

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

GUSTAVO SILVEIRA VIEIRA

**O PROCESSO CIVIL COOPERATIVO E A VEDAÇÃO DE
CONDUTA CONTRADITÓRIA**

Porto Alegre

2015

GUSTAVO SILVEIRA VIEIRA

**O PROCESSO CIVIL COOPERATIVO E A VEDAÇÃO DE CONDUTA
CONTRADITÓRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de especialista em
Direito Processual Civil pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2015

RESUMO

A constante evolução dos modelos processuais ao longo da história, acompanha os influxos da organização de cada sociedade e do seu respectivo regime político. É remansosa a tese de que o direito emerge das aspirações e da cultura do povo, sendo certo que o Estado é o responsável por dar tutela aos direitos.

O Processo Civil, enquanto fenômeno cultural, sofreu inúmeras mutações conforme a organização política de cada época. No Estado Liberal do século XIX, por exemplo, o processo era totalmente privado e os procedimentos eram seguidos conforme a atuação das partes, restando ao órgão jurisdicional um papel totalmente passivo, cuja atividade restringia-se tão-somente a declarar um direito previamente descrito pelo legislador.

Com o advento do Estado Constitucional, o processo civil adquire uma postura conceitual de absoluta interação com a Constituição Federal, emergindo então o chamado direito processual constitucional, voltado ao controle de constitucionalidade das leis e preservação das garantias positivadas na Constituição.

Sob essa nova ótica, surge o modelo de Processo Cooperativo, positivado, inclusive, no novo Código de Processo Civil que atualmente encontra-se no prazo de *vacatio legis*, aguardando para que possa efetivamente produzir consequências normativas no ordenamento jurídico brasileiro. Esse novo modelo processual está calcado em uma ideia de colaboração efetiva entre os envolvidos para a busca de uma decisão justa. O órgão jurisdicional tem o dever de diálogo, esclarecimento, prevenção e auxílio, enquanto que as partes têm o dever de agir na mais absoluta boa-fé, colimando um debate leal e paritário, sendo-lhes vedado o comportamento contraditório.

Palavras-Chave: Estado Constitucional – Processo Civil – Processo Cooperativo – colaboração – boa-fé

Silveira Vieira, Gustavo
O PROCESSO CIVIL COOPERATIVO E A VEDAÇÃO DE
CONDUTA CONTRADITÓRIA / Gustavo Silveira Vieira. --
2015.
33 f.

Orientador: Daniel Mitidiero.

Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS,
2015.

1. Estado Constitucional. 2. Processo Civil. 3. Processo
Cooperativo. 4. Colaboração. 5. Boa-fé. I. Mitidiero, Daniel, orient.
II. Título.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. O ESTADO LIBERAL DE DIREITO.....	3
1.1 O PARLAMENTO BURGUEÊS E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO JUDICIÁRIO: A PROBLEMÁTICA CONCEITUAL ENTRE TEXTO E NORMA.....	5
2. O ESTADO CONSTITUCIONAL.....	7
2.1 A TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL: O PROCESSO CIVIL ENTRE DUAS ÉPOCAS.....	8
2.2 A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA A PARTIR DA OUTORGA DE SENTIDO AOS ELEMENTOS TEXTUAIS.....	11
3. O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO E A SISTEMATIZAÇÃO DOS DEVERES PROCESSUAIS.....	12
3.1 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO POSITIVADO NO DIREITO BRASILEIRO E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	16
3.2. A BOA-FÉ OBJETIVA E A VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO.....	20
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	26

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é apresentar a evolução histórica e cultural do modelo político do Estado Liberal e sua transição para o Estado Constitucional. Essa evolução será estudada com base nos influxos sofridos pelo Processo Civil do século XIX até os tempos hodiernos, contemplando, inclusive, o novo Código de Processo Civil, que atualmente encontra-se em período de *vacatio legis*.

Um dos pontos principais do presente trabalho, será o de propor um modelo ideal de Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais e da Constituição Federal, defendendo-se, como modelo correspondente, o Processo Cooperativo.

O presente trabalho não tem como finalidade esgotar o tema, até porque isto seria tarefa extremamente difícil de se fazer em uma monografia. O que se pretende é, sem dúvidas, aferir os principais pontos da transição ocorrida entre duas épocas (Estado Liberal – Estado Constitucional), bem como os influxos sofridos pelo Processo Civil com essa virada política e cultural.

O trabalho estrutura-se em três partes distintas.

A primeira cuida de analisar o motivo pelo qual o Estado Liberal “derrubou” o Estado Absolutista e se consolidou sobremaneira no século XIX. O pensamento liberal da época visava afastar as tradições jurídicas do *Ancien Régime*, e conforme se verificará, a forma encontrada pela burguesia foi solidificar o princípio da legalidade como fundamento para tal ação. Com o advento do princípio da legalidade, se mostrará que o legislativo passou a concentrar em si os poderes estatais, restando ao judiciário a mera tarefa de declarar a Lei suprema editada pelo parlamento burguês, sem qualquer possibilidade de interpretação normativa.

O segundo momento do trabalho foi destinado ao estudo do Estado Constitucional, em que se demonstrará que, embora muitas heranças do Estado Liberal perdurem até os dias atuais, expressivas modificações surgiram, principalmente em relação à tutela dos direitos fundamentais, e ao fato de que a lei deixou de ter uma posição de soberania, passando a ocupar lugar de subordinação em relação à Constituição. Esse capítulo abordará ainda, que a produção normativa deve ser submetida a um controle jurisdicional, incumbido de resguardar

os princípios constitucionais e evitar que determinados grupos de coalizão do parlamento possam criar leis em desconformidade com a Constituição.

Por fim, o terceiro momento do trabalho é dedicado exclusivamente ao Processo Civil contemporâneo e a sua adequação ao Estado Constitucional. Esse modelo de processo corresponde ao Processo Cooperativo, que possui como espinha dorsal a colaboração das partes e do juiz, que devem dialogar e agir com boa-fé em todos os atos processuais. O juiz no processo cooperativo tem o dever de promover o diálogo aberto, e possibilitar às partes que eventuais falhas procedimentais sejam consertadas – prevenção e auxílio – prestigiando a economia e o aproveitamento dos atos processuais. Por seu turno, as partes devem agir de forma colaborativa e leal, evitando condutas contraditórias e fornecendo ao juízo subsídios para que ele possa chegar a decisão mais justa possível, pois a verdade, inequivocamente é um dos objetivos primordiais do processo.

1. O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O Estado Liberal de direito nasceu basicamente como uma resposta da burguesia aos desmandos do Estado Absolutista, que não possuía praticamente nenhuma limitação ou barreira no exercício do seu poder. A necessidade de frear as arbitrariedades da monarquia absolutista era notória, pois a vontade do rei e de sua administração havia ultrapassado os interesses individuais.¹

Diante do panorama da época, o Estado Liberal surge como um Estado Legislativo, que possui como um dos seus pilares principais a primazia da lei frente à administração pública. A organização jurídica do Estado passa então a ser norteada pela hegemonia da burguesia, que revestida de poderes autônomos, coloca o poder executivo e o poder judiciário subordinados a lei.² Daí porque pode-se dizer que o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar.³

O Estado Legislativo foi o apogeu da liberdade individual em detrimento de uma redução praticamente absoluta dos poderes do juiz. Conforme analisa Couture, o processo era inteiramente privado, e as partes utilizavam o Estado como mero instrumento de declaração do direito e, quando necessário, como fonte coatora para se fazer cumprir o direito declarado.⁴

Essa posição passiva do judiciário, corroborada com o completo domínio das partes em relação aos atos processuais, tornava o “poder de julgar” um fenômeno totalmente declaratório, que na visão de Montesquieu traduzia-se em um “poder nulo”.⁵

Com a emergência do Estado Liberal, o princípio da legalidade se solidifica, elevando a lei a um ato supremo e objetivando eliminar por completo as tradições jurídicas impostas pelo regime deposto. Com a influência dos valores liberais, a administração pública e os juízes já não mais podiam invocar eventual direito que se chocasse com a lei.⁶

Uma das qualidades intrínsecas ao princípio da legalidade, basicamente, é a de dar às leis o poder de limitação às liberdades individuais. Para que se pudesse interferir diretamente na liberdade de qualquer indivíduo, seria necessária uma lei aprovada (com a cooperação da

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1. p.23.

² ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2011. p. 30.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, *op. cit.* p. 24.

⁴ COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, s.d. p. 309.

⁵ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 158.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, *op. cit.* p.23.

representação popular) que autorizasse determinada conduta do Estado. O princípio da legalidade acabou por criar um critério de identificação do direito; embora determinado direito pudesse estar inserto na norma jurídica, não bastava sua mera correspondência com a justiça para que produzisse efeitos. Para que algum direito pudesse produzir efeitos de forma eficaz e válida, deveria, para tanto, ter sido produzido por uma autoridade investida de competência normativa e conforme procedimento regular.⁷

Durante o liberalismo, que cobre o século XIX e prolonga-se até a 1ª Guerra Mundial, o processo era compreendido sob uma perspectiva totalmente privada, em que o judiciário não possuía poderes de impulsionar o processo, instruir a causa ou investigar assuntos relevantes em busca da verdade real.

No Estado Liberal Clássico, o processo possuía natureza idêntica a dos contratos, no caso, ambos eram concebidos como expressão da autonomia privada. Tanto nos contratos, como nos processos, deveria prevalecer a vontade das partes. Considerando-se a natureza privada do processo, ao juiz caberia tão-somente um comportamento passivo e não interveniente.

O *Code de procédure civile* francês, de 1806, é um dos expoentes processuais de maior evidência na concepção liberal. O processo nele regulamentado era oral e público, cabendo às partes determinar a ordem de todos os atos processuais, pois o poder judiciário da época exercia um papel meramente reativo, atuando somente quando provocado, e manifestando-se nos limites da provocação.⁸

Publicidade, oralidade e isonomia no acesso ao Tribunal passam a ser os princípios fundamentais norteadores do processo civil. Tais princípios, como bem leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*tratam-se, à evidência, de consequência da ideologia da egalité impulsionadora do verdadeiro terremoto causado pelo movimento libertário*”.⁹

Antes do Estado Legislativo, ou do advento do princípio da legalidade, o direito não emergia da lei, mas sim da jurisprudência e por esse motivo existia uma grande pluralidade de fontes concorrentes – como o império, a igreja, etc. -, situação que causava grande insegurança jurídica. No Estado Liberal de Direito, os parlamentos da Europa Continental

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, op. cit. p. 24-25.

8 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: LEX, 2000. p. 24-25.

9 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.44.

reservaram para si o poder político, mediante a utilização da fórmula do princípio da legalidade.¹⁰

Grande problema ocorrido com o surgimento do Estado Liberal, reside no fato de que, como o direito estava adstrito à vontade das partes, o juiz revestia-se de personalidade totalmente neutra e passiva, ocasionando, obviamente, um completo domínio dos atos processuais por parte dos litigantes e seus defensores.

Na ausência de uma intervenção direta e de controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes eram legítimos árbitros absolutos do processo. Os prazos de preclusão eram criados de forma totalmente genérica e abstrata, de modo que, se o poder judicial não era totalmente ignorado pelas partes, era, sem sombra de dúvidas, muito atenuado. O Processo Liberal revestia-se de duas faces contrapostas, em que de um lado os valores burgueses eram efetivamente protegidos, e de outro, a figura passiva do juiz era fator determinante para um processo extremamente lento, cujo ritmo era ditado pelas partes.¹¹

1.1 O PARLAMENTO BURGUÊS E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO JUDICIÁRIO: A PROBLEMÁTICA CONCEITUAL ENTRE TEXTO E NORMA

Diante da hegemonia do parlamento, cuja formação era basicamente composta pela burguesia liberal, o executivo e o judiciário assumiram posições de absoluta subordinação, porquanto o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei, e ao judiciário cabia apenas a aplicação dessa lei, sem qualquer possibilidade de interpretação, ou seja, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo.¹²

Essa redução dos poderes interpretativos do juiz tornava-o mero instrumento de declaração da lei, suprimindo do mundo do direito uma atividade valorativa e transformando bibliotecas inteiras em depósitos de papel.¹³ É salutar salientar ainda, que a mera observação e descrição da norma constituem o ponto nevrálgico do positivismo jurídico, que pode ser analisado sob a ótica de uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, no caso, a norma positivada. O positivismo difere sobremaneira da atividade de produção do direito ou da atividade normativa, pois a tarefa do juiz positivista nada tem a ver com tais ações,

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, *op. cit.* p. 27.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil...*, *op. cit.* p. 46

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ ZAGREBELSKI, Gustavo, *op. cit.* p. 33.

situação diversa da época em que a jurisprudência efetivamente era uma das fontes de criação do direito.¹⁴

Juan Monroy Palácios, ao escrever sobre o Estado Legislativo e sobre a figura do juiz positivista, esclarece que “*como se advierte, estamos ante un juez liberal que padece del mal de Pilatos, no asume ninguna responsabilidad por los efectos que puede producir su decisión, considerando que su deber sólo alcanza a tornar eficaz el derecho positivo.*”¹⁵

Para o positivismo jurídico, a validade da lei estava apenas na observância do procedimento estabelecido para sua criação. A lei, enquanto código ou corpo de lei, era dotada de plenitude e não via nenhum óbice no ordenamento jurídico para sua aplicação absoluta. Nessa seara, verifica-se que o positivismo não apenas aceitou a ideia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi responsável por uma inadequada simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, restando a eles uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense.¹⁶

É inegável que o positivismo jurídico surgiu para manter a ideologia do Estado Liberal através da plena eficácia da lei como criadora única do direito. Não obstante, o positivismo transformou-se, ele mesmo, em ideologia, virando referência para os liberais, que se mostravam satisfeitos em manter a situação consolidada pela lei.

Partindo de uma premissa equivocada, mas que bem se enquadra à sociedade liberal da época, Cesare Beccaria questiona e ao mesmo tempo responde sua pergunta: “*qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário da vontade atual de todos; e nunca o juiz, cujo dever consiste em examinar apenas se houve fato ofensivo à lei.*”¹⁷

E o autor prossegue com seu raciocínio, afirmando que “*o juiz interpreta apressadamente as leis, segundo as ideias vagas e obscuras, que estivessem, no momento, em seu espírito.*”¹⁸ E esse pensamento se coaduna exatamente com o modelo liberal, haja vista que retira do juiz qualquer possibilidade de interpretação da lei, colocando a criação do direito tão-somente nas mãos do legislador.

Para o pensamento liberal do século XIX e início do século XX, o texto elaborado pelo legislador nada mais era do que a própria norma redigida, cabendo ao juiz apenas a sua

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, op. cit. p. 30.

15 PALACIOS, Juan José Monroy. *La Tutela Procesal de Los Derechos*. 2. ed. Lima: Palestra, 2004. p. 33

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, op. cit. p. 30.

17 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Copyright: Martin Claret, 2006. p. 22.

18 *Idem*. p. 23.

aplicação. E um ponto extremamente frágil do sistema liberal reside exatamente nessa questão, pois texto e norma não se confundem. Normas não são textos nem o conjunto deles.¹⁹

No Estado legislativo, de forma equivocada, se pressupunha uma unidade entre texto e norma, em que o legislador não outorgava apenas o texto, mas também a norma, restando à jurisdição apenas o papel de declarar a norma pré-existente.

2. O PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

É remansoso que o direito processual civil deve ser compreendido como um fenômeno cultural, criado pelos frutos da experiência do homem e cuja essência não pode aceitar concepções unilaterais do direito, que só enxergam a norma ou o fato, pois inerente ao processo e sua lapidação ao longo da história, existem valores intrínsecos que devem ser observados para que se possa chegar o mais próximo possível do fenômeno jurídico.²⁰

É inadequado conceber o processo como mero ordenamento de atividades, revestido de caráter meramente técnico, regido por normas externas previamente estabelecidas pelo legislador. O alicerce do processo é revestido de valores e impulsionado pela natureza política de cada Estado, e o reflexo deste impulso resulta na manifestação de vontade dos hábitos, costumes e normas de comportamento espiritual e de vivência de uma sociedade.²¹

Nesta vereda, é possível afirmar que o processo não se esgota na mera realização do direito material postulado pela parte, pois ele inegavelmente é um instrumento profícuo de natureza pública que possui como fim a realização da justiça. Por seu turno, o Estado Constitucional possui como função primordial dar tutela aos direitos, com a devida observância aos direitos fundamentais e à Constituição.

Com o advento do Estado Constitucional, o processo passa a ser analisado sob uma perspectiva diversa de como era analisado no Estado Liberal, porquanto os institutos processuais saem da órbita fechada da Lei, e começam a ser vistos de forma vinculada à Constituição e ao ordenamento jurídico enquanto unidade.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil op. cit.* p.72.

²¹ *Idem.* p.74

Quanto às relações entre processo e Constituição, passa-se a se falar em direito processual constitucional. Essa nomenclatura, em largas linhas, refere-se à “*condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo*”.²²

Ponto importante que deve ser abordado quando se estuda a estreita ligação entre Constituição e processo, concerne ao fato de que o Estado Constitucional aportou para o direito o modo de pensar por princípios, com inegável incremento teórico advindo da teoria das normas, além de propiciar forte contribuição à compreensão e à aplicação do direito processual civil com vistas aos direitos fundamentais.²³

A observância do devido processo legal dá lugar ao devido processo constitucional, e conforme leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*a decisão judicial pode revestir características praeter legem e eventualmente até contra legem. Nunca, porém, contrárias ao Direito*”.²⁴

O juiz do Estado Constitucional não está mais atado a uma pauta de legalidade para decidir, como ocorria no Estado Liberal, mas sim a uma pauta de justiça. Eventuais decisões injustas prescritas pelo legislador infraconstitucional não possuem mais o condão de vincular o magistrado, pois a ideia de conformismo que existia no Estado Legislativo dá lugar a uma incessante interpretação do direito levado a juízo na perspectiva dos direitos fundamentais.²⁵

2.1 A TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL: O PROCESSO CIVIL ENTRE DUAS ÉPOCAS

À época do Estado Liberal, a lei era criada por um parlamento formado tão-somente por representantes da burguesia, que reverenciavam a ideia de que a sociedade era composta por indivíduos iguais que possuíam as mesmas necessidades.

Essa ideia reducionista de que leis genéricas e abstratas seriam idôneas a satisfazer o interesse de uma sociedade supostamente homogênea, logicamente foi perdendo as forças diante das notórias demonstrações de que as pessoas não eram iguais, e conseqüentemente,

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 79.

²³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 46-47.

²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *apud*, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, *op. cit.* p. 44.

²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, *op. cit.* p. 43-44.

não possuíam as mesmas necessidades e aspirações. O Estado não poderia mais ignorar as desigualdades sociais privilegiando uma isonomia utópica.²⁶

Possivelmente a pretensão do Estado Legislativo de tratar todos de forma igual existisse em face da ausência de confrontos ideológicos no parlamento. As casas legislativas eram ideologicamente uniformes, pois eram constituídas apenas por membros da burguesia, e como a criação do direito da época advinha das mãos do legislador, era necessária a atuação de outras classes sociais para que houvesse uma mudança no pensamento liberal.²⁷

O Estado, que até então parecia estático em relação ao perfil do parlamento, passa a se preocupar com questões sociais até então adormecidas, e junto a isso, explodem grupos obstinados a protegerem setores determinados e pressionarem o legislativo com o intuito de modificar determinadas leis. Esses grupos de pressão subdividiam-se, por exemplo, em sindicatos de trabalhadores e associações de empresários e profissionais liberais.²⁸

O liberalismo então passa a ser progressivamente substituído pelas várias concepções sociais do intervencionismo estatal, momento em que se verifica um aumento dos poderes do juiz no processo, tanto na instrução da causa, como na investigação dos fatos e interpretação dos textos normativos. Essa gradativa migração de poderes (do legislador para o juiz) obviamente alterou o conceito clássico do princípio da legalidade encampado pelo Estado Legislativo, pois obviamente o texto da lei não é perfeito e não deve ser simplesmente proclamado pelo juiz de forma cogente e sem qualquer tipo de interpretação.²⁹

Portanto, se tornou necessário encontrar os instrumentos capazes de permitir a limitação da lei e sua conformação com os princípios de justiça. Surge então a necessidade de verticalização desses princípios, que foram então insertos nas Constituições. Essas Constituições passam a ter um papel no topo da hierarquia, pois as leis que até então ocupavam o posto de supremacia, agora subordinam-se à Constituição.³⁰

A lei que anteriormente era tida como suprema, agora é freada pela Constituição, que exige absoluta conformidade com os direitos fundamentais. O papel dos juízes que até então resumia-se a declarar a vontade que o legislador expressou em forma de texto, agora, é visto sob outra perspectiva, que se consubstancia na necessidade de interpretar as leis à luz dos princípios fundamentais.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, op. cit. p. 40.

²⁷ *Idem.* p.41.

²⁸ *Idem, ibidem.*

²⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil.* Lisboa: LEX, 2000. p. 25.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, op. cit. p. 44.

A soberania da Constituição surge como um novo centro de emanção de força concreta para assegurar a unidade de política estatal. A sociedade pluralista, marcada por uma diversidade de grupos sociais com interesses ideológicos antagônicos, não poderá ser norteadada pelo grupo de coalizão mais potente, haja vista que todos os setores sociais estarão adstritos aos preceitos da Constituição. Nessa mesma quadra é que se pode afirmar que “*Las sociedades pluralistas actuales, esto es, las sociedades en su conjunto de um certo grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente um proyecto predeterminado de vida em común*”.³¹

Diante dessa soberania da Constituição é que surge o Estado Constitucional investido de regular e pacificar os conflitos de diversos grupos que o formam e integrar a formação da unidade política. Além disso, o Estado Constitucional deverá nortear moralmente o ordenamento jurídico e conceder força vinculante aos direitos e princípios fundamentais. A ideia de flexibilidade que anteriormente se adotava, dá lugar à inegável postura rígida, no caso, o que estiver previsto na Constituição não poderá ser alterado pela legislação ordinária.

A par disso, passa-se a se falar em dirigismo constitucional, cujo significado encontra raízes na questão de que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas. Em outras palavras, a Constituição é que organiza e dirige os poderes do Estado, constituindo os órgãos que irão exercer as diversas tarefas estatais, bem como os procedimentos a serem seguidos e as competências correspondentes.³²

O juiz no Estado Constitucional passa a exercer também a função de intérprete diante dos textos criados pelo legislador, nessa toada, não se pode afirmar que a tarefa do juiz passa a ser criativa, mas sim uma verdadeira atividade de reconstrução e interpretação a partir de elementos já insertos no sistema jurídico.³³

Essa transformação da ciência jurídica que concede ao jurista uma tarefa de interpretação, e não apenas de mera revelação, lhe outorga maior dignidade e responsabilidade, pois o Estado esperará uma prestação que conceda efetividade aos planos da Constituição.³⁴

³¹ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil, op. cit.* p. 12-13.

³² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2009. p. 40-41.

³³ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, op. cit.* p. 46.

2.2 A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA A PARTIR DA OUTORGA DE SENTIDO AOS ELEMENTOS TEXTUAIS

Até os dias hodiernos alguns operadores do direito criam uma miscelânea conceitual acerca da diferenciação – para alguns, equivocadamente, semelhança – entre texto e norma. É importante deixar claro que normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Ou em outras palavras, normas são os resultados obtidos através da outorga de sentido aos textos normativos, pois o texto é baseado em linguagem e a norma é o resultado da interpretação.³⁵

Esse modo de pensar (equiparação entre texto e norma) é errôneo, porquanto a atividade do intérprete – julgador ou cientista – não é a de atribuir o significado único e correto aos termos legais, mas sim construir exemplos de sentido, pois a linguagem nunca é algo pré-determinado, pelo contrário, para que se possa atribuir um sentido satisfatório a um texto normativo, será necessário que essa concretização seja buscada através da interpretação reiterada, que resultará em várias versões de significado da linguagem.³⁶

Contudo, não há que se olvidar que, embora os sentidos sejam construídos pelo intérprete no processo de interpretação, a afirmação de que o texto não possui significado antes do trabalho do intérprete não é correta. Isso porque, existem traços de significado mínimos incorporados ao uso da linguagem. Nessa toada, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói sentidos, mas também reconstrói, partindo da premissa de que existem significados inerentes ao texto normativo, que obviamente, após a devida lapidação, poderá adaptar-se com perfeição ao concreto.³⁷

Outro ponto extremamente frágil do Estado Liberal, reside na técnica utilizada pelo legislador na redação das leis. Como a intenção do parlamento era exatamente a de obstar qualquer tipo de interpretação por parte do judiciário, a elaboração das leis se perfectibilizava através da técnica casuística, em que o legislador redigia suas proposições antevendo exatamente os casos que seriam regulamentados, relacionando condutas e consequências legais mediante particularizações casuísticas muito estritas.³⁸

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30

³⁶ Idem. p. 32.

³⁷ Idem, *ibidem*.

³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 14.

Para um modelo de Estado que não detenha toda a produção do direito no Poder Legislativo, concebendo ao intérprete a possibilidade de outorgar sentido ao texto normativo, seria mais adequada a utilização de uma técnica híbrida, ou seja, casuística e ao mesmo tempo aberta. Casuística porque o legislador estará prevendo os casos pontuais que irá disciplinar, e aberta pois irá empregar alguns termos indeterminados, sem a necessária previsão de consequências jurídicas na própria proposição.³⁹

Dessa forma, almejando uma estruturação processual justa e adequada, o modelo de Estado que parece-nos mais coerente - no que se refere à criação do direito através da técnica interpretativa - é o modelo do Estado Constitucional, em que o dever do legislador basicamente é o de criar as leis. Por seu turno, caberá ao juiz julgá-las conforme suas convicções, procedendo nas devidas interpretações dos textos normativos, sem a adstrição absoluta à letra do parlamento.

3. O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO E A SISTEMATIZAÇÃO DOS DEVERES PROCESSUAIS

Cada vez mais a doutrina defende que o processo cooperativo é o modelo processual do Estado Constitucional. Gradualmente, a conceituação acerca desse modelo vem sendo lapidada sobre o alicerce da estrita observância e promoção dos direitos fundamentais.

O modelo cooperativo mantém a moderna diferenciação entre Estado, sociedade e indivíduo, mas organiza de forma sistemática as relações entre esses três elementos. Diferentemente do que ocorria no Estado Liberal, em que do Judiciário se esperava apenas abstenções para a concretização dos direitos, no Estado Constitucional não espera-se apenas abstenções, quando devidas, mas também prestações que viabilizem o alcance de um processo justo.⁴⁰

Na época em que os ideais liberais dominavam o Estado foi que ocorreu o apogeu da liberdade individual em detrimento de uma redução praticamente absoluta dos poderes do juiz. Conforme analisa Couture, o processo era inteiramente privado, e as partes utilizavam o

³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente...*, *op.cit.* p. 14-15.

⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, *op. cit.* p. 79-80.

Estado como mero instrumento de declaração do direito e, quando necessário, como fonte coatora para se fazer cumprir o direito declarado.⁴¹

Essa posição passiva do judiciário, corroborada com o completo domínio das partes em relação aos atos processuais, tornava o “poder de julgar” um fenômeno totalmente declaratório, que na visão de Montesquieu traduzia-se em um “poder nulo”.⁴²

Na estreita relação entre o processo civil e a Constituição, o princípio da cooperação emerge de forma progressiva como uma verdadeira chave mestra do processo moderno, que aponta para uma comunidade de trabalho entre as partes e o judiciário colimando a realização da função processual. Ademais, essa nova concepção do Processo civil – deveras afastada da ideia liberal do Estado Legislativo – exige que uma decisão judicial tenha sido previamente debatida entre todos os participantes da tríade processual.⁴³

Na mesma toada, a condução processual deixa de ser determinada pelas partes, como acontecia no modelo de Estado do século XIX, e ganha contornos de cooperação e colaboração, afastando-se por completo qualquer tipo de protagonismo e construindo sua estrutura a partir do modelo constitucional de processo.⁴⁴

Obviamente que quando se fala em cooperação não está se falando na cooperação direta entre as partes, até porque, os interesses por elas defendidos são colidentes e antagônicos. O que se espera das partes, é um debate leal calcado inteiramente na boa-fé processual, em que se colocam na mesa todas as cartas possíveis, para que o juiz possa decidir da forma mais acertada e justa possível.

Esse debate leal travado entre as partes amplia o quadro de análises, e obrigatoriamente vincula o juiz a um leque de argumentos diversos, favorecendo a formação de uma decisão mais aberta e com maiores subsídios. No processo cooperativo não é possível a existência de opiniões pré-concebidas e muito menos a prolação de decisões surpreendentes, porquanto o juiz deve se ater às razões trazidas pelas partes de modo que possa aferir e extrair toda a essência do diálogo travado.⁴⁵

⁴¹ COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, s.d. p. 309.

⁴² MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 158.

⁴³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p.168.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 198, agosto/2011. p. 219.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, *op. cit.* p. 152.

Exsurgem, portanto, deveres de conduta tanto para as partes, quanto para o órgão jurisdicional, que assume uma posição dicotômica na condução e no diálogo processual⁴⁶, mostrando-se “*paritário na condução do processo e assimétrico no momento da decisão*”.⁴⁷

O juiz, no modelo cooperativo não ignora ou minimiza o papel das partes ao longo do processo, mas sim, coloca-se em uma posição paritária com diálogo e equilíbrio.⁴⁸ Não obstante, no momento em que o juiz efetivamente for julgar a causa, obviamente que essa assimetria não se manterá incólume, pois as partes não decidem com o juiz, sendo essa uma função exclusiva do órgão jurisdicional.

Esses deveres de cooperação encontram-se positivados em diversas legislações ao redor do mundo, como por exemplo no código de processo civil português, que dedica dois artigos para o tema, *in verbis*:

ARTIGO 266.º

Princípio da cooperação

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

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

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º

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

ARTIGO 519.º

Dever de cooperação para a descoberta da verdade

1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

2 - Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...*, op. cit. p. 220.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel, *apud* DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...*, op. cit. p. 220

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...*, op. cit. p. 220.

Analisando especificamente o código de processo civil português, é possível se dizer que a omissão do dever de cooperação para a descoberta da verdade pode assumir duas perspectivas distintas, que se traduziriam na recusa simples, ou na omissão de colaboração disfarçada de colaboração.⁴⁹

Carlos Ferreira da Silva aborda esta diferenciação da seguinte forma:

- a) Recusa simples – não comparência para prestar depoimento ou para ser objeto de prova pericial ou inspeção judicial, recusa de responder a perguntas, recusa de prestar juramento, recusa de entregar documentos ou coisas...
- b) Omissão de colaboração disfarçada de colaboração – presta-se depoimento mas mente-se, não se fornecem os elementos alegando-se que não possuem, escrevem-se as palavras que o perito indica mas com uma letra que não é habitual.⁵⁰

As premissas da conduta cooperativa no direito comparado – Portugal e Brasil -, no que concerne às partes do processo, são muito similares, e fincam raízes no dever de litigância de boa-fé, ou seja, viola o princípio da cooperação a parte que deduzir pretensão ou oposição sem qualquer fundamento. Além do mais, todas as pessoas, sejam ou não partes processuais, têm o dever de prestar sua colaboração para a descoberta da verdade, independente se está ou não onerada com a prova do fato controvertido.⁵¹

Acerca dos deveres de cooperação das partes, Fredie Didier Jr. assevera que estes podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e proteção, e que inclusive, essa divisão está inserta no atual Código de Processo Civil brasileiro:

- (a) Dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único, do CPC); (b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17, do CPC), além de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, do CPC); (c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879 a 881, do CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, do CPC).⁵²

O juiz do processo deve ser isonômico, participando do processo por meio de diálogo aberto (paritário), colhendo a impressão das partes em relação aos eventuais rumos a serem

⁴⁹ SILVA, Carlos Ferreira da. *La prueba, homenaje al maestro Hernando Devis Echandia*. Bogotá: Universidad Libre de Colômbia, 2002. p. 296-297.

⁵⁰ *Idem, ibidem*.

⁵¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. op. cit. p. 57.

⁵² DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...*, op. cit. p. 221.

tomados no processo e esclarecendo quaisquer dúvidas que tenha sobre as alegações ou pedidos deduzidos em juízo. O valor participação aqui referido, constitui a base constitucional para a colaboração no processo calcada na perspectiva dos direitos fundamentais.⁵³

A figura do juiz-árbitro mostra-se vetusta e obsoleta, pois no modelo cooperativo, conforme já referido, o juiz deverá, juntamente das partes, formar uma tríade processual de diálogo aberto, colimando a busca da verdade com a devida observância aos direitos fundamentais.

3.1 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO POSITIVADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Já é consolidado o fato de que o dever primordial do Estado Constitucional é dar tutela aos direitos, com a devida observância à Constituição e aos direitos fundamentais. De igual forma, já é pacífico que o processo cooperativo finca raízes no modelo do Estado Constitucional, em que todas as pessoas que participam do processo, ainda que não sejam partes, possuem o dever de colaborar para uma prestação jurisdicional adequada e justa.

Já se solidificou também o entendimento de que o modelo cooperativo advém de uma transformação cultural, e que os diversos modelos de Processo Civil eventualmente aplicáveis a cada ordenamento jurídico, irão variar conforme o tipo de sociedade, o sistema político vigente e a época em que se vive.

De curial destacar, nessa quadra de direito comparado, que no Brasil o tema da colaboração foi inicialmente introduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que ao pensar em um processo a partir da distribuição coerente dos trabalhos, deixou claro que o formalismo tão mencionado em sua obra, não se traduzia em uma valorização da forma em sentido estrito, mas sim, um conceito que abarcaria a totalidade das posições jurídicas processuais e uma consequente ordenação de tarefas.⁵⁴

No Estado Constitucional a vontade do juiz não se mostra soberana, na medida em que está adstrita à atividade das partes no processo, que mediante seus atos de estímulo, resistência ou concordância condicionam o trabalho a ser exercido pelo magistrado. Por tais razões que o juiz e as partes nunca estão a sós no processo, principalmente considerando-se

⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, *op. cit.* p. 80-85.

⁵⁴ *Idem.* p. 52.

que o processo cooperativo se reveste de caráter dialético, em que a conversação e o intercâmbio de ações implicam diretamente nas funções que cada ponta da tríade irá exercer.⁵⁵

Diante desse panorama, evidentemente que o atual Código de processo civil brasileiro possui marcantes contornos cooperativos, na medida em que, sistematicamente, todas as pessoas envolvidas em juízo oferecerão sua devida contribuição, formando um verdadeiro *actum trium personarum*.⁵⁶ Ademais, com as devidas contribuições das partes, o juiz proferirá um discurso dicotômico, que atingirá de um lado as partes e suas particularidades e de outro a sociedade civil.

O efeito da decisão para as partes, tutelar o direito material posto em juízo e formará a coisa julgada, enquanto que o efeito da decisão para a comunidade/sociedade, será fundamental para a criação do precedente.

No processo cooperativo há um prestígio muito grande em relação ao aproveitamento dos atos processuais, pois o dever de diálogo encontra-se verticalizado se comparado a meras questões de formalidade.

O órgão jurisdicional possui o dever de prevenir/corriger (em consonância com os artigos 318 e 1.020 do novo CPC⁵⁷) as partes sobre eventuais deficiências/insuficiências formais das suas postulações. Quando há iminência de que o êxito de um dos litigantes possa ser obstado pelo uso inadequado do processo, o juiz deverá intimar as partes para que aperfeiçoem seus atos e explicitem seus pedidos da forma mais clara e coesa possível, sempre com a devida promoção ao contraditório. Nada obstante, essa correção de atos falhos por partes do juiz, não pode, sob nenhuma hipótese, atingir a esfera da parcialidade.⁵⁸

O novo Código de Processo Civil, que atualmente encontra-se em período de *vacatio legis*, prestigia expressamente os deveres de colaboração e o modelo cooperativo de processo.

⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil...*, op. cit. p. 132.

⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, op. cit. p. 122-123.

⁵⁷ A exemplo da prevenção: Art. 318, NCPC: Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o órgão jurisdicional deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. E no mesmo sentido, o artigo 1.020 do NCPC se coaduna: No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

[...]

§ 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias.

⁵⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65-65.

Os artigos 5º e 6º do novo Código, por exemplo, falam de forma clara sobre a importância da cooperação das partes com o juiz, do dever de boa-fé, e da necessidade de fornecimento de subsídios para que se chegue a uma decisão justa:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Na mesma quadra, os artigos 9º e 10 do novo Código de Processo Civil vedam expressamente a prolação de “decisões surpresa”:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

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.

O dever de diálogo, inerente ao modelo cooperativo de processo, portanto, ganha força de lei no novo Código e se consubstancia com um contraditório forte. Essa nova perspectiva de se encarar o contraditório “*como dever de influência e dever colaborativo*”, é muito bem explorada por Antonio do Passo Cabral. O autor aborda de maneira muito didática o tema, e afirma que as decisões judiciais somente devem ser proferidas após um amplo diálogo entre as partes sobre as questões controvertidas, impedindo-se assim, a prolação das chamadas “decisões surpresa”.⁵⁹

Com fulcro nos artigos acima, é possível perceber que ao juiz é vedado basear determinada decisão em fundamento a respeito do qual não tenha oportunizado às partes o direito de manifestação, e esse dispositivo protege sobremaneira o princípio constitucional do contraditório.

⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 112-118.

Essa nova concepção de contraditório, conduz à ideia de que “o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo; é um diálogo, uma conversação; uma troca de propostas e de respostas”⁶⁰. Os artigos 09º e 10 do novo Código de Processo Civil resguardam o direito ao contraditório e determinam de forma expressa que o material recolhido ao longo do processo deve, obrigatoriamente, ser fruto de debate entre o juiz e as partes.⁶¹

O princípio do contraditório é um dos pilares do Estado Constitucional, e, de certo modo, transcende o próprio processo, constituindo-se em regra de pensamento e de conduta.⁶² Na mesma vereda, não se pode perder de vista que a nova concepção acerca do contraditório afastou a ideia reducionista de mero direito de defesa, no sentido negativo de oposição e resistência, dando lugar a uma ideia de influência, no sentido positivo de atuação direta das partes no desenvolvimento do processo.⁶³

Não obstante a evidente importância da observância do princípio do contraditório no processo, não se pode menosprezar o fato de que uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo consome maior tempo na resolução das questões processuais ou materiais. Por esse motivo é que o juiz deve estar sempre atento para eventuais abusos cometidos com a má utilização dos princípios da cooperação e do contraditório enquanto influência, fazendo valer as devidas medidas coercitivas e sancionatórias previstas no novo Código de Processo Civil.⁶⁴

Desta forma, no modelo atual de processo, totalmente cooperativo e colaborativo, a regulação do procedimento não pode deixar de considerar, com a devida cautela, o contraditório como espinha dorsal do fenômeno processual. A participação dos interessados no processo deverá ocorrer da forma mais paritária possível, possibilitando a equitativa distribuição dos poderes, ônus e faculdades, retirando do juiz uma vontade totalmente soberana, na medida em que sua decisão estará umbilicalmente condicionada ao comportamento e manifestação das partes.⁶⁵

⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil...*, op. cit. p. 132.

⁶¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...*, op. cit. p. 150.

⁶² TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 45

⁶³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. op. cit. p.108-109.

⁶⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC*. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.45-46.

⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil...*, op. cit. p. 131-132.

3.2. A BOA-FÉ OBJETIVA E A VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Durante o liberalismo que vigorou por todo o século XIX, o culto à igualdade e à liberdade individual emergia como principal característica do Estado Liberal, situação que se mostrava absolutamente diversa dos auspícios do *ancien régime*.

Embora a burguesia tenha prometido ao povo atos de governo de certa forma distorcidos, é inegável que esta proteção do Estado às liberdades individuais dos cidadãos era muito mais benéfica que os padrões de governo do regime absolutista anteriormente deposto.

Diante deste panorama, o modelo de Estado corporificado na figura dos ideais liberais abarcam alguns institutos e regras do antigo direito romano e da experiência posterior, proibindo de forma específica alguns poucos comportamentos contraditórios. Não obstante, a consagração da liberdade individual como valor fundante do sistema jurídico permitia, a princípio, a prática de comportamentos contraditórios, inclusive o *venire contra factum proprium* – o ir contra os próprios atos.⁶⁶

Com a evolução para o Estado Constitucional, surge uma nova concepção de Processo Civil, muito distanciada da velha ideia liberal em que o processo era uma luta travada e conduzida pelas partes, em que o juiz exercia um papel de mero árbitro, tendo como função apenas a declaração de um direito previamente descrito pelo legislador.⁶⁷ No período do liberalismo as partes podiam, via de regra, agir sem observância ao princípio da boa-fé, adotando condutas contraditórias e desleais, pois o processo era algo privado e que deveria ser impulsionado e guiado conforme a vontade das partes.

Não é demais salientar que com o advento do Estado Constitucional, o Processo Civil sofre mutações conceituais, ficando evidente que, embora seja utilizado para a satisfação de interesses privados, os mecanismos empregados para que se possa legitimar tais direitos desempenham uma função pública, prestigiando a manutenção e a solidificação da ordem jurídica pelo Estado. Esta ótica publicista revela a função social do processo, de forma

⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 42

⁶⁷ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil...*, *op cit.* p. 168

antagônica ao que previa o liberalismo processual, que lhe empregava uma função individualista e com regras de disponibilidade.⁶⁸

Diante desta alteração de paradigma, é necessário frisar que, embora a boa-fé objetiva esteja, *a priori*, vinculada ao direito obrigacional e contratual, sua aplicação também deve ser feita no campo do direito público, incluindo-se as relações jurídicas processuais, surgindo então como um verdadeiro princípio da boa-fé processual.

A superação da concepção subjetivista de relação processual possui como um dos fatores principais a emergência da boa-fé objetiva, situação que indiscutivelmente proíbe a prática de condutas desleais e prestigia a boa-fé processual⁶⁹ voltada para a proteção objetiva da confiança.⁷⁰

A boa-fé processual, portanto, vista como obrigação, dever ou ônus, é indiscutivelmente um valor que paira acima de qualquer instituição jurídica, pois o dever de dizer a verdade existe por ser um dever de conduta humana. Na mesma linha de pensar, é possível dizer que o processo tem em si uma boa dose de verdade por ser um instrumento de realização da justiça, que está colocado à disposição das partes para que elas possam buscar a tutela jurisdicional adequada e efetiva, e nenhum instrumento de justiça pode ser alicerçado em mentiras.⁷¹ Desta forma, considerando-se que os destinatários da norma são todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé não é algo que diz respeito apenas às partes.⁷²

⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 126. p. 68.

⁶⁹ *Idem*. p. 78.

⁷⁰ A boa-fé vem geralmente definida como dever geral de lealdade e confiança recíprocas entre as partes. E de fato a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva. A ponto de já ser a boa-fé definida como uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa. Além disto, não são poucos os autores a reconhecer que a noção de confiança transcende o próprio âmbito da boa-fé, refletindo-se sobre todo o direito civil, e sobre o direito de uma forma geral (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 91-92)

⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 126

⁷² Trata-se de uma *cláusula geral processual*. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do art. 14 do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral. Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o *manifesto propósito protelatório*, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. (DIDIER JR., Fredie. Editorial 45. Disponibilizado em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>> Acesso em 22 de abril de 2015.

Neste sentido, considerando-se inclusive os valores que alicerçam o novo Código de Processo Civil, é dever das partes a exposição dos fatos em juízo conforme a verdade, agir sempre com lealdade e boa-fé, não formular pretensões destituídas de fundamento e nem praticar atos desnecessários à declaração/defesa de determinado direito. Estas são as razões pelas quais a boa-fé processual é erigida à categoria de sobreprincípio processual, que se sobrepõe aos demais por possuir um interesse público notório, além de condicionar, sempre que possível, os demais princípios, colocando a verdade como o alicerce da justiça, e esta, por seu turno, como alicerce do Direito.⁷³

A boa-fé processual pode ser enquadrada como sobreprincípio tomando por base a conceituação de Humberto Ávila acerca de princípios, quando afirma que os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade, que estabelecem um fim a ser atingido.⁷⁴

Vinculando-se expressamente ao princípio da boa-fé processual, a vedação de conduta contraditória emerge com um verdadeiro mecanismo de controle aos atos contrários aos valores do Processo Cooperativo.

Embora a análise histórica demonstre que ao longo dos tempos os juristas sempre tentaram colocar a proibição de comportamento contraditório como um princípio nos diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, verifica-se que embora existam alusões a um “princípio implícito”, a uma “teoria geral” ou a uma “doutrina de repressão” à incoerência, a verdade é que este princípio nunca chegou a ser enunciado expressamente em formato de lei, sem que outras leis de igual hierarquia desconstruíssem a ideia. Não obstante, esta ausência de positivação plena não é razão para se abandonar em absoluto o *nemo potest venire contra factum proprium*.⁷⁵

E a questão da proibição de conduta contraditória no direito, e também no processo, está umbilicalmente atrelada à tutela da confiança e às expectativas despertadas em decorrência das condutas coerentes.

⁷³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela...*, op. cit. p. 126.

⁷⁴ E no mesmo sentido, o autor esclarece que “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, op.cit. p. 78-79).

⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium...*, op.cit. p. 66-67

Ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança emerge, diante de uma perspectiva axiológico-normativa, não apenas como parte integrante do princípio da boa-fé objetiva/processual, mas também como instrumento de comunicação da solidariedade social e de reação ao liberalismo que até hoje traz à tona suas heranças adstritas ao direito privado como um todo.⁷⁶

Os efeitos da vedação ao *venire contra factum proprium* podem ser observados, por exemplo, à luz dos artigos 250 e 251 do Código Civil⁷⁷, haja vista que a proibição de comportamento contraditório impõe uma obrigação de não fazer, específica, que veda a prática de condutas incoerentes em relação à atuação anterior do sujeito, que tenham por resultado a frustração das expectativas legitimamente criadas por ele no âmbito das relações entre as partes do processo.⁷⁸

O princípio da solidariedade social, insculpido no artigo 3º da Constituição Federal⁷⁹ demonstra que o *nemo potest venire contra factum proprium*, concebido como uma vedação ao comportamento contraditório dirigido à tutela da confiança nada mais é do que um instrumento de realização deste valor constitucional, havendo, portanto, direta vinculação entre o princípio da solidariedade social e a proibição ao comportamento contraditório.⁸⁰

Em síntese, diante da falta de norma específica que regule o *nemo potest venire contra factum proprium*, sua inclusão como cláusula geral de boa-fé objetiva demonstra sua perfeita aplicação às relações privadas, no entanto, considerando o seu fundamento constitucional, conforme visto anteriormente, não há motivos para limitar a utilização do instituto, sendo possível, portanto, sua transcendência para além das relações privadas.

⁷⁶ *Idem*, p. 95.

⁷⁷ Art. 250. *Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.*

Art. 251. *Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.*

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium...*, op.cit. p. 169. E na mesma linha de raciocínio Judith Martins-Costa leciona que é muito importante a distinção entre o ato ilícito e o fato danoso, de modo que o dever de indenizar apenas surge com o advento do segundo, não sendo, portanto, a única consequência que se extrai da ilicitude. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa - fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 126)

⁷⁹ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium...*, op.cit. p. 108-109.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o presente estudo acerca da evolução política do Estado e dos seus influxos diretos no Processo Civil, é possível tecer algumas considerações finais a título conclusivo.

Embora seja possível aferir, mediante análise superficial, que o Estado Liberal tenha diversos pontos frágeis no seu esqueleto, é remansosa a ideia de que certas heranças de tal modelo político vigem até os dias atuais. O princípio da legalidade, enquanto instrumento para conter os abusos do regime absolutista, foi fundamental para proteção dos direitos individuais, contudo, a ideia de soberania da lei era equivocada.

Com o advento do Estado Constitucional, o princípio da legalidade foi devidamente lapidado, e a ideia de lei soberana foi descartada. Agora, a vontade absoluta do parlamento não mais prospera, visto que as leis devem servir à Constituição e prestigiar os direitos fundamentais, sob pena de serem ineficazes diante de eventual antagonismo com princípios constitucionais.

A ideia de igualdade que se tinha entre texto e norma na vigência do Estado Legislativo, deu lugar a uma diferenciação semântica entre os referidos institutos, pois o juiz do Estado Constitucional exsurge como intérprete e criador do direito. Seu trabalho de simplesmente declarar a vontade do legislador - atividade que se enquadra na ciência cognoscitiva - sofre uma mutação, pois o texto, enquanto letra fria da lei, poderá ser interpretado de várias maneiras, e tudo dependerá da forma como o juiz lhe outorgará sentido.

O Processo Civil enquanto fenômeno cultural, diante das transformações políticas e sociais ocorridas desde o século XIX, não poderia deixar de evoluir e consubstanciar-se com as ideias axiológicas que ascenderam juntamente com o Estado Constitucional.

A propositura de um modelo processual que se adeque ao sistema político atual surge como uma necessidade, e o presente estudo defendeu que o modelo ideal para um Estado Constitucional é o cooperativo. Para tanto, expôs-se que o princípio da cooperação está calcado na colaboração mútua entre os envolvidos no processo (sendo ou não partes), e também nos deveres de diálogo, prevenção e auxílio. O modelo cooperativo defende que o processo é uma concatenação de atos que devem observar devidas formalidades, não obstante, coloca em primeiro plano a busca por uma efetiva decisão justa.

O processo deve ser um instrumento através do qual a justiça possa se materializar, e o modelo cooperativo veda que eventuais irregularidades procedimentais sanáveis possam dar azo a perda do direito, como por exemplo, a falta de assinatura de um recurso conduzir o órgão jurisdicional ao seu não conhecimento. O aproveitamento dos atos processuais é extremamente prestigiado no modelo que aqui se defendeu, pois obviamente questões de caráter meramente formal não podem se sobrepôr à busca pelo processo justo.

O novo Código de Processo Civil corporificou expressamente o princípio da cooperação e os deveres de colaboração, que devem ser observados por todos os participantes do processo, que devem agir de acordo com a boa-fé e evitar comportamentos contraditórios.

Embora esse trabalho não tenha a pretensão de esgotar as discussões sobre o tema, parece-nos que o modelo processual aqui proposto encontra-se em absoluta consonância com o Estado Constitucional e com a defesa dos direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal. De forma conclusiva, é necessário deixar claro que não basta a mera positivação dessas ideias no novo CPC, o mais importante é que o Estado e a sociedade possam conscientizar-se acerca da finalidade dos institutos que foram aqui trabalhados, otimizando de forma gradual sua aplicação e utilizando-os na busca pela efetiva tutela dos direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Copyright: Martin Claret, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 126. p. 68.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, s.d.

DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 198, agosto/2011.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PALACIOS, Juan José Monroy. *La Tutela Procesal de Los Derechos*. 2. ed. Lima: Palestra, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC*. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Carlos Ferreira da. *La prueba, homenaje al maestro Hernando Devis Echandia*. Bogotá: Universidad Libre de Colômbia, 2002.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: LEX, 2000.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2011.