

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

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

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-133-3

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção *intuitu personae* e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

A COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A TEORIA NORMATIVA DA COMPARTICIPAÇÃO E SUA FUNÇÃO CONTRA-FÁTICA DO DIREITO

THE PRODEDURAL COOPERATION IN THE BRAZILIAN NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: A NORMATIVE THEORY OF COOPERATION AND ITS COUNTER-FACTUAL FUNCION OF LAW

Isabella Fonseca Alves

Resumo

O presente artigo busca demonstrar que a cooperação processual prevista no art. 6º do Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015, deve ser interpretada através da teoria normativa da comparticipação, em que parte da premissa de que o sistema processual é um ambiente não cooperativo e por isso traz uma concepção contra-fática do direito que delimita ferramentas e controle de todos os sujeitos processuais. Para tanto, serão analisadas as possíveis vertentes interpretativas do instituto da cooperação em um sistema processual, dentre as quais: vertente axiológica de cooperação em que as partes cooperam pela busca do resultado mais certo para o ordenamento jurídico; vertente estatalista-publicista, advinda da socialização processual, em que parte de um protagonismo do juiz e subserviência das partes; vertente liberal-privatística, advinda de um liberalismo processual (plenitude do princípio do dispositivo) e por fim a teoria normativa da comparticipação como via interpretativa adequada ao modelo constitucional de processo. Demonstrar-se-á que o Novo Código de Processo Civil, é um Código de todos os sujeitos processuais, não sendo cabíveis focos de centralidade seja nas partes ou nos magistrados e que é necessário o rompimento da dicotomia entre os privatistas e os estatelistas para a implementação de uma perspectiva democrática através do policentrismo processual em que se afasta qualquer concepção de protagonismo de qualquer dos sujeitos processuais e que somente através dessa vertente de cooperação e sua visão contra-fática será possível alcançar em tempo razoável uma decisão de mérito justa e efetiva.

Palavras-chave: Art. 6º do novo código de processo civil, Cooperação processual, Teoria normativa da comparticipação

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to demonstrate that the procedural cooperation provided for in art. 6 of the New Code of Civil Procedure - Law 13,105 / 2015, must be interpreted through the normative theory of sharing, in which assumes that the procedural system is a non-cooperative environment, and so brings a counter-factual conception of law that delimits tools and control of all procedural subjects. Therefore, the possible interpretative aspects of cooperation institute will be reviewed on a procedural system, among which: axiological aspects of cooperation in which the parties cooperate for the search of the right result for the

legal system; statist-publicist strand, arising from procedural socialization, in which part of the role of the judge and subservience of the parties; Liberal privatist strand, arising from a procedural liberalism (fullness of the device principle) and finally the normative theory of cooperation as appropriate interpretative model via the constitutional process. It will demonstrate that the new Civil Procedure Code is a code of all procedural subjects, not being applicable centrality of focus is on the parts or the magistrates and the disruption of dichotomy is needed between the privatist and statist for implementation of a democratic perspective through procedural polycentrism that moves away any conception of leadership of any of the procedural subjects and that only through this aspect of cooperation and vision counter-factual can be achieved within a reasonable time a fair and effective substantive decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Article 6 of the new code of civil procedure, Procedural cooperation, Normative theory of cooperation

I INTRODUÇÃO

Uma das propostas do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) é a intenção de harmonização do sistema de direito processual ordinário com as garantias processuais, Direitos Fundamentais e princípios previstos no Texto Constitucional de 1988. Para isso, o novo Código traz uma série de inovações de extrema relevância no momento em que tenta estabelecer uma melhor frequência entre a legislação processual infraconstitucional com o modelo constitucional de processo.

Destaca-se a importância das normas fundamentais que o Novo Código traz em seus artigos 1º a 12º, uma vez que tratam-se de premissas orientadoras para a interpretação de todos os dispositivos do novo código. É mais que necessário compreendê-lo e aplicá-lo sempre à luz e em conformidade com sua parte geral (premissas norteadoras), através de uma leitura em sua unicidade, pois “não será possível analisar dispositivos de modo isolado, toda a compreensão deve se dar mediante o entendimento pleno de seu sistema, sob pena de impor leituras apressadas e desprovidas de embasamento consistente” (HUMBERTO THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 19).

Uma das premissas interpretativas do novo Código é o art. 6º que dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015). Diante dessa perspectiva advinda de normas fundamentais e premissas interpretativas, a cooperação processual tem que ser lida, através de um viés interpretativo não axiológico e que considere uma perspectiva procedimental de Estado constitucional democrático, através da aplicação dinâmica do modelo constitucional de processo. Contudo, será que é esta a postura que os juristas estão adotando ao ler e interpretar o novo Código, principalmente seu art. 6º?

Esse sistema processual cooperativo está sendo alvo de críticas por renomados juristas, como por exemplo Lenio Luiz Streck, que defende que cooperação processual do novo Código de Processo Civil, prevista em seu artigo 6º é incompatível com a Constituição de 1988 e estaria “normatizando uma porta de entrada para o já superado socialismo processual, modo de retorno ao mito Oskar Bülow, um salto em direção ao passado que se quer definitivamente suplantar” (STRECK, 2014, p. 2). E que “escudando na cooperação, terá o juiz condições de atuar solapando (ou relativizando) a ampla defesa das partes, em interferência na liberdade que possuem, elas e seus advogados, para elegerem linhas de argumentação narrativa e estratégica que melhor atendam seus interesses” (STRECK, 2014, p.

2), refletindo no enorme o risco de, sob a insígnia da cooperação, açular-se desmedido protagonismo judicial.

Para que a cooperação processual prevista no art. 6º do Novo Código de Processo Civil seja lida através de um viés interpretativo que considere uma perspectiva procedimental de Estado constitucional democrático, através da aplicação dinâmica do modelo constitucional de processo, serão estudadas as quatro possíveis vertentes de interpretação do instituto da cooperação processual, quais sejam: (a) cooperação em que as partes querem cooperar em um sistema processual na busca do resultado mais certo para o ordenamento jurídico (parte de uma visão romântica e axiológica de cooperação); (b) uma vertente estatalista-publicista, advinda da socialização processual, em que parte de um protagonismo do juiz e uma completa subserviência das partes que devem cooperar com ele (c) vertente liberal-privatística, advinda de um liberalismo processual em que cooperação se daria através de uma completa plenitude do princípio do dispositivo, em que tem o estabelecimento de foco de centralidade nas partes, através de um completo esvaziamento do poder do juiz (d) a teoria normativa da comparticipação e o policentrismo processual em que partem da premissa de que o sistema processual é um ambiente não cooperativo, traz uma concepção contra-fática do direito que delimita ferramentas e controle de todos os sujeitos processuais.

Após analisar-se-á cada uma das vertentes interpretativas de cooperação, prima-se por demonstrar a importância de que não se interprete a cooperação processual no novo código através de uma visão tradicional de colaboração, vez que para a implementação de uma perspectiva democrática com base num modelo processual constitucional, não é cabível o protagonismo de nenhum dos sujeitos processuais (partes ou juízes) e que o instituto da cooperação no Novo Código de Processo Civil, através da teoria normativa da comparticipação busca alcançar em tempo razoável uma decisão de mérito justa e efetiva.

2 DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL COMO VÍNCULO DE SOLIDARIEDADE ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS NA BUSCA PELA VERDADE REAL: DE UMA VISÃO ROMÂNTICA E AXIOLÓGICA DE COOPERAÇÃO

A primeira vertente de interpretação de cooperação que será abordada é a advinda de uma concepção de cooperação entre as partes, em que esta resultaria de vínculos de solidariedade, ou seja, num sistema processual as partes naturalmente cooperariam entre si na busca por um resultado mais correto para o ordenamento jurídico, na busca por uma verdade real.

Seria como base nessa interpretação de cooperação, que o art. 6º do Novo Código de Processo Civil, esta sendo alvo de críticas de renomados juristas, tais como Lúcio Delfino e Lenio Streck (2014, p.3), ao afirmarem que a cooperação processual tal, como prevista no novo CPC é “algo que não se encaixa bem com o que diz a Constituição e sua principiologia” e espelha “visão idealista e irrefletida daquilo que se da na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões”.

O novo Código de Processo Civil é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil a ser aprovada em período democrático. Isso porque os códigos anteriores o foram em períodos de exceção (1939 e 1973). Ponto para a doutrina, que espero que *volte a doutrinar!* E que não transforme o NCPC em um emaranhado de “dribles da vaca”. O novo CPC tem problemas? Sim. Muitos. Por exemplo, uma “coisa” chamada “colaboração processual”, que, longe de ser um princípio, corre o risco de jogar o processo civil nos braços do antigo socialismo processual. Feito o introito, cabe indagar: *o que é isto — a cooperação processual?* Estando a resposta no arranjo previsto no novo CPC, o que se pode dizer, com segurança, é que se trata de algo que não se encaixa bem com o que diz a Constituição e sua principiologia. Insistimos, de pronto: cooperação não é princípio. Posto no novo CPC, o art. 6º diz que “todos os sujeitos do processo *devem cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Sugere o dispositivo, numa primeira leitura, que a obtenção de decisões justas, efetivas e em tempo razoável – diretrizes relacionadas umbilicalmente com o que está previsto nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição — não seria propriamente *direito* dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, mas também *deveresa* eles impostos. É o legislador, de modo sutil, depositando sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional. Uma “katchanga processual”. Você quer uma decisão justa, efetiva e tempestiva? Então, caro utente, para o fim de consegui-la *deverá* cooperar com o juiz e sobretudo com a contraparte, e esperar igual cooperação de ambos. (DELFINO, SRTECK, 2014, p.1)

Ainda para esses autores “escudando na cooperação, terá o juiz condições de atuar solapando (ou relativizando) a ampla defesa das partes, em interferência na liberdade que possuem, elas e seus advogados, para elegerem linhas de argumentação narrativa e estratégica que melhor atendam seus interesses” (DELFINO, STRECK, 2014, p. 2) Acrescenta ainda, que “é enorme o risco de, sob a insígnia da cooperação, açular-se desmedido protagonismo judicial. É o fantasma de Bulow, Menger e Klein atormentando o processo civil do século XXI”. (DELFINO, STRECK, 2014, p. 2).

Numa palavra final: se o “dever de as partes cooperarem” não for fulminado (ou mitigado mediante interpretação conforme a Constituição) pelo STF, poderemos estar reprimando um protagonismo de mais de 100 anos atrás. Já dá para imaginar o juiz, como presidente dos trabalhos (sim, paradoxalmente, quer-se a democracia e o regime processual, neste caso, continua “presidencialista”), dizendo: vocês têm de cooperar para que eu possa decidir com justiça. Consequentemente...e aí começa o drama das partes. Vai sobrar para os advogados. Ah, vai! (DELFINO, STRECK, 2014, p.2)

A princípio, cabe destacar, que Lúcio Delfino e Streck possuem razão ao entenderem que o ambiente processual é um ambiente de não cooperação entre as partes. Contudo, é exatamente no momento em que utilizam da concepção de cooperação como solidariedade e colaboração entre as partes, para interpretar o art. 6º do novo CPC, é que pecam, pois associam a cooperação processual a uma interpretação que encontra-se completamente ultrapassada, afinal, adviria de uma visão romântica de cooperação, quiçá impossível de ser aplicada, já que no sistema processual as partes não objetivam cooperar entre si, sendo impossível a existência de uma cooperação forçada em um ambiente em que prevalece o litígio e a disputa.

O ambiente processual esta permeado de comportamentos não cooperativos de ambas as partes, “seja o advogado que se vale de manobras de má fé com a finalidade de atrasar o procedimento quando isto o interessa” (NUNES, 2014, p. 4) ou os próprios juízes “que não auxiliam as partes a superarem dificuldades que as impeçam do exercício de faculdades ou ônus processuais, como os probatórios, as surpreende com decisões trazendo fundamentos não discutidos ao longo do processo” (NUNES, 2014, p. 4).

Por isso, utópica seria uma visão de cooperação processual, em que defende uma solidariedade no processo, afinal, como bem explica Daniel Mitidiero (2011, p. 8) “as partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio”, e mais, “as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho” (HUMBERTO THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 70).

Nessa conjectura, há uma contradição no entendimento adotado por Lênio Luiz Streck e Lúcio Delfino, porque apesar de identificarem inclusive, com base em Habermas, que no ambiente processual, as partes podem aderir ao “agir estratégico” (HABERMAS, 1997, p.288) quando por exemplo omitem provas que não lhe são interessantes, vez que não se pode exigir das partes que hajam de maneira contrária a sua própria condição de parte, associam tal raciocínio a uma concepção de cooperação romântica, quiçá fictícia.

Mas seria dentro dessa própria contradição de se entender que o sistema processual não é cooperativo e ao mesmo tempo utilizar de um entendimento de cooperação que não de adequa a esse tipo de sistema, que Lúcio Delfino e Lenio Streck, já apontam a solução para uma devida interpretação constitucional do art. 6º do novo código de processo civil, no momento em que destacam que os agrada “a formulação de coparticipação por Dierle Nunes, enquanto garantia de influência e não surpresa” (STRECK, DELFINO, 2014, p.3) e que concordam com Dierle Nunes e Alexandre Bahia quando dizem que “reconhece-se que há

papeis distintos mas que todos cooperam para o resultado final” (STRECK, DELFINO, 2014, p.3), pois conforme veremos no item 4, a vertente interpretativa para a cooperação processual, com base numa aplicação dinâmica do modelo constitucional de processo seria a teoria normativa da participação, pois seria através dela, que a cooperação é relida em perspectiva democrática.

3. DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL ADVINDA DE UM LIBERALISMO PROCESSUAL: DA VERTENTE LIBERAL-PRIVATISTICA

O sistema processual baseado no liberalismo processual, consolidado pelo Estado liberal-burguês através da Revolução Francesa, era lastreado por princípios técnicos, quais sejam: “a igualdade formal dos cidadãos, a escritura (mantida na fase pré-liberal) e, especialmente o princípio dispositivo” (NUNES, 2012, p. 73). Era através do princípio da escritura (juiz julgava apenas com base nos escritos) que se evitava o contato direto do juiz com as partes e testemunhas, objetivando que ele não fosse parcial.

Dentro dessa perspectiva, a igualdade formal, advinha de uma ótica que pressupunha a inexistência de disparidades entre os indivíduos e por isso no processo não seria possível compensações de desigualdades, já que as partes eram consideradas tratadas como titulares e direitos processuais equivalentes. Destaca-se ainda, que foi através do princípio do dispositivo (poder monopolístico das partes de deduzir em juízo), que foi idealizado pelo liberalismo processual uma concepção de protagonismo das partes.

Em face da própria estruturação estatal liberal o processo se dimensionava em perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos delineado em benefício das partes, lastreado nos princípios da igualdade formal dos cidadãos, a escritura (mantida da fase pré-liberal), e especialmente o princípio dispositivo. Destaca-se o papel reduzido do juiz em que no momento de julgar, exercia seu papel como mero aferidor do resultado do duelo dos litigantes, afinal, o destino da causa ficava na dependência pura e simples do desempenho das partes a defesa de seus interesses e na produção dos elementos de prova.

Para Álvaro de Oliveira a concepção liberal, “atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória.” (2013, p.50). Os poderes

do órgão judicial eram, portanto significativamente restringidos, sendo que através do princípio dispositivo “acentuava produzir o domínio das partes sobre o objeto do litígio o domínio das partes sobre a relação em litígio, seu começo, continuação e conteúdo” (ALVARO, 2013, p. 50).

Michele Taruffo destaca que no Estado Liberal constituiu um modelo de juiz passivo, em que existia o binômio “total liberdade das partes privadas frente ao juiz; forte controle político sobre o juiz por parte do governo” (1980, p. 14), em que o juiz fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era de somente assegurar o respeito às regras do embate. (TERUFFO, 2009, p. 72). Esse papel passivo desempenhado pelo juiz no Estado Liberal dava margem ao abuso e a lentidão, uma vez que as partes e seus defensores tornavam-se árbitros praticamente absolutos (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p.41).

Baseado nessa perspectiva do liberalismo processual é que tem-se uma vertente liberal privatística do instituto da cooperação, em que ao buscar a plenitude do princípio dispositivo, entende que a cooperação adviria de uma postura exclusiva das partes, em que se teria inclusive, uma flexibilização do regramento processual, muitas vezes baseado na autonomia da vontade. Seria praticamente uma releitura do liberalismo processual, com a supervalorização do princípio dispositivo.

De forma a demonstrar que essa vertente busca a ser implementada em alguns sistemas processuais, no Chile, conforme explica Fernando Torres e Álvaro Pérez Ragone (2008, p.145), consideram um dos principais princípios processuais, o princípio do dispositivo, baseado no entendimento de que “el proceso judicial civil está a disposición de las partes” (o processo judicial civil esta a disposição das partes), por isso “el juez actua em los limites em que es requerido” (o juiz atua nos limites do que é requerido), são as partes determinam quando, como e sobre quem deve tramitar um processo” e é por isso que destaca-se a importância do princípio do dispositivo respeitando a autonomia da vontade popular. Portanto, no Chile, tem-se uma visão privatística-liberal de cooperação, no momento em que o princípio do dispositivo torna-se o princípio mais importante de todo o sistema processual.

Contudo, essa interpretação de cooperação advinda de uma vertente privatística-liberal, ao se construir o protagonismo das partes com base no liberalismo processual, “torna o juiz mero espectador de seu debate e o processo instrumento privado de resolução de conflitos” (NUNES, 2012, p. 253) que depende da racionalidade estratégica das partes, o que inviabilizaria a aplicação do instituto da cooperação em viés democrático, inclusive através um modelo constitucional do processo.

Por isso, é completamente incabível que o art. 6º do novo Código de Processo Civil, seja interpretado sobre esse viés privatístico-liberal, pois de uma leitura do código através de unicidade, percebe-se que busca-se a implementação de um diálogo mais proveitoso entre os sujeitos processuais, sendo que entende-se por sujeitos processuais não somente as partes, mas também o juiz, que na alta modernidade cumpre, conforme explica Dierle Nunes:

O juiz não pode mais constranger, subjugar e submeter as partes no âmbito da discussão e do debate endoprocessual, com base em suas pré compreensões, uma vez que não há submissão destes a sua figura.

Ao magistrado cumpre, na alta modernidade o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omissivo em relação a realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios, embasado no debate endoprocessual, no espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam a formação de provimentos.

O fetiche da rapidez procedimental não pode dimensionar e legitimar qualquer uso solitário ou autoritário da função estatal. (NUNES, 2012, p. 256).

E mais, o papel do magistrado não deve ser esvaziado conforme essa vertente defende e sim deve ocorrer uma redefinição de seu papel para que seja um juiz democrático, e essa redefinição somente poderá ser alcançada através de um policentrismo processual (PICARDI, 2006, p. 208) em que cada sujeito processual desenvolve um papel específico, afastando qualquer concepção de protagonismo do juiz ou das partes.

4 DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL ADVINDA DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL: DA VERTENTE ESTATALISTA-PUBLICISTA

A socialização processual inicia no século XIX, sendo uma fase típica no século XX, que ganha força a partir do rompimento da perspectiva liberal e o delineamento de do paradigma de Bem-Estar Social, em que ocorre um agigantamento da atuação estatal com a “a) a enorme preocupação com questões sociais; (b) fortalecimento do executivo no quadro de tripartição de funções; (c) defesa de um perfil clientelista do cidadão (cidadão hipossuficiente); (d) ingerência demasiada do Estado nas relações jurídicas” (HUMBERTO THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 73).

A socialização processual foi idealizada e sistematizada por autores como Menger, Klein e Bulow. Destaca-se que foi Menger que propôs alterações profundas no sistema de administração da justiça civil mediante um reforço do papel judicial em que caberia “ao juiz a assunção de duplo papel: educador extraprocessualmente, este deveria instruir todo cidadão a

cercado direito vigente, de modo a auxiliá-lo na defesa de seus direitos” (NUNES, 2012, p.80) e também através de um representante dos pobres em que “o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade e com o princípio dispositivo, assumir a representação de uma classe mais pobre” (NUNES, 2012, p. 80).

A partir de Klein, que é acentuada a função social do processo sobre as demais, estruturando “um modelo técnico de procedimento oral em que se atribuí um reforço dos poderes do juiz, que deverá participar mais intensamente da direção do processo e, especificamente influir mais ativamente no acerto dos fatos” (NUNES, 2012, p. 85) o que permitiu uma suposta função assistencial que o juiz desempenharia e refletiu na implementação do discurso do protagonismo judicial, a partir do modelo de seu modelo legislativo.

E por fim, Bulow que ao estruturar uma autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídico processual, fez com que essa relação publicista fosse “fosse lastreada primordialmente na figura do juiz, porque as partes se apresentavam como meros colaboradores” (NUNES, 2012, p.100), afinal, o juiz para ele, seria “um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo contra legem” (NUNES, 2012, p. 102).

Contudo, a socialização processual também começou a sofrer críticas consistentes “a partir da constatação de que o protagonismo judicial (socializador) começou a gerar frutos nefastos em situações concretas, além dos ricos constantes do decisionismos e da arbitrariedade” (HUMBERTO THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 77).

E atualmente, o que se tem é uma nova roupagem e novas técnicas dos estatistas-publicistas, em que concebem a cooperação processual através de um suposto protagonismo do juiz, advindo de uma subserviências das partes, como se o juiz fosse uma figura prevalecente, em que as partes devem cooperar entre si e com o juiz, e essa cooperação seria centrada na figura do juiz e os deveres de colaboração, sobre a ótica e preferências dele.

Para Daniel Mitidiero (2011, p. 8) “a colaboração no processo é que devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes”, sendo exatamente por isso, que o princípio da colaboração se estrutura “a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo” sendo que seria o juiz e não as partes que tem “deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e auxílio para com os litigantes”(MITIDIERO, 2011, p. 8).

Dentro dessa vertente estatalista do processo, tem-se que o dever de esclarecimento constitui “o dever de o tribunal se esclarecer juntos das partes quanto às dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou oposições em juízo” (SOUZA, 1997, p. 65), o de prevenção tem-se que o órgão jurisdicional teria o dever de prevenir as partes de um possível perigo advindo do êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (SOUZA, 1997, p. 66), sendo o dever de auxílio “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldade que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus de deveres processuais” (SOUZA, 1997, p. 67).

Em muito se concorda com Daniel Mitidiero sobre a temática cooperação visto ser ele no Brasil, uma dos maiores expoentes de uma visão cooperativa do processo, contudo, sua ótica possui um viés estatalista, no momento em que centra na figura do juiz todos os deveres advindos da cooperação processual, o que refletiria em uma argumentação que “mantém o discurso socializador e de assimetria e, ao assumir um aporte valorativo (ou seja, de preferências do aplicador), não consegue blindar, em nosso entendimento, o discurso processual de possíveis decisionismos” (HUMBERTO THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 70).

De sorte, apesar de sua concepção estatalista, Mitidiero difere de outras visões deste mesmo cunho, no momento em que não tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado pela boa fé, vez que distingue os deveres de colaboração no plano do direito material que tiveram origem no campo obrigacional advindos de estudos da boa fé, dos deveres cooperativos entre as partes em que “esses deveres não se originam da boa fé e não podem ser concebidos como deveres que gravam as partes entre si”, (MITIDIERO, 2011, p.7), pois no plano processual os interesses das partes são divergentes.

Essa ótica de cooperação, ao focar na figura do juiz inclusive quando direciona os deveres de cooperação a ele através de uma subserviência, legitima pré-compreensões privilegiadas do juiz e sequer resolve o problema de que o sistema processual não cooperativo, no momento em que não traz “o dimensionamento de contramedidas processuais com a finalidade de esvaziar e controlar os comportamentos não cooperativos” HUMBERTO THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 75).

5 A TEORIA NORMATIVA DA COMPARTICIPAÇÃO (COOPERAÇÃO RELIDA) E SUA FUNÇÃO CONTRA-FÁTICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tanto a vertente liberal-privatística de cooperação, quanto à estatalista-social não se adequam aos reclames da modernidade, pois ambas ao estabelecerem focos de centralidade, através de uma assimetria dos sujeitos processuais, não permitem um diálogo genuíno entre eles. Neste sentido, explica Dierle Nunes (2015, p.12) ao afirmar que “o estabelecimento de focos de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de Direito da alta modernidade”.

Para que se tenha uma democracia processual não é cabível essa dicotomia criada entre os liberais-privatistas em que defendem a cooperação processual através do máximo aproveitamento do princípio do dispositivo, em que as partes seriam os protagonistas do processo, e os estatalista-socializadores em que o a cooperação processual adviria da figura central do juiz vez que dele teria deveres com as partes e delas uma completa submissão. É necessário que seja dada a cooperação processual uma “releitura democrática normativa em perfil participativo” (HUMBERTO THEODORO, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 70).

Diante de um sistema processual em que prevalece os comportamentos não cooperativos de todos os sujeitos processuais, ao se vislumbrar essa situação, “o Novo CPC impõe uma premissa forte (contra-fática) ao adotar de uma teoria normativa da participação (cooperação relida) que impõe, mediante vários dispositivos” (NUNES, 2014, p.3) a necessidade de se repreender comportamentos que não atendam a boa fé objetiva e, ao mesmo tempo, “criam mecanismos de fiscalidade para as condutas não cooperativas dos sujeitos processuais”(NUNES, 2014, p.3).

E por falar em comportamentos não cooperativos, todos sabemos que o ambiente processual, esta permeado dos mesmos, seja o advogado que se vale de manobras de má fé com a finalidade de atrasar o procedimento quando isto o interessa, sejam os juízes que auxiliam as partes a superarem dificuldades que as impeçam do exercício de faculdades ou ônus processuais, como os probatórios (dever de auxílio), as surpreende com decisões trazendo fundamentos não discutidos ao longo do processo e, não enfrentam todos os argumentos relevantes apresentados pelas mesmas. E estes são apenas algumas situações não cooperativas

Aponte-se que não se trata, como alguns insistem em dizer, de uma concepção utópica, pois não se defende uma concepção de solidariedade do processo, nem se adota mais a visão tradicional de colaboração que estabelecia quase uma hierarquia entre juiz e partes/ advogados, na qual as últimas deveriam ajudar o primeiro. Aqui se trata de uma concepção normativa contra-fática que delimita ferramentas de controle de todos os sujeitos processuais ao perceber a interdependência entre suas atividades e fazendo com que todos ofereçam um importante papel dentro do sistema processual (divisão de papeis). (NUNES, 2014, p.1)

Através da teoria normativa da comparticipação, é que se pode entender a importância das normas fundamentais do novo código (art.1º ao 12º), principalmente o seu art. 6º que trata da cooperação, pois através visão contra-fática, “impõe mediante vários dispositivos, a necessidade de reprimir, comportamentos que não atendam a boa fé objetiva e ao mesmo tempo cria mecanismos de fiscalidade para as condutas não cooperativas dos sujeitos processuais” (NUNES, 2014, p.3), e é exatamente por isso que todos os dispositivos do código devem ser lidos com base na parte geral (normas fundamentais). Dierle Nunes, destaca a importância do sistema técnico coerente de processo embasado na vertente comparticipativa/cooperativa:

Ocorre que, apesar da nova lei não representar uma panaceia, a mesma viabilizará condições desde que bem aplicada, para que possamos conviver, com um sistema técnico coerente de processo, finalmente embasado na vertente comparticipativa/cooperativa, e com uma aplicação dinâmica do modelo constitucional do processo (tão negligenciado na prática, hoje em dia), que, ao lado de reformas infra-estruturais e gerenciais, poderá representar um verdadeiro avanço para justiça brasileira. (NUNES, 2014, p.1)

O legislador, ao perceber que os comportamentos não cooperativos habitualmente adotados pelos sujeitos processuais geram uma série de vícios e descumprimentos à normatização, principalmente no Código de Processo Civil de 1973 ou até mesmo da Constituição “tenta, contra-faticamente, implementar comportamentos mais consentâneos com as finalidades de implementação de efetividade e garantia de nosso modelo processual constitucional”(NUNES, 2014, p. 2), através da correção problemas sistêmicos.

Um bom exemplo dessa concepção normativa contra-fática do novo Código de Processo Civil ao adotar a teoria normativa da comparticipação, seriam os artigos 10 e 489, §1º, IV do NCPC¹, em que percebendo o legislador que o contraditório estava sendo tratado como mera bilateralidade, e o magistrado em muitas decisões demonstrava o não conhecimento das razões apresentadas pelas partes, determinou que o provimento somente será legítimo se for o resultado daquilo for produzido em contraditório no processo, para que

¹ 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 deva decidir de ofício. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; **IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;** V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

efetivamente as partes possam contribuir para a construção do provimento em conjunto com o magistrado, o que para Álvaro de Oliveira (2004, p.139) geraria o “fortalecimento dos poderes das partes mediante sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão”, o que não significa uma assimetria ou superioridade das partes, e sim um equilíbrio e interdependência dos sujeitos processuais.

Segundo Dierle Nunes, seria através dessas ferramentas de controle dos sujeitos processuais, que o Novo CPC “traz preceitos normativos louváveis que viabilizarão um diálogo mais proveitoso entre os sujeitos processuais com a adoção por exemplo do dever do juiz levar em consideração os argumentos relevantes das partes” (NUNES, 2014. p. 2), atribuindo o magistrado, “não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas, como também considera-las séria e detidamente.” (NUNES, 2014. p. 3).

Destaca-se ainda, o art. 234, § 2º² como outro exemplo da aplicação da concepção normativa contra-fática que delimita ferramentas de controle de todos os sujeitos processuais, principalmente em um ambiente de não cooperação processual, o legislador percebeu que os advogados não estavam devolvendo os autos quando os retirava fora de cartório, dentro do prazo estabelecido em lei (Código de Processo Civil de 1973), simplesmente porque não resultava para eles em nenhum prejuízo ou sanção. Então, através do art. 234, § 2º restou determinado que caso os advogados não devolvessem os autos conforme prazo estipulado por lei pagariam multa correspondente a metade do salário mínimo e perderão a vista fora de cartório.

Portanto, sendo o Novo Código de Processo Civil, um código de todos os sujeitos processuais, não sendo cabíveis focos de centralidade seja nas partes ou nos magistrados, a teoria normativa da comparticipação é o único viés interpretativo que possibilita o rompimento da dicotomia entre os privatistas e os estatelistas para que ocorra uma efetiva implementação de uma perspectiva democrática através do policentrismo processual em que se afasta qualquer concepção de protagonismo de qualquer dos sujeitos processuais.

6 CONCLUSÃO

² Art. 234. Os advogados públicos ou privados, o defensor público e o membro do Ministério Público devem restituir os autos no prazo do ato a ser praticado. § 1º É lícito a qualquer interessado exigir os autos do advogado que exceder prazo legal. § 2º Se, intimado, o advogado não devolver os autos no prazo de 3 (três) dias, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa correspondente à metade do salário-mínimo.

Nessa conjectura, faltam apenas sete meses para o novo código entrar em vigor e diante das inúmeras mudanças é mais que necessário um estudo aprofundado para que seja entendida sua nova técnica de aplicação e a forma como deve ser lido, pois diferentemente do código de 1973, os dispositivos da nova lei não se podem ser analisados de modo isolado e sim deve compreendê-los e aplicá-los sempre à luz e em conformidade com sua parte geral (art. 1º ao 12º) que são premissas norteadoras, através de uma leitura em sua unicidade, pois se busca, com o novo Código, efetivar o modelo constitucional de processo.

Como norma fundamental do novo Código de Processo Civil, o art. 6º ao trazer o instituto da cooperação deve ser lido através da teoria normativa da comparticipação, em que através da concepção normativa contra-fática delimita ferramentas de controle de todos os sujeitos processuais ao perceber a interdependência entre suas atividades, vez que para a implementação da perspectiva democrática é necessária a percepção do policentrismo processual, que exige que cada ator envolvido no processo desempenhe suas funções de modo técnico, racional e responsável.

Diante disso, não se adéqua ao modelo constitucional de processo uma visão romântica e axiológica de cooperação através de uma vertente da cooperação processual como vínculo de solidariedade entre os sujeitos processuais na busca pela verdade real, no momento em que o ambiente processual é um ambiente de não cooperação entre as partes, sendo utópica uma visão de cooperação processual, em que defende uma solidariedade no processo.

A vertente liberal-privatista da cooperação processual advinda de um liberalismo processual, ao buscar a plenitude do princípio dispositivo, faz com que a cooperação advenha de uma postura exclusiva das partes, em que se teria inclusive, uma flexibilização do regramento processual, muitas vezes baseado na autonomia da vontade, o que acarretaria em um protagonismo das partes em que o juiz seria mero espectador de seu debate e o processo instrumento privado de resolução de conflitos, inviabilizando a aplicação do instituto da cooperação em viés democrático, inclusive através um modelo constitucional do processo.

A cooperação processual advinda da socialização processual através de uma vertente estatalista-publicista ao conceber a cooperação processual através de um suposto protagonismo do juiz, advindo de uma subserviências das partes, como se o juiz fosse uma figura prevalecente, legítima pré-compreensões privilegiadas do juiz, o que também não é cabível quando se busca um modelo constitucional de processo e a construção do Estado Democrático de Direito.

Através da teoria normativa da comparticipação, é que se pode entender a importância das normas fundamentais do novo código (art.1º ao 12º), principalmente o seu

art. 6º, pois através do policentrismo processual não se estabelece focos centralidade nos sujeitos processuais, o que permitiria um diálogo genuíno entre eles. Seria através de uma visão contra-fática do direito que a teoria normativa da comparticipação busca implementar comportamentos mais consentâneos com as finalidades de implementação de efetividade e garantia de nosso modelo processual constitucional, possibilitando o rompimento da dicotomia entre os privatistas e os estatelistas, e um equilíbrio e interdependência dos sujeitos processuais.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes del juez y visión cooperativa de proceso**. Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 2, set. 2004, p. 131-163.

_____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HUMBERTO THEODORO, Júnior. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **A função contra-fática do Direito e o Novo CPC**. Revista do AdvogadoDisponível em <https://www.academia.edu/10431262/A_fun%C3%A7%C3%A3o_contraf%C3%A1tica_do_direito_e_o_Novo_CPC> Acesso em 25 de jul. 2015.

_____. **Processo Jurisdicional Democrático**, 1ª ed. 4ª reimpr. Curitiba: Juruá. 2012.

_____, Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, Edição Especial, 2008.

_____. **Por un proceso civil efectivamente constitucionalizado.** In: RÚA, Mónica Bustamante. Reformas procesales em Colombia y em El mundo. Medellín: Universidad de Medellin, 2014. P. 47-49.

_____. **Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito.** Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, p. 224-250, UERJ, jul. dez. 2009.

PICARDI, Nicola. **Il principio del contraddittorio.** Rivista di Diritto Processuale, Pádua: Cedam, n. 3, p. 673, jul. set. 1998.

_____. **La vocazione de nostro tempo per La giurisdizione.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milão: Giuffrè, 2006.

_____. **Manuale do processo civile.** Milano: Giuffrè, 2006.

STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. **Aposta na bondade – a cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição.** Consultor Jurídico, 23 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 25 de jul. 2015.

SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil.** 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi.** Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

_____. **Cultura e Processo.** Rivista trimestrale di diritto e prodedura civile, Milano, v. 63 n. 1, mar. 2009, p. 63-92.

TORRES, Fernando Orelllana. RAGONE, Álvaro Pérez. **La conducta cooperativa de las partes em el processo civil y la rebeldia: hacia sua adecuada regulación em la nueva justicia civil chilena.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 44, 2008, p. 121-154.