última década, iniciou-se no direito brasileiro uma controvérsia sobre a existência de um "princípio da cooperação processual". Questionava-se inicialmente qual seria a sua normatividade: num universo de direitos e deveres, o que seria "cooperar"? Contudo, o suposto princípio foi se misturando conceitualmente com uma série de novas teses sobre o direito processual. Assim, o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil incluiu no seu art. 6º: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Além de trazer incertezas sobre a relação entre juiz e partes, a redação causou espanto ao sinalizar que as partes teriam que cooperar entre si. Veio então o parecer final na Câmara dos Deputados, sustentando a redação e defendendo-a das críticas. Afinal, o artigo terminou sendo positivado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Mas em que consistiria esse dever de cooperar? Segundo seus defensores, seria uma eticização do processo. Mas assim, sem uma delimitação específica dos direitos e deveres que isso implica, a categoria não pode causar mais problemas do que trazer soluções? E como se fundamentaria, de uma maneira que não fuja ao controle público? O texto legal poderia ser lido como "norma programática" ou, na pior das hipóteses, servir de carta branca para que o juiz determine novos deveres às partes, restringindo até o que se entende como direito à ampla defesa. Parece difícil evitar que a cooperação caia na retórica, ou que seja uma porta para a fuga do direito rumo a um plano de valores acessado solitariamente pelo juiz.

Este trabalho pretende reconstruir essa discussão, mostrando seu profundo alcance filosófico. Para isso, as correntes "cooperativistas" foram sistematizadas em três modelos, que serão analisados: (i) meramente ornamental, observável em vários neo-processualismos; (ii) axiológico, próprio ao Formalismo-valorativo; e (iii) discursivo, proposto pela Escola do Processo Jurisdicional Democrático. Comparam-se, então, com a perspectiva anti-cooperação da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Por último, discute-se em que sentido "cooperamos", sem recorrer ao modelo valorativo nem acatar a idealização discursiva.

2. Cooperação no Formalismo-Valorativo: do ornamento ao axiologismo

Originárias do direito processual europeu, as doutrinas jurídicas da cooperação vinham ganhando cada vez mais espaço no Brasil. Pelo caráter difuso das fontes estrangeiras, é difícil saber exatamente do que se está tratando. Contudo, não se ignora a existência de trabalhos

voltados a aprofundar o conceito no Brasil. Destaca-se a Tese de Doutorado de Daniel Mitidiero (2007), uma das primeiras tentativas nacionais de elaborar uma teoria cooperativa do processo.

Parte do Formalismo-Valorativo de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que se apresenta como topo de uma escala evolutiva da processualística, iniciada no Praxismo, passando pelo Processualismo Científico e Instrumentalismo. Como o próprio nome sugere, tenta observar um duplo aspecto, abarcando direitos fundamentais processuais e materiais. Mitidiero tenta desenvolvê-la, pensando no modelo de Processo Civil adequado ao Estado Constitucional. Nas suas próprias palavras: "A tese está em que esse modelo de processo corresponde ao processo cooperativo, pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas que participam do processo" (p.9).

Repensando o equilíbrio entre juiz e partes, propõe:

> O processo cooperativo, por derradeiro, é o processo do Estado Constitucional. O direito deixa de ser compreendido apenas como scientia juris e volta a assumir o caráter de juris prudentia, de modo que à cena judiciária vai convocada, novamente, uma racionalidade prática, do tipo material, cujo desiderato precípuo está em alcançar a justiça no caso concreto sob discussão, pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais quanto processuais). No plano da ética, a colaboração entre aqueles que participam do processo pressupõe absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes, a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta-de-conduta principal no processo civil do Estado Constitucional (p. 11-12).

A categoria chamou atenção de Lenio Luiz Streck no âmbito da Teoria da Norma. Na linha de suas conhecidas denúncias ao pan-principiologismo, questionava o caráter deontológico dessa inovação:

> [...] esse prêt-à-porter 'propicia' que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição ágil e eficaz, a justiça no caso concreto. E se as partes não cooperarem? Em que condições um standard desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de 'não cooperação'? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação? (2011, p. 528)

Por aí se vê como tal princípio da cooperação se ligaria à livre criação de princípios jurídicos brasileira, que termina fragilizando a autonomia do direito.

Observa, então, dois possíveis usos do conceito: (i) meramente ornamental, em que falar de cooperação valeria tanto quanto dizer que o processo deve ser célere; (ii) como metanorma que viria a corrigir o Direito, reforçando o instrumentalismo processual a partir de

fundamentos morais. Os riscos para a democracia são evidentes: no primeiro caso, a referência normativa se perde num conceito vazio; no segundo, é buscada num fundamento último suprajurídico que foge ao controle público, tornando-se, na verdade, um "valor" a ser buscado (solitariamente) pelo juiz acima do direito.

Mitidiero publica, então, um artigo reagindo à crítica. Embora concorde na censura aos pan-principiologismos, ressalva a autenticidade do projeto cooperativo. Inicialmente, reafirma que:

> [...] 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 objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz (2011, p. 62).

Também insiste que a cooperação seria princípio, na medida em que "impõe um estado de coisas que tem de ser promovido": decisão justa, para a qual os participantes deveriam ter suas posições jurídicas organizadas de modo equilibrado. Ciente de que essa noção teleológica é estranha à CHD, frisa:

> [...] ainda que se parta de outra acepção de princípio, como aquela proposta por Lenio no sentido de que o princípio só existe a partir de uma regra e de que não há regra sem princípio, é perfeitamente possível ver na colaboração um princípio jurídico, já que ela determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do direito ao processo justo. A colaboração determina a conformação do direito ao processo justo e, portanto, de suas regras (p. 57).

Muito embora mencione a cooperação entre todos os sujeitos processuais (como supracitado), ressalva que o dever de cooperar só se aplica ao juiz:

> [...] mediante a instituição de regras de conduta para o juiz. E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange 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) (p. 58).

Contudo, não fica muita clara a diferença entre a cooperação e esses deveres de lealdade e boa-fé aplicáveis a todos os sujeitos processuais. Além disso, o que agora chama de

“assunto correlato”, outrora era “pauta-de-conduta principal no processo civil do Estado Constitucional”.

Afinal, indica sanções para o descumprimento do dever de cooperação. Contudo, elas parecem ficar no que já seria exigível no devido processo, quando não parecem a restringir o direito de defesa. Por vias oblíquas, parece retornar o dever das partes cooperarem:

> [...] inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo (art. 5.º, LIV, CF/1988 (LGL\1988\3)), possibilidade de responsabilização judicial (art. 133, CPC (LGL\1973\5)) e, especificamente no caso de dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária (art. 14, CPC (LGL\1973\5)). O juiz que se omite no cumprimento de seus deveres de cooperação viola o direito ao processo justo. Os deveres de esclarecimento, de diálogo e de prevenção, como se resolvem em deveres que o juiz pode cumprir *independentemente* de qualquer conduta a ser adotada pela parte contrária perante a qual tem o dever de colaborar, podem gerar responsabilização do juiz por ausência (art. 133, CPC (LGL\1973\5)). Já o dever de auxílio, que muitas vezes depende de determinado comportamento da parte contrária para que o juiz possa colaborar com a outra, dá lugar à possibilidade de o órgão jurisdicional sancioná-la por descumprimento de seu dever de obediência ao juízo (art. 14, CPC (LGL\1973\5)) (2011, p. 58).

Mitidiero não deixa de notar coincidência entre algumas ideias defendidas na cooperação processual com a crítica ao protagonismo judicial por Streck. Com efeito, é algo caro à CHD a associação entre democracia e controle intersubjetivo na atribuição de sentidos normativos. A partir desse marco teórico, impõe-se superar o puro “jogo retórico” das partes tanto quanto o “privilégio cognitivo” do juiz, que acessaria sozinho um plano dos valores. Assim, interessaria mesmo uma terceira via entre o modelo processual protagonizado pelas partes e o protagonizado pelo juiz.

Contudo, concordar quanto ao problema (ou melhor: quanto a um aspecto dele), não implica em concordar na solução proposta. Há várias tentativas de redimensionar a relação entre os “sujeitos processuais”, e nem todas elas são democráticas. A questão continua a ser como isso vai ser feito, tanto no plano operativo como no da fundamentação. É dizer: seriam estes fundamentos também controláveis intersubjetivamente?

Assim, para além do ornamento, interessa discutir como seria essa cooperação “para valer”, isto é: se ela for mesmo ter eficácia normativa, como operaria e como se fundamentaria? Interessa aprofundar a crítica hermenêutica ao “cooperativismo axiológico”.

2.1.1. “Cooperativismo axiológico” como ameaça à Democracia

Tentando contornar esse problema do fundamento, há genealogias da cooperação que lhe remetem a outros institutos consolidados. Tentam herdar um fundamento. Assim, a cooperação seria apenas um novo *nomen iuris* de algum instituto que já existe. Na hipótese mais drástica, seria uma evolução desse instituto.

É frequente derivar a cooperação da "boa-fé objetiva" (DIDIER, S.I.), que, supostamente, não se confundiria com a moralidade comum, além de já se achar positivada no art. 14 do CPC/73. Longe de simplificar, a questão se complica ainda mais.

Antes de tudo, incorre-se em certa ingenuidade hermenêutica: não se pode dizer a mesma coisa com palavras diferentes. Não há sinônimos perfeitos. E, se houvesse, qual seria a finalidade de se falar em cooperação quando o art. 5º do novo CPC já fala em boa-fé? Para ser legalista, o art. 11, I, b da LC n. 95 prescreve ao legislador: "expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico".

Mesmo tolerando essa pretensão de herdar legitimidade de outros institutos jurídicos, as referências buscadas não fornecem bases muito estáveis. Não se ignore sobre a boa-fé: que tem contornos diferentes em diferentes tradições jurídicas; que o instituto é aportado de outra disciplina, o Direito Civil; que em cada disciplina de cada país tenta-se estabilizar uma dogmática da boa-fé; que civilistas *experts* no instituto criticam sua utilização como uma "varinha-de-condão" na jurisprudência brasileira (RODRIGUES, 2014).

Ademais, verificam-se "versões" da cooperação que ampliam as obrigações das partes e os poderes dos juízes atualmente existentes. Ou seja: alguns "cooperativistas" não querem que se trate da mesma coisa, postulando a cooperação como um *plus* em ralação à boa-fé, como parece ser a postura do próprio Mitidiero.

Indo além dele, muitos de seus defensores chegam até a defender expessamente o dever de cooperação das partes com o juiz e entre si. Segundo defende Leonardo Carneiro da Cunha (2012), esse dever de "colaboração para a descoberta da verdade" obrigaria as partes até "mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade". Assim, representa "a consagração de um poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes", bem como "de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito".

Nesse sentido, a cooperação iria claramente contra a leitura que se quer do processo no paradigma da intersubjetividade. Reafirmaria uma Jurisdição que assujeita as partes, em que o

Estado-juiz figura como Sujeito cognoscente de uma relação processual metodologicamente estruturada para que declare/constitua o direito no objeto do litígio (STRECK; OLIVEIRA; KARAN, 2013). As partes sobram. Não constroem intersubjetivamente a decisão, não são seus participantes ativos, mas meros informantes do juiz.

Já seria possível começar a questionar essa dependência de um esquema Sujeito-Objeto (S-O) na formação da decisão judicial, sem adiantar muito os contributos discursivo e hermenêutico à questão. A partir da democracia, parece intuitivo falar que as partes têm direito a participar da decisão que lhes afeta. Também não deveria surpreender o raciocínio de que se o juiz participa ativamente da defesa das partes ele compromete sua imparcialidade. Contudo, o protagonismo judicial vigente parece naturalizado. O "juiz é o dono do processo". Assim, no redimensionamento dos poderes na comunidade processual, parece haver certa tendência doutrinária a querer cobrar uma contrapartida por essa cessão de poder às partes. Talvez seja essa a explicação para a tendência doutrinária que exige que as partes cooperem.

Em todo caso, focando nos defensores do dever de cooperação restrito ao juiz, seria o caso de insistir em termo tão poluído? Afinal, o que quer dizer a cooperação? A cooperação aparece como "palavra-ônibus", em que muitos embarcam para viajar juntos, cada um a seu destino. Diante de todo esse embaraço apresentado pelo "cooperativismo", não dispomos de outros recursos teóricos para sustentar a democratização do processo?

Pela CHD, quer-se assegurar o debate entre as partes, seu poder de influir na decisão e seu direito de obter A Resposta Constitucionalmente Adequada (STRECK, 2011). Por aí se vê a incompatibilidade com um "realismo argumentativo" (no sentido do direito ser aquilo que os tribunais dizem que é), que assimilaria a cooperação num quadro referencial sem qualquer pretensão de racionalidade. Não se admite, então, a cooperação como mero ornamento. Mas a CHD também não se concilia com uma teoria da argumentação idealizada, que expõe a autonomia do direito a predadores externos como a Moral. Assim, não se admite a cooperação como axiologismo, como valor a que o juiz tem acesso privilegiado, verdadeiro "às na manga" de sua toga ao conduzir o processo.

A defesa dessa autonomia do Direito fica clara na tréplica de Lenio Luiz Streck e Francisco Borges Motta a Daniel Mitidiero. Constatando o apelo da cooperação à abertura axiológica, tornam a negar-lhe *status* de princípio. Pelo enfoque hermenêutico, a própria Resposta Correta depende fundamentalmente da consistência principiológica, evidenciada pela reconstrução da história institucional na perspectiva da integridade. Nesse viés, os princípios fecham a interpretação e acabam com a discricionariedade.

Em última análise, a discordância radica no lugar de fala de Mitidiero, o Formalismo-Valorativo, espécie tardia de reação processualística ao positivismo exegético. O argumento central é:

> [...] se Alvaro e Mitidiero, por um lado, não endossam expressamente esse foco de centralidade no juiz, por outro, também não tematizam satisfatoriamente a discricionariedade judicial – e, ao não fazê-lo, acabam aceitando-a. Para eles, a discricionariedade – que exsurge da 'valoração' – mostra-se de forma fatalista. No fundo, é como se os avanços da filosofia não pudessem penetrar na porosidade do direito. Ou seja, o formalismo-valorativo ainda está assentado no sub-jectum da modernidade (STRECK; MOTTA, 2012, p. 5).

Conhecidas as críticas da CHD ao Formalismo-Valorativo, passa-se a analisar outro projeto teórico que tentará fundamentar algo similar à cooperação, já não como ornamento, ou axiologismo, mas como norma jurídica. Trata-se da sua defesa discursiva.

3. Sobre o projeto de uma teoria normativa da cooperação (ou: a defesa discursiva)

Entre os quadros da Escola Mineira de Direito Processual, destaca-se o chamado grupo do Processualismo Constitucional Democrático. De matriz habermasiana, pesquisa o fenômeno jurisdicional relacionando as disciplinas que lhe vão no nome. Aportando esse referencial ao Processo Civil, Dierle Nunes (2008) inscreveu na doutrina brasileira a tese da comparticipação e policentrismo.

Contemporâneo ao trabalho de Mitidiero, sua democratização do processo não se alimenta de fundamentos axiológicos como este, mas da própria procedimentalização da democracia. Cabe aqui uma observação terminológica: embora Dierle nomeie sua tese de "comparticipação processual", por vezes se refere à cooperação, geralmente em citação de outros doutrinadores, legislação estrangeira e jurisprudência, além da cooperação fora do âmbito dogmático, como pressuposto teórico habermasiano.

À base da sua pesquisa está a reconstrução pós-metafísica do direito pela Teoria do Discurso de Jürgen Habermas: o direito precisa se libertar de religiões, valores e tradições, na sua fundamentação. O sentido normativo deve ser fundamentável através de uma racionalidade comunicativa, em que todos os agentes racionais possam tomar parte. Pensa, então, a legitimação do Poder enquanto canalização pelas vias institucionais dos impulsos comunicativos da sociedade. A distinção entre ação estratégica (orientada por fins) e comunicativa (orientada por entendimento) informa epistemologicamente uma releitura dos modelos democráticos. Habermas fala dos modelos liberal e social (comunitarista), para

depois sintetizá-los num modelo deliberativo-procedimental de democracia. No liberalismo, prevaleceriam direitos; no socialismo, prevaleciam deveres; no deliberativo-procedimental, Habermas desenvolve o sistema jurídico como um engate discursivo entre a autodeterminação de cada um e a regulação de pretensões interpessoais.

> Na medida em que o sistema de direitos assegura, tanto a autonomia pública como a privada, ele operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, que descrevemos inicialmente como tensão entre a positividade e a legitimidade do direito. Ambos os momentos unem-se, no cruzamento recíproco entre forma do direito e princípio do discurso, inclusive na dupla face de Janus, que o direito volve, de um lado, para seus destinatários e, de outro lado, para seus autores. De um lado, o sistema dos direitos conduz o arbítrio dos interesses de sujeitos singulares que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tornam compatíveis iguais liberdades subjetivas de ação; de outro lado, esse sistema mobiliza e reúne as liberdades comunicativas de civis, presumivelmente orientados pelo bem comum, na prática da legislação.[...] (HABERMAS, 1997, p. 167-168)

Dierle faz a mesma reconstrução paradigmática no Processo Civil, identificando os elementos do processo liberal e social ao longo das várias ondas reformistas, e trabalhando-os no Estado Democrático de Direito. O processo liberal era dominado pelas partes, com seus direitos. O social era dominado pelo juiz, com seus poderes que assujeitavam as partes. Já o modelo democrático que propõe seria marcado por uma interdependência entre os sujeitos processuais, um nexo discursivo em que as partes seriam co-autores da decisão. Nessa perspectiva habermasiana, a legitimação depende de que o destinatário de uma norma seja, em certo sentido, também seu autor. Todo aquele potencialmente afetado por uma decisão deve poder participar do processo em que ela é tomada, em condições de simétrica paridade.

Assim, fala-se no direito ao contraditório como garantia de influência nas decisões (comparticipação), descentrando o Estado-juiz de sua solitária onipotência (policentrismo).

3.1. Aproximações entre Crítica Hermenêutica do Direito e Processualismo Constitucional Democrático

O denominador comum entre PCD e a CHD é o diálogo. Ambas as teorias são defensoras da Democracia e inimigas do esquema S-O como pressuposto epistemológico do Direito. Endossando a crítica aos protagonismos de partes e dos juízes, Motta busca uma apropriação “hermeneuticamente válida” da contribuição procedural:

> Seja como for, insistimos que a compreensão hermenêutica do contraditório que propomos aqui não é nada muito diferente do que Dierle Nunes (para citar apenas este integrante da plurireferida Escola Mineira) sugere seja uma

> ‘leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo’, a permitir que as partes contribuam, de forma crítica, para a formação do julgado. Aliás, endossamos também a sua observação de que ‘o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma comparticipação dos sujeitos processuais na formação das decisões’. Em realidade, a nossa divergência com o procedimentalismo (nos moldes da Escola Mineira) é pontual (apesar de paradigmática): enquanto autores como Dierle defendem que uma concepção deontológica do contraditório como ‘garantia de influência’ assegura uma correção normativa procedimental das decisões (o que vocacionaria o ‘fluxo discursivo’ ao entendimento), para nós, o fim do processo não é o entendimento, mas a produção de uma boa resposta, uma resposta que assegure os direitos de quem efetivamente os tem. Exigimos, pois, dos sujeitos processuais, que apresentem teorias fundadas em argumentos de princípio, através dos quais seja possível uma aferição substancial da conformidade do projeto que apresentam com a materialidade da Constituição e com a integridade do Direito. Somente assim seremos fieis aos aportes substantivos da teoria de Dworkin e aos supostos da Crítica Hermenêutica do Direito (MOTTA, 2009, p. 163-164).

Essas pequenas divergências eventualmente se esgarçam à medida que os objetivos comuns vão sendo alcançados. Estabelecido o platô do debate, os detalhes podem ganhar relevância, enriquecendo cada vez mais a Teoria do Direito no país. No caso, à medida que venha sendo alcançada a democratização do processo, começa-se a discutir até onde interessa a procedimentalização da democracia. A CHD se oporá se isso implicar num esvaziamento substancial da Teoria da Decisão.

Volta-se às matrizes, para explicar melhor esse ponto. A Teoria do Discurso traduz juridicamente intersubjetividade em capilarização institucional, integrando sistema jurídico, a esfera pública e o mundo da vida numa estrutura comunicativa através de procedimentos. Já a hermenêutica, por assim dizer, enfatizaria a “porosidade institucional”: antes que uma estrutura de sentidos, os sentidos dessa estrutura. O processo apenas dá o aparelhamento formal a uma relação jurídica que não pode ficar esquecida, nem pode se esgotar nos procedimentos.

A luz projetada por Habermas sobre o procedimento faz sombra em outra dimensão da experiência jurídica. Perde de vista um substancialismo jurídico que não seja ingênuo, isto é: não apela para as essências do texto ou natureza jurídica dos institutos. Trata-se de uma Teoria da Decisão que extrai sua força da indisponibilidade histórica dos sentidos, que não podem ser trocados livremente pelo intérprete. Disso se recolhem elementos para uma Processualistica hermeneuticamente adequada, atenta para a insustentabilidade da Teoria do Processo sem uma Teoria da Decisão.

3.2. Aproximações entre Processualismo Constitucional Democrático e Formalismo-Valorativo

São diversos os pontos de contato entre Nunes e Mitidiero, sobretudo na correlação entre Teoria Geral do Estado e Teoria Geral do Processo, no que se refere aos paradigmas estatais e a trilogia estrutural da TGP – predomínio da categoria Ação no Estado Liberal, da Jurisdição no Social e do Processo mesmo, da interdependência entre Ação e Jurisdição, no Estado Democrático de Direito. As semelhanças não deixam de ser reconhecidas por Streck e Motta (2012, p. 8), embora se distanciem sistemicamente da proposta de Mitidiero por seu fundamento axiologista e sua tematização insuficiente do solipsismo judical.

Em 2010, Nunes e Mitidiero publicariam juntos um artigo de título sugestivo: "Anteprojeto do novo CPC – Um possível alvorecer de um processo constitucionalizado (cooperativo/comparticipativo) no Brasil". Mesmo com a diferença de matrizes, e o mútuo desconhecimento das pesquisas quando de sua elaboração, registravam a convergência das conclusões alcançadas. Nessa oportunidade, elogiavam o então Anteprojeto do novo CPC, nos seguintes artigos:

> Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. [...]
> Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência. [...]
> Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios. [...]
> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Afinal, a PCD passaria a falar numa "teoria normativa da cooperação" (NUNES; BAHIA, 2014).

4. A CHD com a comparticipação contra a cooperação

Tomando parte nessa disputa, a CHD veio a público defender a comparticipação (do art. 10) contra a cooperação. Nessa tentativa de diferenciação, a CHD defendia a importância das partes serem sujeitos ativos da decisão, criticando-se a ideia de que seriam obrigadas a "cooperar" para ela. Preocupava a sutileza com que se transformava um direito do cidadão em seu dever, "depositando [o Legislador] sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional" (STRECK et al, 2014). Quisera-se crer que houve apropriação indevida de trabalhos dos destacados defensores da cooperação, na medida em que muitos já tinham se posicionado contra a extensão do dever de cooperar às partes.

É exagerado o "otimismo antropológico" da medida, sua vocação para porta de reentrada da Moral no Direito, além das perigosas associações com o socialismo processual. Com uma visão mais "hobbesiana", não se quer instigar a litigiosidade; apenas se resguarda a possibilidade das pessoas não quererem cooperar, quererem litigar, e terem direito à defesa técnica nisso tudo. Observados os *standards* profissionais da advocacia, dentro da legalidade, o processo segue por ônus.

Por certo, não caberia oposição à noção indireta de cooperação sugerida Nunes e Bahia (2014), na qual "reconhece-se que há papeis distintos, mas que todos cooperam para o resultado final", bem no encalço de Habermas:

> [...] todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão (1997, p. 288).

Mais do que isso, assentiu-se que a PCD:

> [...] Equaciona bem o *agir* predominantemente *estratégico* das partes (orientado por *interesses*) com as limitações impostas pela estruturação *comunicativa* (orientada por conhecimento), necessária à articulação racional de pretensões jurídicas na *esfera pública formal* (STRECK et al, 2015).

Isto tudo, porém, não autorizaria a prescrição legal de um "dever de cooperação" aos particulares, ainda mais assim, confiado à discricionariedade judicial, e que já surge vinculado à "duração razoável do processo" e à "justiça". Ou seja: há o risco claro de que a aceleração do julgamento seja feita à custa das garantias processuais, forçando-se as partes a comportamentos contrários a seus interesses.

Afinal, pugnava-se pela declaração de inconstitucionalidade do artigo, ou sua interpretação conforme à Constituição, em algo como: "Todos os sujeitos do processo [leia-se: *o juiz*] devem cooperar entre si [leia-se: *com as partes*] para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Logo após, Nunes observaria que os debates sobre o novo CPC aparentam, em certa medida, repetir o dilema entre liberalismo e socialismo processuais. Procurando avançar no marco constitucional e democrático, frisa que não remete à cooperação típica do processualismo social, mas no sentido habermasiano, como se segue:

> Ganha destaque a denominada 'comunidade de trabalho' (Arbeitsgemeinschaft – de uma teoria normativa da comparticipação ou cooperação relida) entre juiz e partes (e seus advogados), impedindo que a relação entre estes se transformasse em conflito de categorias, e promovendo na doutrina processual a idealização do policentrismo processual, que afasta qualquer concepção de protagonismo (das partes e advogados no liberalismo processual e do juiz na socialização). E não podíamos mais nos alienar desta percepção. Especialmente quando se vislumbra que o sistema processual brasileiro traz um ambiente no qual prevalecem os interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais. O juiz imerso na busca por otimização numérica de seus julgados e as partes (e seus advogados) no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico) com a finalidade de obtenção de êxito. Esta patologia de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deve ofertar. Ao se partir desta constatação cabe ao direito, dentro de seu pressuposto contrafático, ofertar uma base normativa que induza um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados (2015).

Afinal, o Parecer do Relator-Geral da Câmara dos deputados rejeitou as críticas feitas à redação do artigo:

> Não há razão para a exclusão da expressão 'entre si': não há processo cooperativo se inexistir reciprocidade entre todos os sujeitos proces-suais. Há uma má compreensão do princípio da cooperação: não se trata de uma parte ajudar a outra; trata-se, sobretudo, de uma parte colaborar com a outra e com o órgão jurisdicional para que o processo seja conduzido da melhor forma possível (BRASIL, 2013).

Ora, já discutimos as implicações práticas disso tudo, os riscos que traz essa "carta branca" para o juiz definir comportamentos das partes. Contudo, resta enfrentar essa sofisticada justificação discursiva que se apresentou para a cooperação, revelando o profundo alcance filosófico da polêmica.

A Teoria do Discurso trabalha com um modelo contrafático. Ela extrai condições de entendimento já operantes no cotidiano, as elabora numa "situação ideal de fala", desdobra disso um modelo teórico de sociedade democrática, e volta-se sobre a realidade com esse modelo, avaliando-a e criticando-a a partir dele. Numa situação ideal de fala trabalha-se sob dois grandes pressupostos: de que a única coerção seja a do melhor argumento e a única motivação seja a busca cooperativa da verdade.

Veja-se que a "busca cooperativa da verdade" já se encontra, em alguma medida, operante no cotidiano. Sempre que se afirma algo, deseja-se que isso seja entendido como verdade. Então, nesse ato de fala há uma "pretensão de validade" que precisa ser discursivamente resgatada — ainda mais quando se vai à fala no sistema jurídico para interferir nos direitos alheios. A extração empírica desse modelo seria: aproveitar esse potencial comunicativo para coordenar minimamente os planos individuais de ação. Para simplificar: trata-se de coordenar os agires estratégico numa estrutura comunicativa.

Contudo, ressalva o próprio Habermas (1997, p. 52 e 167) que é o sujeito que deve escolher se vai cooperar ou não. Segundo explica Marcelo Cattoni (2001, p. 150) "a racionalidade comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, possui um conteúdo normativo, mas não é fonte imediata de normas de agir". Na normatização, há uma reserva liberal para o agir estratégico, um espaço de jogo sem o qual o sistema retrocederia ao comunitarismo, em que só há deveres. O sujeito deve estar juridicamente livre para não cooperar. O que pode coagi-lo a cooperar, a partir de dentro, é a moral.

Por tudo isso, a solução habermasiana para o Direito (tão bem implementada pela PCD), sempre se contentou com a "regulação normativa das interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem" (1997, p. 46). Essa primazia do interesse na ordem particular não fica bem demarcada pela "cláusula genérica" do art. 6º. No estado de selvageria hermenêutica brasileiro, pode até mostrar-se contrária às expectativas democratizantes da PCD, evidentes em suas outras contribuições teóricas nesse mesmo Código.

Afora essas limitações pontuais à (boa) intenção normativa, vale referir uma diferença paradigmática. Esta diferença transcende a relação entre PCD e CHD, e remete às suas raízes filosóficas.

Se a hermenêutica concorda no rechaço às teorias descritivas, diverge sensivelmente no recurso à contrafacticidade. Sempre viu nisso tudo uma brecha para a idealização argumentativa, uma espécie de sequestro da pragmática pela razão. A ênfase no distanciamento crítico, se restrito à idealização de uma racionalidade lógico-explicativa, arrisca negar as condições de possibilidade exsurgentes da realidade. Seria desaconselhável

um investimento no potencial contrafático do novo CPC (NUNES, 2015), se implementado nesses termos.

Na verdade, talvez seja um problema querer depender só de procedimentos para o controle público das decisões. Voltemos à Teoria da Norma com essas preocupações.

Primeiramente, se o novo CPC flexibilizar sua validade, fazendo muitas concessões à facticidade dura em que vivemos, ele perde seu potencial normativo. Vira uma legislação "ornamental". Esta possibilidade está claramente descartada. Precisamos, então, de um direito processual "para valer".

Contudo, se a pretensão de validade deste processo atropelar a facticidade, exigindo mais do que o direito pode exigir, se antecipando a todas as circunstâncias do caso concreto, ele vira um ambicioso de "sistema-de-regras" processuais; e, na inevitável insuficiência desses sistemas, viria o recurso às "metarregras", isto é, "princípios-enquanto-abertura" que apelam à sensibilidade judicial na concretização do direito.

Aqui o sonho procedimentalista encontra seu limite. E aí começa o pesadelo axiologista. Os axiologistas vêem na cooperação algo mais do que uma estrutura comunicativa em que todos os sujeitos processuais estão implicados. Querem a cooperação como "cláusula aberta" de punição de comportamentos processuais contraproducentes. E não se ignore: quem define o que essa "cláusula aberta" significa, no caso concreto, é o juiz, como o parecer final da câmara deixou claro: "O enunciado do princípio da cooperação deve, ainda, ser mais simples, estruturado como cláusula geral, de modo a permitir seu delinea-mento e nuanças quando de sua interpretação e aplicação pelo órgão jurisdicio-nal".

Ao estabilizar a tensão entre facticidade e validade, certamente busca-se evitar extremos. Mas, como determiná-los? Robert Alexy (2008) recorreria à ponderação, radicalizando ainda mais a razão lógico-explicativa. Já a hermenêutica daria um passo de volta. Acharia validade que brota da facticidade.

Pela razão hermenêutica, os princípios brotam do mundo prático, do universo de sentidos que compartilhamos como comunidade. E reintroduzem o mundo prático no direito. Os princípios talham os sentidos da interpretação, o acontecer da norma no caso concreto. São "princípios-enquanto-fechamento", que destroem a discricionariedade do intérprete, em prol da Resposta Correta.

Impõe-se, então, um recuo para depois avançarmos na compreensão do problema. Vamos à filosofia "no" direito processual.

5. Excurso: da ética discursiva ao *ethos* hermenêutico no processo judicial

A Escola Mineira de Direito desenvolve com rigor sua processualística a partir do *standard* de racionalidade habermasiano. Da parte da hermenêutica, acompanha-se a PCD no seu compromisso com a Constituição, a Democracia e o diálogo. Contudo, impõem-se algumas diferenças sutis no encaminhamento desses temas. Uma noção forte de cooperação atua como pressuposto de uma teoria consensualista da verdade, à qual a matriz heideggeriana-gadameriana irá se opor.

Isso permite revisitar, neste campo científico, elementos do debate entre os filósofos Habermas e Gadamer. Pede-se licença para aprofundar essa reflexão. Isto se justifica, na medida em que os paradigmas filosóficos condicionam toda Ciência. Vale a advertência de Ernildo Stein (2005) e Lenio Streck (2011): a autocompreensão crítica do jurista não seria fazer Filosofia para depois fazer Direito, nem quaisquer das duas coisas isoladamente, mas fazer filosofia *no* direito.

Pois bem. No debate em questão, Gadamer (2002) destacaria a importância da autoridade da tradição para o conhecimento, o caráter positivo dos pré-conceitos. Segundo ele, sempre nos movimentamos sobre um solo comum de compreensibilidade, um acordo possibilitador de qualquer desacordo. Habermas (1987) enfatizaria a autoridade da razão, da crítica, contra uma tradição que pode ter sido forjada sob condições de dominação.

Como quer Habermas, a assunção crítica das tradições pode melhorar as condições de participação nesse jogo, trazendo à intersubjetividade aqueles que mal se subjetivavam, por conta das relações de dominação. A hermenêutica jamais se opôs a isso. Apenas enfatiza a compreensão que antecede a crítica, ou melhor: o acolhimento na tradição de elementos que possibilitam essa crítica. Habermas acusa injustamente Gadamer de "ontologizar a tradição", apenas por atentar para sua autoridade (e não insuperabilidade).

Ademais, um hermeneuta não acreditará que um procedimento seja "garantia prévia de verdade", cuja manifestação última seria o consenso. O procedimento é só a dimensão superficial do controle público das decisões. Há ainda uma dimensão de profundidade, substancial.

Se na linguagem ordinária a torção das palavras já tem limite, desde cedo a fiscalização sobre o uso dos sentidos normativos ganhou importância social diferenciada. Daí a ritualização crescente dessa prática interpretativa, seguida da racionalização quando a teologia entra em crise. Mas a superação da força bruta pelos ordálios e destes pelo devido processo não esgotam o problema. A racionalização de procedimentos para solução de conflitos não nos exonera de interpretar, de dar conteúdo às decisões. Não podemos esquecer-nos da

dimensão substancial do direito: o Processo não esgota a relação jurisdicional. E, em última análise, o contraditório (diálogo atual) não esgota o diálogo (que já trazemos) que sustenta a Jurisprudência, a própria Jurisdição e até o Estado Democrático de Direito.

Assim, a metodologização da decisão judicial numa racionalidade procedimental coletiva não garante "A" resposta correta. Por mais simétrica que seja a participação e fundamentada que seja a decisão, fora deste chão hermenêutico o processo decai em falatório. Habermas enfatiza a emancipação no procedimento, mas subestima o potencial da da autoridade da tradição, da fenomenologia das práticas cotidianas. Os princípios podem ser assumidos como aqui verdades "*aletheicas"* que brotam de nosso chão comum e daí haurem sua força; não da deliberação-procedimental, mas da indisponibilidade histórica dos sentidos. Diante de uma conduta contrária a nossas legítimas expectativas, recorremos à indisponibilidade da história ao reclamar que aquilo "não faz sentido".

Afinal, concordar com a democratização e constitucionalização do Processo não leva a CHD à procedimentalização da democracia e da Constituição. Ao menos não num sentido excludente, anti-conteudístico. Se na relação jurisdicional o processo fornece a "estrutura institucional" necessária, deve acorrer uma "estrutura de pensamento" para sua suficiência: "A" resposta correta.

Talvez seja o caso de inverter os termos: ao invés de uma teoria normativa da cooperação, falar numa teoria cooperativa da normatividade. Não se diz, com isso, que a normatividade esteja à disposição das partes num dado processo, mas que a vigilância do sentido comumente partilhado é o que impede sua predação por um sujeito solitário. Fundamental, aqui, a demonstração streckiana do *holding* de um sistema de justiça democrático:

> Numa alegoria, talvez isso explique porque garçons tendem a ser mais responsivos ao bom atendimento do que taxistas (sem querer ontologizar categorias profissionais!). Os clientes destes últimos não se articulam numa comunidade, razão pela qual cada corrida é um *grau zero de sentido*: se ouvirá rádio? Se conversará? Quão rápido se dirigirá? As experiências são fragmentárias, meros "contos": narrativas rapsódicas. Já o garçom está diante de toda a clientela, de seus colegas de profissão, para além de seu chefe. Está constrangido a prestar certo atendimento, pois — por mais que variem as opiniões sobre o que isso compreenderia — todos sabem o mínimo a se esperar: como no 'romance em cadeia' dworkiniano, autores diferentes escrevem cada capítulo sem desconsiderar o fio narrativo deixado pelo anterior. Independentemente de quão ruim esteja sendo o dia do garçom, espera-se dele que mantenha o profissionalismo no trabalho e reserve do público suas questões pessoais: goste ou não do freguês, goste ou não do pedido, ele o atenderá naquilo que anuncia o cardápio porque isso é o que 'faz sentido'. Condutas desviantes do 'mínimo é' são censuradas pela

> comunidade de intérpretes de forma espontânea e solidária, pois ameaçam romper o próprio elã social (2014, p. 16-17).

Trada-se da adesão à comunidade histórica, pela observância da autoridade da tradição. Isto não só respeita as funções que cada um desempenha no processo (sem idealizações de papéis) como as articula estruturalmente. À medida que os Tribunais conseguissem manter a jurisprudência íntegra e coerente, desencorajar-se-iam as petições temerárias. Além da evidente perda de tempo e dinheiro, nos precedentes mais consolidados existiria o "constrangimento epistemológico" (STRECK, 2010) de insurgir-se contra um pilar do sistema. A afirmação não é ingênua. Nos Estados Unidos, ninguém questionaria um *Plessy vs. Fergusson* hoje.

Assim, cada vez mais as partes teriam de mobilizar "argumentos de princípio", além de fiscalizar a mesma consistência nas manifestações da contraparte e nas decisões dos juízes. Um círculo virtuoso que não depende de um sistema de honra, como é a "cooperação forçada" das partes. Nessa perspectiva, a manipulação retórica pelas partes não seria um problema. Por mais subjetivamente insincera que seja uma proposição, ela terá de se movimentar num espaço de aceitabilidade intersubjetiva que na hermenêutica ganha uma substancialidade histórica, muito além do contexto imediato dos participantes. Aí certamente não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. E, independentemente da vontade do enunciante, o que foi dito não mais lhe pertence; desprende-se mesmo do que ele quis dizer e pode até contribuir para "A" resposta correta. Gadamer fala que a expressão se trai, para além daquilo que se quer fazer, naquilo que nos acontece. Reivindicando a primazia hermenêutica contra a pretensão da crítica, observa que: "O problema hermenêutica possui um alcance tão universal e fundamental para toda experiência inter-humana da história e da atualidade, porque se pode experimentar um sentido também onde este não se dá intencionalmente" (2002, p. 282).

Trazendo isto para o Direito: ninguém está normativamente obrigado a cooperar neste *ethos* hermenêutico, mas já se coopera indiretamente. Ocorre que os atores jurídicos estão desde sempre implicados num projeto civilizacional, enredados no seu "romance-em-cadeia". Não se confunda com o paradigma social-republicano mencionado por Habermas, pois a ligação entre sujeitos transcende o aqui e agora; cuida-se de um necessário herdar *e* legar mundo. Quando o direito é assumido em perspectiva substancial, esse projeto é historicamente qualificado: o sistema concorre para atualização da comunidade de princípio da qual se faz parte.

6. Considerações finais

Por todo o exposto, verificam-se as deficiências na fundamentação ornamental e axiologista da cooperação processual. Enquanto a primeira esvazia sua eficácia normativa, a segunda a busca fora de uma fundamentação intersubjetivamente controlável, apelando para a Moral.

No que se refere à sofisticada proposta discursiva de Dierle Nunes, de uma Teoria Normativa da Cooperação enquanto mecanismo contrafático, questiona-se a aplicabilidade normativa direta do pressuposto teórico, sobretudo nos moldes positivados no CPC/2015. Mesmo nos quadros da Teoria do Discurso, podemos arriscar dizer que a "busca cooperativa da verdade" segue como "coerção transcendental fraca", não prescrevendo diretamente o agir. Explicando melhor: a "busca cooperativa da verdade" funciona apenas como pressuposto de um modelo ideal, a partir do qual se poderia criticar a realidade; não pode ele mesmo ser imposto à realidade. . Essa circunstância não parece ser observada pela maioria dos defensores da tese cooperativa, de modo que se faz necessária uma delimitação de sentido, ou, melhor ainda, a retirada do art. 6º do CPC/2015. Como está, o artigo poderia dar margem a cerceamentos de defesa, sob o pretexto de que as partes teriam que "cooperar".

Além dessas consequências práticas, viu-se o alcance filosófico desse debate. Em que pese a aproximação democrática da PCD e CHD, à medida que os objetivos comuns são alcançados, relevam os detalhes. Esgarça-se a contraposição entre suas raízes procedimentalista e substancialista, respectivamente. O apelo à cooperação faz sentido numa teoria procedimentalista, que depende sempre de consensos. Só que chega a um impasse: jurisdição não é uma prática consensual, mas decisória. Já da perspectiva hermenêutica, a decisão judicial pode ser controlada, através de argumentos substanciais fundamentados no patrimônio jurídico comum. Assim, não depende que todos cheguem a um acordo atual. A Resposta Correta é mobilizada a partir do acordo latente que já sustenta o cotidiano. Retomando a alegoria streckiana, cuida-se do "modelo restaurante" de justiça: sem que a clientela precise cooperar dividindo o prato entre si, sua integração numa comunidade de princípios garante o bom atendimento para cada um.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert.*Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator-Geral*, apresentado em 02 Jun 2013. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013. Acesso em: 25 setembro de 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional.* Belo horizonte: Mandamentos, 2001

CUNHA, Leonardo José Carneiro. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo,* v. 209, jul. São Paulo: RT, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09293_09327.pdf> Acesso em: 03/08/2014.

DIDIER, Fredie. *Editorial n. 45.* Disponível em: <www.frediididier.com.br>. Acesso em: 01/03/2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II:* complementos e índice. Trad. de Ênio Paulo Giachini.. Petrópolis, RJ : Vozes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. v. I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
_____. *Dialética e Hermenêutica:* para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo:* o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo (Tese de doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/han dle/10183/13221/00064277 3.pdf?...1>. Acesso em: 10.08.2014.
_____. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter:* um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo,* v. 194, São Paulo: RT, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério:* uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro (Dissertação de Mestrado). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2009. Disponível em: < http://biblioteca.asav.org.br/vinc ulos/tede/FranciscoMottaDireito.pdf >. Acesso em: 08/09/2014.

NUNES, Dierle. *Comparticipação e policentrismo:* horizontes para a democratização processual civil (Tese de Doutorado). Belo Horizonte: Pontíficia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.
_____; MITIDIERO, Daniel. Anteprojeto do novo CPC – Um possível alvorecer de um processo constitucionalizado (cooperativo/comparticipativo) no Brasil. *Migalhas,* 8 jun, 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI10 8719,21048Anteprojeto+do+novo+CPC+Um+possivel+alvorecer+de+um+processo>. Acesso em 01/03/2015.
_____; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. *Justificando.* Disponível em: <http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>. Acesso em: 18/12/2014.

_____. Para além do Novo Código de Processo Civil … e para sua leitura…. *Justificando.* Disponível em: < http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>. Acesso em: 01/03/2015.
_____. A função contrafática do direito e o novo CPC. *Revista do advogado,* v. 35, n. 126, p. 53-57, maio 2015.

RODRIGUES, Otávio Luiz. Boa-fé não pode ser uma varinha de condão nas lições de Jan Peter Schmidt. *Consultor Jurídico* [coluna Direito Comparado]. São Paulo, 10 dez, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-10/direito-comparado-boa-fe-objetiva-nao-varinha-condao-licoes-jan-peter-schmidt>. Acesso em 01/03/2015.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____. *Verdade e Consenso:* Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
_____; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? *Revista de Processo,* v. 213, São Paulo: RT, 2012.
_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O "cartesianismo processual" em terraebrasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista Novos Estudos Jurídicos.* v. 18, n. 1, jan-abr, 2013. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>. Acesso em: 31.07.2014.
_____; DELFINO, Lúcio; GIORGIO DELLA BARBA, Rafael; FERREIRA LOPES, Ziel. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor Jurídico* (coluna Senso incomum). São Paulo, 23 dez, 2014. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 01/03/2015.
_____. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. *Revista Forense,* v. 110, n. 420, Jul./Dez, 2014.