

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

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 Napolini 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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Fernando Bellinetti; Maria Creusa De Araújo Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-549-

2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O desafio de se conciliar o Direito, a Democracia e as instituições do sistema de Justiça em nosso país é uma tarefa difícil e importante à qual os operadores do direito tem se dedicado diuturnamente em nosso país.

A academia tem colaborado de forma decisiva para esta tarefa e o Conpedi tem sido, há de mais de duas décadas, um espaço fecundo para o debate sobre o tema e sua consequente implementação como instrumento transformador para que se possa alcançar a sociedade livre, justa e solidária preconizada em nossa Constituição Federal.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, cujas atividades foram realizadas durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em São Luis, Maranhão, no período compreendido entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, confirmou essa trajetória.

As contribuições de pesquisadores de diversos programas qualificados de pós-graduação em direito enriqueceram a apresentação e discussão dos trabalhos do Grupo, possibilitando uma troca de experiências, estudos e investigações visando esse contínuo trabalho de pesquisa acadêmica com escopo de orientar a prática jurídica.

Do exame e discussão dos trabalhos selecionados foi possível identificar a riqueza dos textos com investigações pertinentes tanto à tutela jurisdicional de interesses individuais como transindividuais.

Foram apresentados e discutidos dezenove trabalhos, que veicularam percucientes estudos e análises sobre processo, jurisdição e efetividade da justiça, vinculadas às mais diversas searas do universo jurídico.

No âmbito mais vinculado a interesses transindividuais tratou-se de temas atinentes ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), autocomposição em demandas ambientais, ao compromisso de ajustamento de conduta, mandado de injunção, à intervenção do “amicus curiae”, aos precedentes judiciais e às decisões do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito mais vinculado aos interesses individuais, foram apresentados trabalhos sobre a audiência de conciliação, sobre o princípio da cooperação no novo CPC, sobre a

autocomposição, valoração da prova e às decisões judiciais e seu cumprimento e também sobre o processo administrativo.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado profundo sobre o tema.

É por isso que os coordenadores têm a satisfação de levar à publicação mais uma obra coletiva, que testemunha o conjunto de esforços do Conselho e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – UEL

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – UFPB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A APLICABILIDADE PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PREVISTO
NO ART. 6º DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**THE PRACTICAL APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF COOPERATION
ENVISAGED IN ARTICLE 6 OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE**

**Milena Dalla Bernardina
Letícia Zeferino de Oliveira**

Resumo

O artigo em questão irá fazer uma comparação pela diferença entre os entendimentos doutrinários sobre o novo princípio processual da cooperação inserido no Código de Processo Civil e a realidade prática observada através dos estudos etnográficos realizados principalmente pelo Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos.

Palavras-chave: Etnografia, Administração, Conflito, Prática, Processo

Abstract/Resumen/Résumé

The article in question will make a comparison of the difference between the doctrinal understandings about the new procedural principle of cooperation inserted in the Code of Civil Procedure and the practical reality observed through the ethnographic studies realized mainly by the Institute of Comparative Studies in Administration of Institutional Conflicts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ethnography, Administration, Conflict, Practice, Process

Introdução

O Novo Código de Processo Civil inovou trazendo em seu artigo 6º o princípio da cooperação que deverá buscar a colaboração entre as partes inseridas no conflito judicial. Contudo, ao analisarmos as etnografias do Instituto de Administração Institucional de Conflito INECT_ INEAC, percebemos a existência de uma cultura jurídica que dificulta a aplicabilidade prática dessa norma. Nesse artigo buscaremos compreender através de um estudo doutrinário qual a intenção do legislador ao inserir essa norma no Código de Processo Civil. Através das análises etnográficas identificaremos a cultura jurídica existente na prática e como ela interfere na aplicação cotidiana desse princípio no interior dos fóruns e tribunais. Por fim, demonstraremos quais os desafios que os atores jurídicos encontrarão no momento da aplicação prática desse dispositivo legal.

1. O Princípio da Cooperação e o Entendimento Doutrinário

O artigo 6º do novo Código de Processo Civil estabelece: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Brasil,2015). Esse princípio não existia no antigo CPC, passou a existir no atual e visa estabelecer uma Atividade Cooperativa Triangular, entre as partes e o juiz. Este dispositivo normativo tem sua origem no Direito Português e foi retirado do art. 7º do Código de Processo Civil Português publicado em 2013 (Theodoro, 2016), este menciona:

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo. (Portugal, 2013).

Diferente do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, a lei portuguesa esclarece quais as medidas que estão relacionadas a prática da cooperação entre os atores que formam o processo judicial. Ela menciona em que pontos o princípio deverá ser aplicado. No Brasil a lei apenas declara que as partes e o juiz devem cooperar entre si, para que o processo tenha um tempo razoável. São os doutrinadores que buscam identificar o que efetivamente essa regra explicita “(...) compreende o esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e a comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional.” (Theodoro, 2016). Já outros doutrinadores acreditam que com a inserção dessa nova norma no Código de Processo Civil nascerá “ (...) deveres de condutas tanto para as partes como para o juiz, os quais devem atuar conjuntamente com o intuito de se alcançar uma decisão legítima, aprimorada e justa” (Figueiredo, 2015). Interessante é perceber que alguns estudiosos da dogmática jurídica vão além e mencionam “(...) O princípio da cooperação potencializa o diálogo entre as partes e o juiz a fim de se alcançar a solução mais justa e adequada no caso concreto (...)”. (Figueiredo, 2015).

Na verdade, eles acreditam que o princípio da cooperação é um desmembramento do devido processo legal (Theodoro, 2016) que unido ao princípio da boa-fé processual visa a concretização de um processo justo. Nos chamou a atenção a seguinte abordagem feita por um autor, que tentava explicar o conteúdo daquela norma:

Assim, o ativismo do juiz deve ser estimulado e ao mesmo tempo conciliado com o ativismo das partes, para que atenda à finalidade social do processo moderno. Torna-se necessário, pois, renovar mentalidades com o intuito de afastar o individualismo do processo, de modo que o papel de cada um dos operadores do direito seja o de cooperar com boa-fé numa eficiente administração da justiça. **O processo deve, pois, ser um diálogo entre as partes e o juiz, e não necessariamente um combate ou um jogo de impulso egoístico. Grifo Nosso (Donizetti, 2012).**

Ao analisar os ensinamentos acima, nós concluímos que o princípio da cooperação visa a construção da verdade por meio do diálogo honesto estabelecido entre as partes. Todos os atores jurídicos deverão atuar de forma a pacificar os conflitos da melhor maneira possível. Devendo o juiz ter uma postura mais proativa diante da situação, da mesma forma que as partes também poderão contribuir para a resolução da questão. Diante desse novo princípio processual aparenta existir um sentido mais democrático e igualitário do processo.

2. A Cultura Jurídica Brasileira

Agora, que já refletimos sobre o conteúdo do novo princípio processual inserido no Código de Processo Civil de 2015, podemos ponderar sobre a cultura brasileira. Para isso não podemos nos prender a dogmática jurídica como foi acima exposto, temos que analisar o que os antropólogos dizem sobre a realidade social e cultural do Brasil.

2.1 Existência da hierarquia baseada na cidadania relacional

A ideia do princípio da cooperação baseado em um diálogo democrático pressupõe a igualdade dos atores envolvidos no debate, porém o que efetivamente temos é uma igualdade meramente formal, legal e normativa. A medida que existe uma norma paralela a essa denominada de igualdade material, com base na citação de um discurso de um famoso jurisconsulto no início de século XX, que seria tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades (Barbosa, 1920). Essa igualdade material irá legitimar um tratamento desigual na sociedade. A expressão “você sabe com quem está falando?” (Damatta, 1980) nada mais é do que ratificação desse tratamento hierarquizado presente no nosso país. Quanto mais próximo ao funcionário público estiver o cidadão, mais facilmente as garantias constitucionais são a ele concedidas.

Contudo, vimos que o princípio estudado visa a obtenção de um diálogo franco e honesto das partes envolvidas no litígio, para que ele ocorra deverá existir minimamente um tratamento igualitário entre as partes e o juiz, para que juntos possam chegar a resolução do conflito. Todavia, não é o que as etnografias demonstram. Na prática existe uma dificuldade de se chegar até a figura do Magistrado. Apesar do ordenamento jurídico prever a igualdade de tratamento entre juiz, defesa e acusação; não é o que se observa na atualidade. As pesquisas realizadas no Instituto de Estudos Comparados em Administração de Institucional de Conflitos demonstram existir a seguinte hierarquia no interior dos fóruns e tribunais.

No ápice dessa pirâmide estão os juízes, que tem o poder de aplicar e interpretar a lei, detendo o poder de descobrir a verdade real presente no interior dos autos; abaixo deles estão os promotores de justiça que se intitulam como defensores da sociedade e do interesse público; a seguir estão os defensores públicos, logo abaixo os procuradores ligados ao direito público,

principalmente dos municípios e estados. Não podemos esquecer dos serventuários da justiça, grupo composto pelos servidores concursados como os oficiais de justiça, assistentes técnicos, assessores dos magistrados. No penúltimo patamar hierárquico estão os advogados, esse nicho profissional possui uma organização hierárquica própria, quanto mais conhecido, ou quanto mais próximo aos órgãos representativos, mais facilmente os processos caminharão dentro das repartições públicas. No último patamar estão os bacharéis em direito e os estagiários (Fonseca, 2008).

A descrição hierárquica feita acima é facilmente ratificada pelas pesquisas etnográficas feitas nos fóruns do Espírito Santo e Rio de Janeiro. A observação do dia a dia da vara de órfãos e sucessões realizada para nossa pesquisa no doutoramento em Direito demonstrou alguns pontos que vale aqui ressaltar. No fórum, nós observamos a organização espacial e a disposição das mesas e cadeiras. Este arranjo demonstra que naquele ambiente existe uma administração de poder. O chefe da serventia fica em local destacado dos demais, de forma que ele pode observar todo o espaço. Porém, esse funcionário não pode ser visto pelo advogado, ou seu estagiário, ou qualquer outro cidadão que venha apenas retirar uma dúvida sobre o processo. Na verdade, existe ali um obstáculo, quase intransponível, chamado balcão.

Geralmente, podemos identificá-lo como uma bancada de mármore que acima dela existe uma parede de vidro, por baixo desse material transparente os processos são colocados à disposição dos advogados, estagiários e cidadãos para sua análise. Deste balcão não é possível enxergar o chefe do cartório. Quem atende as partes são os estagiários, ou seja, estudantes do Curso de Direito, que estão previamente instruídos e quando possuem alguma dúvida procuram os funcionários mais antigos para retirá-la. Assim Wagner Brito descreve o Balcão em sua tese de Doutorado em Direito:

O cartório em todo seu vigor, sua engrenagem, seu vocabulário, seus saberes, as pessoas que apareciam de um lado e do outro do balcão e as relações sociais envolvidas, a sua organização geográfica, sua divisão espacial interna, a disposição dos móveis e principalmente a forma com que os processos eram dispostos nas mesas, prateleiras, cadeiras e, em muitos casos, no chão mesmo (Brito, 2013).

Apesar deste autor ter feito sua pesquisa empírica nos cartórios do Rio de Janeiro, ao analisar as varas de órfãos e sucessões do Espírito Santo percebemos o mesmo tratamento dado à pessoa que chega até esse local, que chamamos de barreira quase que intransponível. Diante disso, percebemos uma cultura de tratamento ao cidadão e ao advogado, assim ele narra:

É neste balcão que se pode perceber que as relações existentes entre os serventuários de justiça e os advogados ou estagiários se intensificam de maneira informal em negociações e interações que ora permitem ora bloqueiam o acesso às informações acerca dos direitos de pessoas que tem grande dificuldade de seu exercício assim como acesso ao sistema legal que, em razão ou em decorrência disso, tem pouquíssimo ou quase nenhum prestígio social. São pessoas indesejáveis, os que não deveriam estar ali ou nem deveriam existir, cujas demandas são apontadas como causadoras do congestionamento dos tribunais e que podem causar a explosão do sistema. (Brito, 2013).

Esse tratamento de “pessoas indesejáveis” não é fornecido apenas no cartório. O gabinete do juiz também é um local em que podemos identificá-lo. Nele a disposição das cadeiras também determina uma administração de poder em relação as pessoas ali presentes. Ao ingressar no gabinete de um determinado magistrado para entrevistarmos seu assessor nos deparamos, com três mesas vazias, antes de chegar até o local que a pessoa que auxilia o juiz estava.

Na verdade, o gabinete do Magistrado se configura da seguinte maneira: duas salas separadas por uma porta. Ao entrarmos no gabinete, nós nos deparamos com a primeira sala. O magistrado não trabalha nesse local, ali está presente o assessor do juiz com mais três estagiárias. O juiz fica na segunda sala, que se comunica com essa por uma porta. O Primeiro espaço se caracteriza como largo corredor, onde as mesas estão dispostas uma atrás da outra, na parede ao lado estão os processos. A última mesa é a do auxiliar. O advogado tem que passar obrigatoriamente por todos os estagiários se quiser conversar com este funcionário. Ele faz uma triagem sobre quem pode ou não conversar com a autoridade, ou seja, abrir a porta que se comunica com a sala ao lado, onde o juiz trabalha. Na verdade, essa primeira sala é a única que se comunica com o universo público, que nós caracterizamos como o corredor do fórum; ou seja, ela é um campo intermediário entre a zona pública e o universo particular do magistrado, ao qual poucos podem ter acesso.

Esse comportamento também foi observado pela Doutora Bárbara Gomes Luppetii Baptista, no momento da realização de sua pesquisa empírica no mestrado em Direito no ano de 2007, que resultou na obra “ Os rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade”. Assim, ela relata:

Uma inferência, por exemplo, concerne à postura de determinados magistrados. É praticamente regra nos Tribunais, os juízes não serem afeitos a receber advogados para despachar. Os (as) secretários (as) dos juízes, comumente, exercem a função de seus “seguranças”, situando na porta dos gabinetes de forma a impedir a entrada dos advogados. É certo que tenham, de alguma forma, filtrar os casos que chegam ao juiz, resolvendo eles próprios,

mas muitas vezes eles não fazem apenas isso, obstaculizam, definitivamente, o acesso ao gabinete. (Baptista, 2008).

Reparem, um comportamento observado em uma pesquisa realizada nos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, a dez anos atrás, possui similitude com atos praticados a quase quinhentos quilômetros de distância, em uma vara cujo tema tratado é completamente diferente da análise realizada pela pesquisadora acima mencionada. Na verdade, existe uma cultura jurídica no interior de nosso país que não é levada em consideração no momento de elaboração das obras jurídicas e principalmente das leis que dão origem as elas. Existe um imenso distanciamento entre o direito ensinado na sala de aula e a aplicação prática. Outra evidencia desse distanciamento está no art. 6º do Estatuto dos Advogados do Brasil, que determina o seguinte:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho. (Brasil, 1994).

Este artigo determina o tratamento igualitário entre advogados, promotores e juízes. Ao mesmo tempo em que existe o art. 18, inciso I, alínea a, da lei complementar 75 de mil novecentos e noventa e três, que assegura ao promotor de justiça a prerrogativa de se sentar à direita do magistrado e no mesmo plano. Como pode haver tratamento igualitário se a própria disposição das pessoas no interior do espaço remete a uma simbologia ligada a administração do poder naquele ambiente. Cabe aqui ressaltar que, essa distribuição de poder não remete a uma ideia de igualdade entre Ministério Público e Advocacia.

Certa feita ao comentar isso com um promotor de justiça, ele nos disse que era comum as pessoas o identificá-lo como auxiliar do magistrado. Ora, não seria o Ministério Público um órgão independente? Por que este deveria sentar ao lado direito do juiz? Em patamar superior as demais pessoas presentes naquele ambiente de resolução do conflito? A resposta é simples, a hierarquia existe, ela é institucionalizada, porém ela não é descrita, analisada e ensinada. Porém, foi criticada pela Defensoria Pública da União no estado de São Paulo, o que resultou em um mandado de segurança que teve uma liminar concedida por um juiz federal daquela

região. Essa decisão gerou a reclamação RCL 11012, no Supremo Tribunal Federal, a liminar foiçada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia.

É interessante ler a decisão interlocutória proferida pela magistrada que negou a liminar pleiteada. Nela temos a fundamentação jurídica apresentada pela Defensoria Pública da União, a resposta do Ministério Público Federal e por fim motivação da ministra ao negar o pedido.

A Defensoria Pública apresenta o art.6º acima mencionado, bem como a lei de organização da Defensoria Pública da União e vai além relaciona esses dispositivos com o princípio constitucional do devido processo legal, bem como apresenta o argumento de paridade de armas, que deve existir entre acusação e defesa. Ela destaca que o fato do Ministério Público inquirir suas testemunhas de um plano mais elevado e estando ao lado do juiz, prejudica o seu trabalho, uma vez que o cidadão se sente ameaçado pela figura do promotor de justiça.

O Ministério Público apresentou a sua lei de organização, também acima citada, conjuntamente com o fato de que tal decisão era muito importante, logo precisava ser julgada de forma a abranger toda a magistratura nacional. Por fim, destacou que apenas o STF poderia dirimir essa questão e não uma magistrada da terceira região da Justiça Federal.

A ministra do STF não utilizou nenhum dos argumentos mencionados pelas partes no seu voto, destacamos aqui sua decisão:

Portanto, além de não haver no caso perigo de demora comprovado, pois o assento do representante do Ministério Público em posição privilegiada **é costume praticado e aceito há muito tempo**, o deferimento da medida liminar é impedido pela dúvida quanto ao próprio cabimento da reclamação, questão a ser definida, como antes anotado, pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

6. Pelo exposto, **indefiro a medida liminar** (art. 14, inc. II, da Lei n. 8.038/1990). Grifo nosso. (STF, 2011).

Cabe aqui salientar, que a Ministra não colocou fim ao processo, apenas direcionou a questão para ser analisada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal. O processo continua correndo, o último ato praticado no mesmo foi a retificação do nome do Animus Curae (Amigo da Corte), membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Lembrando, que já houve Manifestação da Procuradoria Geral da República no dia 20 de março de 2014. Ela solicitou o não provimento da reclamação. Ou seja, a PGR defendeu o fato do Ministério Público está sentado ao lado direito do magistrado na sala de audiência, pois este órgão visa a

proteção de um bem maior que seria o Interesse Público. Ele ainda destaca a simbologia, que está no fato do MP ocupar essa posição na sala de audiência:

A prerrogativa institucional de o órgão do Ministério Público sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem, externa um simbolismo importante, e não é o de que esteja acima das demais partes do processo, mas a de que o Ministério Público atua no processo sempre com a serenidade do fiscal da Lei, exercendo munus público próprio ao seu ofício. (Brasil, 2014).

A instituição em destaque ainda faz um contraponto em relação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, mencionando que a posição do *parquet* em nada prejudica esse princípio constitucionalmente previsto, haja vista que ele está relacionado ao tempo processual para as sustentações, a oportunidade de inquirir no momento da instrução do processo. Ora, o que resultará desse questionamento perante o STF ninguém é capaz de prever.

2.2 A Lógica do Contraditório em Oposição ao Princípio da Cooperação

Conjuntamente, a essa cidadania relacional está a lógica do contraditório (Lima, 1999). Ela foi descrita por Roberto Kant de Lima e demonstra a existência de regras que se contrapõe uma a outra, sem falar nos mais variados tipos de interpretação doutrinária e jurisprudencial, que as partes utilizarão para fundamentar seus posicionamentos. Em uma lógica de embate e oposição, como se administração do conflito fosse um duelo em que uma das partes alcançará o livre convencimento do Magistrado. Dentro, dessa lógica em que ocorre as mais variadas interpretações normativas, o juiz buscará o entendimento que melhor se adequar a sua íntima convicção.

O que possibilita, portanto, a ordem social em um sistema que se constrói a partir da explicitação dos conflitos de interesses individualizados, em franca oposição, gerando a construção coletiva de regras explícitas, de aplicação literal e universal, e que se constitui em legitimação de sua ordem jurídica, em que a concepção de igualdade é formal — o direito igual de todos à diferença — é o que dificulta a existência do outro, fundado na conciliação forçada dos conflitos, visando à imposição da harmonia e do status quo, para manter a hierarquia e a complementaridade entre elementos substantivamente diferenciados do sistema, produtor de regras gerais, sempre interpretadas particularizadamente pelos detentores do saber privilegiado para fazer justiça adequada a todos esses segmentos diferenciados. (Lima, 1999)

Na análise da Reclamação 11012 isso ficou bem claro. Existiam normas que fundamentavam o interesse do Promotor de Justiça de se sentar à direita do Magistrado, que seriam a lei de organização do Ministério Público e o fato ser uma questão muito importante para ser tratada por um Juiz Federal da terceira Região. Como há também haviam leis que demonstram a necessidade da existência de um tratamento mais igualitário entre advogados e os membros do Ministério Público como: o devido processo legal, a paridade de armas entre a acusação e defesa, o estatuto da ordem dos advogados do Brasil e a lei de organização da Defensoria Pública da União. Podemos dizer que existe fundamentação jurídica para todos os gostos.

Ora, visualizamos no inteiro teor mencionado no ponto anterior, o quanto a lei é prolixa, existem normas a favor e contra. O juiz tem discricionariedade para fazer essa escolha. Insta salientar que essa preferência se dará de acordo com a subjetividade de cada magistrado. O que gera uma insegurança no momento da aplicação da norma. Várias entrevistas destacadas na tese de Regina Lúcia Teixeira Mendes Da Fonseca demonstram que primeiro o juiz decide e depois fundamenta. A Ministra Carmem Lúcia agiu dessa forma, não acolheu nem as argumentações da AGU, nem do MPF, jogando a questão para ser decidida no pleno, se utilizou do costume praticado para não decidir a liminar. Essa forma de realizar os julgamentos está muito mais próxima da inquisitorialidade, do que da atividade judicante democrática.

A autora acima mencionada realizou em sua tese de doutorado em Direito uma pesquisa etnográfica em que entrevistou vários juízes para compreender como estes formam o seu livre convencimento. Uma das conclusões que ela chegou foi que na prática ele é construído através da subjetividade desta autoridade pública (Fonseca, 2008), um desses magistrados a relatou “ (...) Juiz pode, pelo livre convencimento, escolher a solução que achar melhor e esta escolha é feita por várias motivações internas, culturais e pessoais do juiz (...)” (juiz federal, apud Fonseca, 2008). Outro mencionou o seguinte:

“Como é que faz? Como é que você faz as suas conclusões? Eu faço o seguinte exercício: eu vejo o que eu quero dar, vejo como eu quero prover e adequo à lei. A lei entra num momento posterior pra mim. Quando eu formo, eu formo primeiro o meu convencimento, esqueço todo o resto. O que é justo pra mim naquele momento, é o que vale. O que vale é o que me parece justo” (Juiz estadual, apud Fonseca, 2008).

A subjetividade do magistrado no momento que forma o seu livre convencimento, unida a lógica do contraditório em que o juiz poderá escolher qual norma aplicará no caso concreto, demonstra que essa administração do conflito nada tem de democrática. Ela se

aproxima muito mais da inquisitorialidade, pois essa estrutura prática organizacional vai ser somada a mais um vetor, que será a busca da verdade real pelo magistrado, como veremos quando trabalharmos no próximo tópico.

2.3 A Busca da Verdade Real e o Princípio da Cooperação

Alguns doutrinadores garantem que o princípio da cooperação aumentaria ainda mais o ativismo judicial para a obtenção da verdade que seria construída democraticamente pelas partes (Theodoro, 2016). Nos preocupa pensar nessa ampliação da margem de atuação do magistrado, pois como vimos já é concedida a ele uma discricionariedade muito grande no momento da realização do seu trabalho.

A questão é como vai ocorrer a construção da verdade democrática pelas partes, se a função de descobrir a verdade real sobre os fatos é do magistrado? No sistema judiciário brasileiro a mentira é institucionalizada. Na justiça brasileira o Crime de Perjúrio não é regulamentado (Ferreira,2004). Existe o dever da boa-fé e da lealdade processual. Ou seja, caso a parte minta em juízo, poderá e não deverá ser aplicada a ela uma multa processual. Citamos aqui o art. 81 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1o Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2o Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3o O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Conjuntamente, com artigo acima em destaque existe o argumento de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo. Logo, há a possibilidade de mentir em juízo, sem que essa multa seja aplicada. Mais uma vez, é possível identificar normas e interpretações logicamente antagônicas como essas.

Como já vimos, a finalidade do processo brasileiro é revelar a verdade, uma vez que sem a verdade, não se pode fazer justiça. Com isto, a preocupação com a mentira

ganha especial relevância na representação de nossos julgadores, ainda que, paradoxalmente, **nosso sistema processual admita que a parte minta em juízo, sob o fundamento de que ninguém está obrigado a fazer prova em juízo contra si mesmo.** Por esta razão, ter certeza de que a parte não está mentindo torna-se uma preocupação constante para o juiz. A suspeição é a regra. No trecho abaixo, o julgador explicita que a suspeição se estende, inclusive, sobre o próprio livre convencimento. **Grifo Nosso. (Fonseca,2008).**

Neste sistema em que a mentira não é coibida efetivamente, também existe a lógica do contraditório como mencionamos, no ponto anterior. Ou seja, existem duas argumentações, uma favorável a mentira no processo e outra que condena tal prática. Na nossa visão não é o sistema processual que admite que a parte minta em juízo, o que permite tal prática é a lógica do contraditório, que legitima a existência de interpretações antagônicas das leis.

Mentir é uma prática cotidiana no interior dos tribunais. Regina Fonseca nos apresenta o conceito de “mentira técnica”, ou seja, os advogados se utilizam de falsos argumentos destinados a produzir efeitos favoráveis aos seus clientes (FONSECA,2008). Apesar, de todos saberem que essa é uma prática comum no dia a dia nos fóruns e tribunais, existe a seguinte previsão no Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil: “Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé” (OAB, 1995). Portanto, a atividade de falsear é condenada pela ordem dos advogados do Brasil, porém essa prática é rotineira e cotidiana. Ora, ela está em direta oposição a alguns princípios processuais como o princípio da boa-fé processual e agora também vai de encontro ao da cooperação.

Todavia, a mentira técnica se insere perfeitamente na lógica do contraditório, uma vez que o objetivo do embate é desconstruir as alegações da parte adversária. Assim, se utilizam da “mentira técnica”, criam falsos argumentos para desconstruir o argumento adversário. Concluimos, que isto é logicamente antagônico ao princípio da cooperação, haja vista que esta norma processual visa a construção da verdade pelas partes conjuntamente.

Agora, diante do novo princípio processual previsto no art. 6º do Novo CPC de 2015, os envolvidos no litígio deverão construir de forma leal e proba a verdade no processo; então o juiz deixará de buscar a verdade real, pois também é dever dessa autoridade pública auxiliar os litigantes nessa construção cooperativa da verdade. Essa ideia se choca com a prática estudada e vivenciada no interior dos tribunais, isso vai de encontro a cultura jurídica existente no Brasil.

A descrição do discurso doutrinário brasileiro, quer no campo do processo civil ou no do processo penal, demonstra a nitidez das características inquisitoriais do nosso sistema processual. O sistema de inquérito não se restringe ao processo penal brasileiro. As características inquisitoriais nos sistema processual civil são nítidas, uma vez que a finalidade do processo, em ambos os casos, é descobrir a verdade do que aconteceu, a dita “verdade dos fatos”, por ser este, segundo o que se concebe no campo jurídico brasileiro, o único caminho possível de se fazer justiça.

Portanto, a busca da verdade real é um dos fatores que levam a prática de um processo judicial inquisitorial. O juiz deveria buscar uma certa neutralidade no processo, permitir que as partes levassem até ele as questões a serem dirimidas. Mas, a busca da verdade real impede essa imparcialidade. Ao nosso entender o princípio da cooperação unido a esse sistema jurídico efetivamente implementado na prática, não vai diminuir a atividade investigativa do juiz e sim aumentar a sua interferência no processo, por consequência majorar essa atividade investigativa. Até mesmo, porque como vimos, o magistrado se encontra no ápice da efetiva hierarquia presente no interior dos fóruns e tribunais, tendo o poder de dizer o Direito.

Para tratar do conceito de prova na doutrina e na representação dos julgadores, temos que considerar que, no Brasil, como já foi mencionado, o campo jurídico se **insere numa tradição jurídica inquisitorial**, que se aproxima dos sistemas processuais derivados da tradição romano-germânica, na qual a descoberta da verdade é representada como fim último do processo judicial e como, em nosso direito, sinônimo de justiça. Assim, em nossa tradição jurídica, o processo serve para descobrir a verdade dos fatos e, desta forma, fazer justiça. **Grifo nosso** (Fonseca, 2008).

3. Prática versus Teoria

O estudo etnográfico através da comparação pela diferença entre a prática vivenciada no interior dos tribunais e o ensino jurídico doutrinário vem revelando brutais diferenças entre o direito ensinado e o praticado. A doutrina está preocupada com o dever ser, é este conhecimento que é cobrado nos cursos de graduação em direito, nos concursos jurídicos e na prova que leva a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. A muito tempo o Direito se fecha nele mesmo, através de uma sistemática de estudo própria, em que essa deontologia é valorizada. Todavia, essa forma de compreendê-lo não dialoga com outras áreas do saber. O que o afasta da realidade social aplicada. Criando princípios como o da cooperação, que não se inserem na realidade jurídica existente.

Vincular o Direito ao campo do “dever-ser” é um equívoco que o estudo das práticas judiciárias ajuda a explicar. O mundo do “dever-ser” deve estar atrelado a uma preocupação filosófica, não jurídica. O Direito é um campo prático, empírico, que existe para administrar os conflitos entre as pessoas, seres de carne e osso, que precisam resolver seus problemas cotidianos. Pensar em como as coisas deveriam ser não pode ser uma problemática jurídica. O direito tem de ser preocupar em como as coisas, de fato, são. O “mundo do Direito” é o mundo real. Por isso escolhi fazer trabalho de campo. Porque eu vivencio na minha atividade profissional problemas que afligem as pessoas e, mesmo assim, tenho a impressão de que o Direito está mais preocupado em padronizar os comportamentos dessas pessoas do que em administrar os conflitos. (Baptista, 2008).

Essa ausência de lógica entre o que é ensinado na faculdade e o vivenciado na prática fez com que a pesquisadora acima mencionada, buscasse outro método de estudo, que não é ensinado nos cursos de graduação e pós-graduação em lato sensu do ensino jurídico. O método utilizado foi etnográfico que em sua visão repercutiria na colheita de dados mais coerentes com a prática cotidiana.

Cabe salientar, que dizer que existem brutais diferenças entre teoria e prática, não quer dizer que os rituais, comportamentos, condutas informais, interpretações e silogismos aqui descritos são atos ilegais, ou contrários a normatização vigente. Eles estão presentes na realidade vivenciada, porém não estão descritos em regras de condutas, muito menos nas doutrinas jurídicas que buscam o estudo da deontologia, ou seja, em relação a como as coisas deveriam ser. Estão alicerçados em **“costume praticado e aceito há muito tempo”** (Brasil, 2011), como mencionou a ministra Carmem Lúcia na sua fundamentação ao negar a liminar, que mudaria o MPF de lugar na sala de audiência. São costumes jurídicos tão aceitos na sociedade, que estão interiorizados nessa cultura de tal forma, que é difícil parar para refletir sobre eles, nos causa um estranhamento e de certa forma um desconforto. Não é fácil racionalizar o que está posto, nos tira de nossa zona de conforto, todavia precisar ser observado, analisado e principalmente estudado.

(...) O mais difícil foi desconstruir as minhas verdades, que já estavam internalizadas, pelo tempo que estive exclusivamente envolvida com o Direito; afinal, na faculdade somos educados a pensar de uma determinada forma e desprende-se desses conceitos tão arraigados está sendo inclusive neste momento, de escrever a dissertação _ o meu maior desafio. (Baptista, 2008)

Esse é um depoimento de uma das pesquisadoras cujos trabalhos ajudaram na idealização dessa obra. É muito difícil, para os operadores do mundo jurídico, inserido no

ensino dogmático quebrar seus paradigmas e se inserir na realidade posta, criticar e observar como as coisas efetivamente ocorrem e não como elas deveriam ocorrer.

Conclusão

Como vimos o princípio da cooperação está ligado a ideia de construção democrática da verdade, através da vontade conjunta das partes, com o auxílio do magistrado. Porém, na cultura jurídica brasileira não podemos dizer que ocorre uma igualdade de tratamento entre defesa e acusação, muito pelo contrário existe uma hierarquização dos atores presentes no judiciário. Conjuntamente, com existência desse sistema hierarquizado, porém não claramente declarado, existe a lógica do contraditório em que as partes irão duelar para tentar convencer o magistrado que seus argumentos são os mais adequados ao litígio. Sem falar, nas mais variadas interpretações normativas e na produção legislativa de normas claramente antagônicas, que os envolvidos no litígio poderão utilizar para atingir a convicção íntima do juiz. Este possui liberdade para escolher dentre essas argumentações as que melhor se adequam a sua subjetividade. Em meio a essas circunstâncias ainda temos mais um vetor, a possibilidade da busca da verdade real pelo magistrado, que interfere diretamente na sua imparcialidade, haja vista que este pode buscar provas para fundamentar de forma discricionária o seu livre convencimento.

Logo, o princípio da cooperação apesar de parecer democrático, não será aplicado como foi concebido na prática. Pois, suas ideias estão indo de encontro a cultura jurídica identificada através das pesquisas empíricas realizadas. Diante da falta de igualdade processual entre os atores envolvidos no litígio, podemos acreditar que princípio da cooperação apenas dará mais poder aos magistrados de buscarem a verdade real no processo, se aproximando muito mais do sistema inquisitorial, do que de uma ideia de construção democrática da verdade no processo.

Bibliografia

Baptista, Bárbara Gomes Lupetti. Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: Construção da Verdade no Processo Civil Brasileiro. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2008.

Baptista, Bárbara Gomes Lupetti. Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: Entre “Quereres” e “Poderes” . Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2013.

Barbosa, Rui. 1920. Oração aos Moços.
http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf

Brasil, 2014.
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4111765>

Brasil, Congresso Nacional. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm

Brasil, Congresso Nacional. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm

Brasil, STF.
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4111765>

Brito, Wagner de Mello. Instrumentos E Interferências No Desempenho Do Judiciário No Rio De Janeiro, Cartórios Judiciais: Suas Práticas, Ritos E Impactos Na Marcha Processual. UVA, Rio de Janeiro: 2013.

Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro e Pinho, Humberto Dalla Bernardina. Novo Código de Processo Civil. Forense, Rio de Janeiro: 2015.

Da Matta, Roberto. Carnavais Malandros e Heróis. 3ª ed. Zahar Editores, Rio de Janeiro: 1980.

Donizetti, Elpidio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração)** – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>

Ferreira, Marco Aurélio Gonçalves. A Presunção Da Inocência E A Construção Da Verdade: Contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá), Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2013.

Ferreira, Marco Aurélio Gonçalves. O Devido Processo Legal: Um Estudo Comparado. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004.

Figueiredo, Simone Diogo Carvalho. Novo CPC Anotado e Comparado para Concursos. Saraiva, São Paulo: 2015.

Fonseca, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **Dilemas da Decisão Judicial: As Representações De Juízes Brasileiros Sobre o Princípio do Livre Convencimento Motivado.** UGF, Rio de Janeiro: 2008.

Hadair, Rodrigo, 2011. **Assentos de defesa e acusação acirram debates.**
<http://www.conjur.com.br/2011-jul-28/lugar-defesa-acusacao-julgamentos-incendeia-justica>

Lima, Roberto Kant. **Polícia, justiça e sociedade no brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público.**
<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a03n13.pdf>

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz e Mitidiero, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol. I. 2ª ed. Revista os Tribunais, São Paulo:2016.

Theodoro Junior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Forense, Rio de Janeiro: 2016.