

O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC

Lenio Luiz Streck

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tullio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procurador de Justiça aposentado. Advogado.

Lúcio Delfino

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Professor universitário. Advogado.

Rafael Giorgio Dalla Barba

Bacharelado no curso de ciências jurídicas e sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista de iniciação científica (UNIBIC) sob a orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

Ziel Ferreira Lopes

Bacharel em ciências jurídicas e sociais pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), sob a orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

Resumo: Discute-se a positivação do dever da cooperação no art. 6º do novo Código de Processo Civil. Numa abordagem fenomenológica, objetiva-se criticar sua apropriação moralista do contraditório substancial, com prejuízo da autonomia do Direito. Procede-se historiando o debate em torno da categoria cooperação e comparando o pan-principlismo ao fechamento da discricionariedade judicial pelo devido processo. Ao final, verifica-se a necessidade de dimensionar a eficácia do dispositivo, restringindo sua aplicabilidade ao juiz.

Palavras-chave: Cooperação. Novo Código de Processo Civil. Pan-principiológismo.

Sumário: **1** Introdução – **2** Neoprocessualismo(s) e otimismo antropológico – **3** Recuperando o debate sobre a cooperação processual brasileira – **4** Princípios como abertura *versus* fechamento – As diferenças entre moralidade comum e moralidade política aplicadas ao devido processo – **5** Positivação da cooperação processual – Restrições constitucionais à sua eficácia – **6** Considerações finais – Referências

1 Introdução

É hoje lugar-comum em escritos doutrinários a tratativa entusiasta da cooperação processual, cuja suposta matriz basilar seria o contraditório em sua feição substancial, que, para além do binômio informação-reação, revela um “direito de influência” na construção dos provimentos jurisdicionais. Percebeu-se que, em uma democracia, a efetiva participação de todos os sujeitos que operam no âmbito processual é inexorável, sobretudo a daqueles que experimentarão as consequências das respostas ofertadas por juízes não eleitos e cujo cargo lhes foi entregue via concurso público. Elementar isso. De há muito deveríamos ter dado adeus ao solipsismo.

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

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

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: 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 deveres a 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.

2 Neoprocessualismo(s) e otimismo antropológico

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

E ainda mais: a legislação projetada institui espécie de álibi normativo cujo manejo avalizará a invasão da moral no direito, passaporte para o absolutismo e seu princípio epocal revelado pela vontade de poder (Wille zur Macht), como bem denuncia Heidegger.¹ Escudado na cooperação, terá o juiz condições de atuar solapando (ou relativizando) a ampla defesa das partes (artigo 5º, LV, CF/88), em interferência na liberdade que possuem, elas e seus advogados, para elegerem as linhas de argumentação narrativa e estratégica que melhor atendam aos seus interesses.

E não há exagero nisso, bastando verificar que a doutrina autorizada já advoga, precisamente com assento na cooperação segundo moldes do novo CPC, a possibilidade de quebra de certos deveres de sigilo ou confidencialidade, a consagração de o juiz suprir insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por quaisquer das partes, bem assim de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito.² Com a devida vênua aos artífices e entusiastas desse estado de coisas, é enorme o risco de, sob a insígnia da cooperação, açular-se desmedido protagonismo judicial. Trata-se dos fantasmas de Büllow, Menger e Klein atormentando o processo civil do século XXI.

As palavras “entre si” do artigo 6º podem servir para uma instrumentalização epistemológica do processo pelo Estado-Juiz, numa ética narrativa tão penosa e desventurada que não é endossada nem mesmo por Michelle Taruffo³ — entusiasta

¹ HEIDEGGER, Martin. Tempo e ser. Trad. de Ernildo Stein. In: *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores).

² CUNHA, Leonardo José Carneiro. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 209, jul., 2012. Disponível em: <www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09293_09327.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2014.

³ TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 65-66 e 199.

da “discrecionalidade racionalizada” (o que se equipara ao livre convencimento motivado) e do ativismo processual como método *truth acquiring* centrado no juiz. É nada mais nada menos que normatizar 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.

Não se nega utilidade social à cooperação nem se instiga aqui a litigiosidade. Mas, até onde pode avançar o juiz, em seu diálogo com as partes, alicerçado em seu dever de cooperar? Qual o limite a ser respeitado por ele a fim de que não se torne também um contraditor?⁴ Acredita-se que as intervenções do juiz, até para que o devido processo legal permaneça incólume, devem se pautar pela discricção, pois: i) cumpre-lhe o dever de esclarecimento; ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo (dever de prevenção); iii) é dever do órgão jurisdicional consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, ainda que de ordem pública, assegurando a influência de suas manifestações na formação dos provimentos (dever de consulta); e iv) por fim, é seu papel auxiliar as partes na superação de dificuldades que as impeçam de exercer direitos e faculdades ou de cumprir ônus ou deveres processuais (dever de auxílio).⁵ Afora isso, é enorme o risco que se corre de transmudar o juiz em um contraditor, com prejuízo às próprias bases fundadoras do Estado Democrático de Direito.

Uma comunidade de trabalho com a finalidade de regulamentar o diálogo entre juiz e partes é algo bem diferente de inserir a todos num mesmo patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, levando fatos (ou obrigando as partes a levá-los) para o processo, produzindo provas e contraprovas. Algo também bem diferente que “confiar às partes deveres de cooperar entre si” (*sic*) e de instituir em favor do juiz poderes para obrigá-las, contra vontade delas, a atuar cooperativamente. Sim, corremos esse risco. Esse é o busílis da questão.

É um modelo que não deve ser pensado à distância da realidade, sem considerar que no processo há verdadeiro embate (luta, confronto, enfrentamento), razão pela qual as partes e seus advogados valem-se — e assim deve ser — de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um fim parcial. Não é crível (nem constitucional), enfim, atribuir aos contraditores o dever de colaborarem entre si a fim de perseguirem uma “verdade superior”, mesmo que contrária àquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los da sua necessária liberdade para litigar, transformando-os, eles mesmos e seus advogados, em meros instrumentos a serviço do juiz na busca da tão almejada “justiça”.

⁴ DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? *Revista Brasileira de Direito Processual*. ano 15, n. 59, jul./set., Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 67.

Inexiste um espírito filantrópico que enlace as partes no âmbito processual, pois o que cada uma delas ambiciona é resolver a questão da melhor forma possível, desde que isso signifique favorecimento em prejuízo do adversário. Aliás, quando contrato um advogado, é para que ele lute por mim, por minha causa. Não quero que ele abra mão de nada. Os direitos são meus, e o meu advogado deles não dispõe. Se meu advogado for obrigado a cooperar com a outra ou com o juiz, meu direito constitucional de acesso à justiça estará sendo violado, além de meu direito à propriedade e todo o elenco de direitos personalíssimos de que constitucionalmente disponho.

3 Recuperando o debate sobre a cooperação processual brasileira

A palavra cooperação detém poder icônico, denota um agir conjunto, participação, apoio, conectando-se, de modo bastante acentuado, com a democracia. Cai por terra, todavia, sua simbologia e seus aspectos positivos se o seu uso servir apenas de maquiagem para um “neoprotagonismo”.

A discussão sobre a cooperação não é nova.⁶ Há tempos a Crítica Hermenêutica do Direito travou um debate sobre sua (in)sustentabilidade jurídica com a escola processual do formalismo-valorativo, uma das defensoras e desenvolvedoras da tese no país.

Nesse aspecto, é necessário explicitar que o “princípio da cooperação processual” (*sic*) é apresentado no interior das teses denominadas de “formalismo-valorativo” como uma concepção nova elaborada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira com o objetivo de contrapor o excesso de formalismo na lida com o processo. Mais especificamente, o seu propósito fundamental era o de solucionar a grande disputa entre o formalismo jurídico e questões axiológicas, problemática esta que se atravessaria como um obstáculo à concretização da “adequada realização do direito material e dos valores constitucionais”.⁷

Na concepção como é elaborada pelo processualista gaúcho, o formalismo diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não apenas as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais (juízes, partes, Ministério Público e terceiros intervenientes lato sensu), coordenando sua atividade, ordenando o procedimento e organizando o andamento processual. Todos esses elementos direcionados no sentido de que sejam atendidas as finalidades primordiais do processo.

⁶ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, v. 213, São Paulo: RT, 2012. p. 13.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, 2006. p. 55/57.

Nesse viés, a forma teria a tarefa de indicar “as fronteiras para o início e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”, trazendo a noção de previsibilidade a todo o procedimento. Assim, seria a forma que impediria que a realização do procedimento fique deixada ao simples arbítrio do juiz, servindo como controle aos “[...] eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si”.⁸

Todavia, nessa linha teórica o formalismo e o próprio processo seriam direcionados a um *telos*, a uma finalidade que são os valores histórica e culturalmente situados. Nesse sentido, o processo refletiria “[...] toda uma cultura”, constituindo-se na expressão “das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes à determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias”.⁹ Desse arcabouço teórico é que emergem os fundamentos do formalismo-valorativo e da proposta do “princípio da cooperação processual”.

Trabalhando nesse marco teórico legado por Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero tentaria uma refundação de toda a processualística cível (depois do que denomina de processos isonômico e assimétrico), sob o princípio da cooperação:

O processo cooperativo, por derradeiro, é o processo do Estado Constitucional. O direito deixa de ser compreendido apenas como scientia juris e volta a assumir o caráter de juris prudentia, de modo que à cena judiciária vai convocada, novamente, uma racionalidade prática, do tipo material, cujo desiderato precípua está em alcançar a justiça no caso concreto sob discussão, pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais quanto processuais). No plano da ética, a colaboração entre aqueles que participam do processo pressupõe absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes, a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta-de-conduta principal no processo civil do Estado Constitucional.¹⁰

Lenio Luiz Streck questionaria o caráter deontológico desse suposto princípio, que ficava entre a retórica e o axiologismo.¹¹ A pergunta que sobrava no cooperativismo

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, 2006. p. 57.

⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, 2006. p. 59.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo* (Tese de doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?...1>>. Acesso em: 10 ago. 2014. p. 11-12.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 528.

era: “e se as partes não quiserem cooperar com o Estado? O cidadão tem o dever de cooperar com sua parte adversa? Em que condições um *standard* normativo desse teor pode efetivamente ser aplicado em um Estado Constitucional? E ainda, haverá sanções no caso de não cooperação?”. Evidentemente, se princípios são normas, isto é, se são enunciados normativos que prescrevem condutas, não podem simplesmente fazer sugestões para que as partes cooperem processualmente.

A “cooperação processual” não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desses *standard*. Dito de outro modo, a “cooperação processual” — nos moldes que vem sendo propalada — “vale” tanto quanto dizer que todo processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa fé. Sem o caráter deontológico, o *standard* de não passa de elemento que “ornamenta” e fornece “adereços” à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas, à evidência, não como “dever ser”.¹²

Segue-se um artigo de Mitidiero, replicando que a cooperação funcionaria:

[...] mediante a instituição de regras de conduta para o juiz. E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso).¹³

Assim, abre ainda mais frentes de divergência com a CHD. Por um lado, diz restringir a cooperação ao juiz; por outro, há sempre essa ameaça axiológica rondando as partes, com o juiz eventualmente assumindo o segundo plano da tese.

[...] o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz.¹⁴

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 593.

¹³ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, São Paulo: RT, 2011. p. 62.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, São Paulo: RT, 2011. p. 62.

Numa tréplica, Streck e Francisco Borges Motta mostrariam os embaraços operacionais dessa proposta. Apesar das preocupações democráticas de Mitidiero, não tematiza suficientemente o decisionismo judicial, faltando-lhe parâmetro de controle democrático das decisões.¹⁵

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

4 Princípios como abertura *versus* fechamento – As diferenças entre moralidade comum e moralidade política aplicadas ao devido processo

Como um dos subscritores deste artigo já vem denunciando há anos,¹⁶ em *Terrae Brasilis* mesmo no campo das matrizes “críticas” do Direito, ainda há setores que acreditam na tese de que “é com princípio que o juiz deixa de ser a boca da lei” (*sic*), como se os princípios jurídicos fossem um componente “libertário” da interpretação do Direito e da decisão dos tribunais. Dito de outra maneira, seria como se a fórmula para superar o velho positivismo legalista, para usar a expressão de Castanheira Neves, fosse retornar para a Jurisprudência dos Valores (*Wertungsjurisprudenz*) alemã.

Com efeito, o advento da “era dos princípios”, expressão que alcançou lugar comum especialmente nas teorias neoconstitucionalistas (e que se ramifica no tal neoprocessualismo), parcela considerável dos juristas optou por considerar os princípios jurídicos como uma espécie de continuação dos princípios gerais do Direito, ou como sendo o “suporte dos valores da sociedade contemporânea”. Essa “positivação dos valores”, anunciada pelos teóricos neoconstitucionalistas,

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, v. 213, São Paulo: RT, 2012.

¹⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 78.

nada mais representa do que uma circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de uma série de argumentos retóricos que se revestem com o nome de “princípio”. É como se sob as bases do Estado Democrático a Constituição representasse uma espécie de “pedra filosofal” da legitimidade principiológica da qual pudessem ser extraídos tantos “princípios” (*sic*) quantos necessários para solver os casos difíceis, ou, ainda, “corrigir” as ambiguidades da linguagem.

É nesse contexto que identificamos um incontável elenco de “princípios” utilizados amplamente na cotidianidade das práticas judiciárias (e inclusive da “doutrina”), sendo que em sua esmagadora maioria consistem em tautologias ou argumentos retóricos com nítida pretensão corretiva. O ponto central, portanto, é o de que a proliferação de “princípios”, bem como a ausência de critérios para a sua identificação acaba se colocando como um embaraço para as teorias que tratam das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de caráter constitucional. Assim, a discussão acaba terminando em um paradoxo, pois no âmago da teoria integrativa de Ronald Dworkin, criticando o modelo de regras de Hart, introduz os princípios no universo jurídico justamente para combater a discricionariedade judicial e para restringir as possibilidades interpretativas.¹⁷

Seguindo no âmbito dessa discussão sobre princípios jurídicos, segue-se que ao combate à vulgarização da invocação de princípios nas práticas jurídicas aparece a referência ao intitulado e conhecido “princípio da cooperação processual”, tese que pretende prescrever as condutas das partes para que colaborem mutuamente no decorrer do processo com o juiz da causa a fim de alcançarem um resultado mais justo.

A partir daquilo que se denomina de *Crítica Hermenêutica do Direito*,¹⁸ os princípios jurídicos (e não simplesmente um enunciado retórico com o prefixo “princípio da...”) instituem o mundo prático no Direito, de modo que os princípios são reconhecidos pela sua índole efetivamente constitucional, fechando as possibilidades de interpretações diversas a fim de que seja aplicada aquela para a qual aponta o texto constitucional. Com Dworkin, podemos dizer que se trata do dever de (*has a duty to*) decidir da maneira adequada à Constituição, e não de simplesmente um dever fraco-sugestivo (*ought to*).¹⁹

Sendo mais claro: a legitimidade de uma decisão judicial, em um Estado Democrático de Direito, será auferida no momento em que se demonstre que a regra a ser aplicada é constituída, no caso concreto, por uma fundamentação que se embasa em um princípio constitucional, como a presunção de inocência, devido processo legal, juiz natural, legalidade ou a ampla defesa. Desse modo, há não regra sem

¹⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Especialmente os capítulos sobre o modelo de regras I e II (*model of rules I and II*).

¹⁸ Construção de Lenio Streck, que pode ser vista em *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, *passim*.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 78.

um princípio constitucional que a institua e, da mesma maneira, sem um princípio constituinte, a regra não pode ser simplesmente aplicada, uma vez que não contém, no caso em questão, o caráter de legitimidade constitucional.

Note-se, portanto, que o próprio conceito de princípio é um conceito interpretativo, como diz Dworkin. O jusfilósofo americano refere, ao tematizar sua tese do Direito enquanto integridade, que quando um juiz identifica determinado padrão jurídico como uma questão de princípio, isso deve ser compreendido como uma possibilidade interpretativa que blinda as demais por exercer um caráter de moralidade pública, e não simplesmente pessoal. Como diz Dworkin, “o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer”.²⁰

Vejamos: ao comentar essa temática no caso *Farber*, em que litigava a Justiça Pública contra Dr. Mário Jascalevich e que no fundo se debatia qual direito deveria ser aplicado — o da garantia processual de acesso às provas pelo réu criminal ou o da liberdade de imprensa ao recusar as fontes e documentos sobre o acusado, Dworkin refere que a questão levantada não se trata de como conciliar direitos conflitantes, mas de até que ponto a eficiência do trabalho dos repórteres deve ser sacrificada para assegurar ao cidadão o direito à ampla defesa e ao devido processo legal.

Dworkin refere que no caso *Farber* deveriam ter sido observados os dois tipos de argumentos que são usados para justificar uma norma jurídica ou decisão política: (i) as justificativas de princípios argumentam que uma norma específica é necessária para proteger um direito individual que alguém (ou um grupo) tenha contra outras pessoas ou contra a sociedade ou o governo; (ii) as justificativas de política, por outro lado, sustentam que uma norma específica deve ser aplicada porque trabalhará pelo interesse geral, isto é, pelo benefício da sociedade como um todo.²¹

Os argumentos apresentados por Farber e pelo *New York Times* eram embasados em uma questão meramente política, pois, se suas fontes confidenciais forem protegidas da revelação, mais pessoas que tem conhecimentos de delitos e temem ser expostas entrarão em contato com a imprensa a fim de denunciar o ocorrido, e, assim, a sociedade se beneficiará. Ou seja, a posição especial da imprensa é justificada não porque os repórteres tenham, nesse caso, direitos genuinamente fundamentais, mas porque se acredita que a comunidade como um todo irá beneficiar-se de seu tratamento. Porém, o argumento de política que sustenta a posição de Farber, por mais forte ou fraco que seja, deve ceder aos direitos constitucionais do réu a um julgamento que garanta a ampla defesa e o devido processo legal, mesmo que com certo custo para o bem-estar geral.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 274.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 548 e seguintes.

5 Positivação da cooperação processual – Restrições constitucionais à sua eficácia

Exigir que as partes “cooperem” ou “colaborem” é ir muito além das balizas profissionais devidas para o exercício advocacia. Dentro da licitude penal e cível o processo segue por ônus. Mesmo o abuso na litigância é mais bem controlado por ulterior penalização financeira dos atos manifestamente protelatórios do que por cerceamento das garantias fundamentais processuais.

Queremos crer que, neste estranho desenho institucional do artigo 6º, houve uma apropriação indevida daquilo que defendem os mais destacados doutrinadores da cooperação/colaboração/comparticipação. Lembre-se que mesmo um defensor “estatalista” da cooperação como Daniel Mitidiero não concorda com a tese de que as partes devam colaborar entre si.²²

Em todo caso, cooperação ou colaboração não parecem mesmo ser os melhores “*nomen juris*” para designar o processualismo pós-liberalista e pós-socialista, ora sob recomposição paradigmática no Estado Democrático de Direito. Nosso aparente preciosismo terminológico é sutileza que se ora esgarça no artigo 6º. Mesmo quando calcadas apenas no juiz (o que não é o caso da redação do novo CPC), “cooperação” e “colaboração” parecem ficar aquém do dever de prestar uma resposta adequada à Constituição.²³ É dizer, no sentido usual do termo: o juiz não deve apenas “cooperar” ou “colaborar” com as partes; não se trata de liberalidade, de (“boa”) vontade judicial, mas de correlação forçosa entre direitos-garantias das partes e deveres-poderes do juiz, escapando esses últimos a qualquer uso discricionário. Juiz decide e não escolhe.

É claro que nos agrada a formulação da coparticipação por Dierle Nunes, enquanto garantia de influência e não surpresa²⁴ (que encontra lugar no artigo 10 do novo CPC): as partes têm direito fundamental a participar do provimento jurisdicional a que se submetem. Nisto, aporta as “auto-nomias” privada e pública habermasianas à dogmática processual. Equaciona bem o agir predominantemente estratégico das partes (orientado por interesses) com as limitações impostas pela estruturação comunicativa (orientada por entendimento), necessária à articulação racional de pretensões jurídicas na esfera pública formal.²⁵ Por aí se entende Dierle e Alexandre Bahia, quando dizem que: “reconhece-se que há papéis distintos, mas que todos

²² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v. 194, São Paulo: RT, 2011. p. 62.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 610 e seguintes.

²⁴ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

²⁵ A coordenação dos planos de ação pela “regulação normativa das interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem” Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tomo I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 46.

cooperam para o resultado final”.²⁶ Cada sujeito já tem seu papel institucionalizado para que possa concorrer, à sua maneira, para a formação do provimento comum. Sobre isso, Habermas rebate Robert Alexy:

*As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo “introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso”... Contra isso é possível objetar, com grande plausibilidade, que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.*²⁷ (grifamos)

Ora, somente por boa delimitação valeria falar em cooperação *das* e *entre* as partes: se fosse tomada em um sentido “fraco” (da legalidade e dos *standards* profissionais) e/ou “oblíquo”, quando a diferenciação funcional no processo, respeitada em suas especificidades, transcende no resultado final os papéis concretos dos sujeitos. Há nisso uma reserva liberal: seguindo seus interesses, cada parte concorre numa “mão invisível” para o bem da comunidade processual. Na perspectiva de Habermas, é verdade que:

para que o processo democrático de estabelecimento do direito tenha êxito, é necessário que os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado também para o bem comum, o qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente.²⁸

Mais do que isso, diríamos que esses interesses pessoais não precisam sequer ser virtuosos, bastando que os vícios privados submerjam nos benefícios públicos, como na “Fábula das Abelhas”²⁹ de Bernard de Mandeville. As partes têm o direito de participar na decisão judicial (coisa pública), mas o juiz não pode intervir na defesa técnica

²⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo e república: uma relação necessária*. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 288.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo II. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 323.

²⁹ “Por fim, valemo-nos de uma fábula liberal, a das abelhas, de Mandeville. Elas viviam prosperamente em sua colmeia, até que um grupo de abelhas “neovirtuosas” decidiu dar um fim aos vícios (corrupção era o menor deles!). Foram à rainha e pediram que fosse decretada a virtude. E assim se fez. Todos virtuosos. Bom? Não. Ruim. Sem vícios, a sociedade começou a ruir. Advogados ficaram sem trabalho, procuradores não tinham quem denunciar, médicos sem pacientes, policiais ociosos. Fracasso total. As abelhas se reuniram e pediram à rainha o restabelecimento dos vícios. Moral da história? É impossível uma sociedade formada apenas por virtuosos” Cf. STRECK, Lenio Luiz; KARAM TRINDADE, André. Vícios privados, benefícios públicos. *Folha de S. Paulo* [coluna Opinião], São Paulo, 13 dez, 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/12/1561785-lenio-streck-e-andre-karam-vicios-privados-beneficios-publicos.shtml>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

de uma parte (coisa privada), senão para velar pelos mínimos limites assegurados à ação da contraparte. As partes não têm responsabilidade política. O juiz, sim.

Numa palavra final: se o “dever de as partes cooperarem” não for fulminado (ou mitigado mediante interpretação conforme a Constituição) pelo STF, poderemos estar repristinando um protagonismo de mais de 100 anos atrás. Não se ignora a filiação habermasiana da expressão, segundo a verte Dierle Nunes.³⁰ Contudo, além das divergências hermenêuticas quanto à ética do discurso,³¹ preocupa-nos essa positivação do que seria um pressuposto teórico (“busca cooperativa da verdade” como “única motivação”).³² Seria, talvez, problemático prescrever normativamente na ordem dos motivos, num ter-de-agir, onde há apenas uma “coerção transcendental fraca”.³³ Ademais, pode-se arriscar a própria garantia de influência das partes ao positivar esse artigo, propiciando um alibi legislativo para o solipsismo judicial. Esse suposto dever (ético) de cooperação poderia comprometer o direito (jurídico mesmo) à participação.

Considerando o *habitus* jurídico herdado, não é difícil 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.

Não estamos de implicância. Preocupam-nos as palavras, que não valem como signos “em si”, mas por toda rede simbólica que entretém e que não fica esquecida: a tradição vem à fala. Eis a tarefa hercúlea de lidar com a “consciência dos efeitos da história” (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), como nos ensina Gadamer, deixando com que o fenômeno seja desvelado ao intérprete.³⁴ Aqui não vai qualquer metodologização para abrir a interpretação, senão o reconhecimento de que os princípios a fecham, acabando com discricionariedades do juiz e também do legislador. Assim, para não expungir o artigo 6º do novo CPC e salvá-lo, a única solução parece ser uma “interpretação conforme a Constituição”, em algo como: “Todos os sujeitos do processo [leia-se: o juiz] devem cooperar entre si [leia-se: com as partes] para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (tachado, grifo e interpolação nossas). Somente aí se poderia assentir com

³⁰ NUNES, Dierle. Para além do Novo Código de Processo Civil ... e para sua leitura.... In: Justificando, nota de rodapé nº 11. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>>. Acesso em: 1º mar. 2015.

³¹ cuja projeção contrafática se afastaria de um *a priori* existencial.

³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 215.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 216.

³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990. p. 346.

Dierle e Alexandre num “processo democrático lastreado numa teoria deontológica de coparticipação/cooperação”.³⁵

Mas isso não tira o brilho do conjunto do novo CPC. Afinal, seria impossível hermeneuticamente construir um código perfeito. Ajustes e filtragens hermenêutico-constitucionais podem vir a aperfeiçoá-lo. Nesse sentido, é contraproducente lançar a pecha de “catastrofista” ao dissenso democraticamente compromissado. Se o juiz deve interpretar o direito como um todo coerente, o legislador deve prover essa coerência na ordem jurídica positiva — tanto mais onde o juiz pressupõe a incoerência da lei, sendo emblemático o exemplo do que se fez com o art. 212 do CPP. A doutrina cumpre um papel decisivo para o bom funcionamento desse sistema: “constranger epistemologicamente”.³⁶

6 Considerações finais

É notória a tendência em se vincular o contraditório substancial à cooperação. Não se trata apenas de correlação desnecessária à democratização da relação jurisdicional; por todo o exposto, verifica-se o antagonismo entre as propostas.

No enfoque pan-princialista, apela-se à cooperação como corretivo moral da litigiosidade, com prejuízo para a autonomia do Direito. Num excursus sobre o caso *Farber*, vê-se com Dworkin a apresentação genuína de um princípio na práxis processual, desafiando até o apelo ao bem-estar geral.

Quanto ao cooperativismo teoricamente referenciado — para além de nossas divergências jusfilosóficas —, o art. 6º parece ter sido positivado contrariando até mesmo suas propostas. Nisso, registre-se que sua redação contempla a cooperação entre partes, possibilidade rechaçada pela escola do formalismo-valorativo. Igualmente, vale pensar nos contratempos que suscita para a teoria da participação, entendida enquanto garantia de influência das partes na decisão judicial: na medida em que atravessa a ordem dos motivos com um ter-de-agir positivado em “cláusula genérica”, municia a parcela da magistratura que “decide-conforme-a-consciência” com um álibi legal para assediar a defesa técnica. Quando o legislador condiciona o comportamento dos sujeitos processuais a que se obtenha em “tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, não parece exagero imaginar que daí se siga o sacrifício das partes como solução para a tal crise funcional do sistema de justiça.

Afinal, a validade do artigo 6º deve ser constitucionalmente limitada à “cooperação pelo juiz”. Diríamos, inclusive, que o juiz deve fazer muito mais que

³⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo e república: uma relação necessária*. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

³⁶ Expressão cunhada por Lenio Luiz Streck em *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110.

cooperar. Sua responsabilidade transcende qualquer especificação doutrinária *ad hoc* desse conceito. Deve prestar à resposta correta.

Eventualmente, seguir-se-ão respostas no sentido de não termos enfrentado aqui “a verdadeira cooperação”. Longe de uma solução, essa poluição semântica depõe contra a categoria. Nesta oportunidade, foram analisadas acepções emblemáticas desta, em sua difusão e consolidação na processualística. Se no NCPC se não levava em conta nada parecido quando da positivação do multicitado artigo 6º, temos realmente um problema.

The “Good Litigant” – Risks of Moralizing the Process by the Duty to Cooperate in the New Civil Procedure Code

Abstract: It discusses the legal regulation of the duty to cooperate in the article 6 of the new Civil Procedure Code. In a phenomenological approach, aims to criticize its moralistic appropriation of the substantial contradictory, with losses to the autonomy of law. Proceeds reporting the debate about the category and comparing the pan-principialism view to the elimination of judicial discretion by the due process. After all, verifies the need to limit its applicability to the judge.

Keywords: Cooperation. New Civil Procedure Code. Pan-principiologism.

Referências

- CUNHA, Leonardo José Carneiro. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 209, jul., 2012. Disponível em: <www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09293_09327.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2014.
- DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 15, n. 59, jul./set. 2007, Belo Horizonte: Fórum.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. *Wahreit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tomo II. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. Tempo e ser. Trad. de Ernildo Stein. In: *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores).

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo* (Tese de doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1>. Acesso em: 10 ago. 2014.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*: um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, v. 194, São Paulo: RT, 2011. p. 62.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo e república: uma relação necessária*. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Para além do Novo Código de Processo Civil ... e para sua leitura... In: *Justificando*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>>. Acesso em: 1º mar. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 110.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Vícios privados, benefícios públicos. *Folha de S. Paulo* [coluna Opinião], São Paulo, 13 dez, 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaop/2014/12/1561785-lenio-streck-e-andre-karam-vicios-privados-beneficios-publicos.shtml>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, v. 213, São Paulo: RT, 2012.

TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

STRECK, Lenio Luiz *et al.* O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015.
