

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA CAROLINA DAROS NETO

**O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E
SEUS REFLEXOS PARA A TUTELA JURISDICIONAL: UM ESTUDO SOBRE SUA
APLICABILIDADE NA ATIVIDADE DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO.**

**CRICIÚMA
2017**

ANA CAROLINA DAROS NETO

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS PARA A TUTELA JURISDICIONAL: UM ESTUDO SOBRE SUA APLICABILIDADE NA ATIVIDADE DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO.

Monografia apresentada para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Maurício da Cunha Savino Filó.

**CRICIÚMA
2017**

ANA CAROLINA DAROS NETO

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS PARA A TUTELA JURISDICIONAL: UM ESTUDO SOBRE SUA APLICABILIDADE NA ATIVIDADE DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO.

Trabalho Monográfico aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Processual Civil.

Criciúma/SC, 29 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Maurício da Cunha Savino Filó - Mestre - (UNESC) - Orientador

Prof. Alisson Tomaz Comin - Especialista - (UNESC)

Prof. Maicon Henrique Aléssio – Especialista - (UNESC)

Dedico este trabalho aos meus pais, minha irmã e à minha avó, os quais me deram força e todo o apoio necessário para a conclusão dessa etapa tão importante.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela vida, pela saúde, pela força e por todas as oportunidades concedidas.

Aos meus pais, minha irmã, meus avós, meus amigos e minhas colegas de trabalho, pela compreensão, apoio, paciência e carinho em todos os momentos.

Ao Professor Maurício, pela dedicação, apoio, ensinamentos, paciência e amizade construída na elaboração deste trabalho.

Enfim, a todos que de alguma forma contribuíram para essa conquista.

“Toda grande caminhada começa com um simples passo”.

Buda

RESUMO

Este trabalho acadêmico realizou um paralelo entre os modelos processuais estruturantes existentes no Código de Processo Civil de 1973, adversarial e inquisitorial, e o modelo processual estruturante contemplado no Código de Processo Civil de 2015, o modelo de cooperação. Verificou-se a possibilidade de mudança de postura, em razão do novo paradigma, da Advocacia-Geral da União e de seus membros cooperarem para a obtenção de uma decisão justa em tempo razoável. O método de pesquisa utilizado no trabalho monográfico foi o dedutivo, com pesquisa teórica e qualitativa com auxílio de material bibliográfico e documental-legal. Neste trabalho foram explicadas as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law* que influenciaram os modelos processuais estruturantes até a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o modelo inquisitorial e o modelo adversarial, bem como o modelo adotado com a entrada do Código em vigor, o modelo de cooperação. Também se explicaram os motivos que acarretaram a necessidade de elaboração de um Novo Código e os deveres decorrentes do princípio da cooperação. Alguns autores mencionam que a cooperação entre as partes transfere a essas o ônus de alcançarem algo já previsto constitucionalmente, que é a obtenção de uma decisão justa e efetiva em tempo razoável, além de privá-las de litigar. Outros dizem que o princípio da cooperação não visa uma amizade entre as partes, mas sim uma postura de boa-fé e ética, sendo essenciais para a concretização do que propõe o atual Código de Processo Civil, que é a prestação da tutela jurisdicional de forma justa, com menor custo, e proferida tempo razoável. Constatou-se que os membros da Advocacia-Geral da União adotam uma postura de forte resistência, motivada por fatores que sustentam o paradigma tradicional. Entretanto, por se vincularem às orientações do Advogado-Geral da União, concluiu-se que o princípio da cooperação pode se concretizar por via da Súmula da AGU.

Palavras-chaves: Paradigmas. Princípio da cooperação. Código de Processo Civil de 2015. Advocacia-Geral da União. Súmula da AGU.

ABSTRACT

Keywords: This academic paper performed a parallel between the structural procedural models existing in the Civil Procedure Code of 1973, adversary and inquisitorial, and the processual structural model existing in the Civil Procedure Code of 2015, the cooperation model. It was verified the possibility of change of posture, due to the new paradigm, of the Brazilian General Union Law and of its members to cooperate to obtain of a fair decision in a reasonable time. The research method used in the monographic paper was the deductive, with theoretical and qualitative research with the aid of bibliographical and documentary-legal material. In this paper, were explained the legal traditions of civil law and common law that influenced the structural procedural models until the Civil Procedure Code of 2015, the inquisitorial model and the adversary model, as well as the model adopted with the entry of the Code into force, the cooperation model. It were also explained the reasons for the need to draw up a new Code and the obligations arising from the principle of cooperation. Some authors mention that the cooperation between the parties transfers to them the burden of achieving something already constitutional, which is to obtain a fair and effective decision in a reasonable time, besides depriving them of litigation. Others say that the principle of cooperation does not aim a friendship between the parties, but rather a good faith and ethical stance, being essential to the realization of what the current Civil Procedure Code proposes, which is the provision of judicial protection in a fair, cost-effective and reasonable time. It was found that the members of the Brazilian General Union Law (AGU) adopt a stance of strong resistance, motivated by factors that support the traditional paradigm. However, since they are linked to the guidance of the Brazilian General Union Law (AGU), it has been concluded that the principle of cooperation can be fulfilled by means of the AGU Summary.

Key Words: Paradigms. Principle of cooperation. Civil Procedure Code of 2015. Brazilian General Union Law (AGU). AGU Summary.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
NCPC	Novo Código de Processo Civil
nº	Número
p.	Página
PEC	Projeto de emenda constitucional
PFN	Procurador da Fazenda Nacional
PLP	Projeto de Lei Complementar
PGBC	Procuradoria-Geral do Banco Central
PGF	Procuradoria-Geral Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 OS PARADIGMAS NAS CIÊNCIAS	14
2.1 MODELOS PROCESSUAIS ESTRUTURANTES	14
2.1.1 Tradições jurídicas da civil law e common law	15
2.3 MODELOS PROCESSUAIS ADVERSARIAL E INQUISITORIAL	19
2.3.1 Modelo Processual adversarial	19
2.3.2 Modelo Processual Inquisitorial	21
2.4 O PARADIGMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	23
3 MUDANÇA DE PARADIGMA: O PARADIGMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	29
3.1 O MODELO DE DIREITO PROCESSUAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONTRADITÓRIO EFETIVO	30
3.2 A NECESSIDADE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	33
3.3 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E SEU NOVO MODELO DE DIREITO PROCESSUAL: O MODELO DE COOPERAÇÃO	35
3.4 DEVERES DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	41
4 O ADVENTO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	45
4.1 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E SUA ESTRUTURA	46
4.2 AS SÚMULAS DA AGU	48
4.3 O INTERESSE PÚBLICO E A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	50
4.4 INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	53
4.5 A NÃO-RESISTÊNCIA DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	56
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	63
ANEXO A	70

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105 de 2015 e pautado no Estado Democrático de Direito, é contemplado por princípios que visam construir conjuntamente uma decisão justa que garanta a efetividade da prestação jurisdicional, adotando como modelo processual o de cooperação.

Nesse modelo processual não há uma sobreposição de poderes, mas sim uma participação efetiva de todos os sujeitos do processo, incluindo a do magistrado, para que por meio do diálogo e em conjunto possa-se atingir a melhor solução para o litígio.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, tem a obrigação de contestar e recorrer da maioria das decisões que seja desfavorável aos interesses da União, o que, por vezes, pode contrariar o modelo adotado no atual Código de Processo Civil, uma vez que seus membros, muitas vezes reconhecendo o direito do autor, se veem obrigados a se opor, o que conseqüentemente posterga a efetivação da decisão judicial.

Assim, o debate acadêmico será em torno da possível obrigação da Advocacia-Geral da União em cooperar para que se concretize a prestação efetiva da tutela jurisdicional de forma célere e flexibilize a resistência quase absoluta que realiza, ou se o princípio da cooperação não será aplicado nos casos em que a AGU atua, tendo em vista a primazia do interesse público¹.

Desse modo, o tema apresentado abordará a mudança de paradigma entre o Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015, cujas percepções restaram modificadas e se voltaram para a efetividade da prestação jurisdicional em consonância com o Estado Democrático de Direito. O principal objetivo é verificar se, com a mudança trazida pelo atual Código de Processo Civil e seu novo modelo

¹ Quanto ao reexame necessário, técnica que sujeita a sentença ao denominado “duplo grau de jurisdição”, sendo realizado por órgão superior ao que emitiu a decisão quando essa for contrária às pessoas jurídicas de direito público interno, mesmo sem que haja resistência pela Advocacia Pública, foi contemplada também pelo Código de Processo Civil de 2015 por meio de mudanças para que se enquadrasse em sua proposta de celeridade e eficiência, alterando os critérios de condenação de pequeno valor, casos em que o ônus de recorrer da sentença proferida é da exclusivamente da Advocacia Pública (MONTENEGRO FILHO, 2015). O referido tema não será objeto de estudo do presente trabalho.

processual, houve uma flexibilização quanto à resistência processual dos membros da Advocacia-Geral da União.

A relevância social da pesquisa está na constatação se há, indistintamente, equidade entre todos os sujeitos processuais, a fim de seguir as diretrizes dadas pelo modelo do Novo Código de Processo Civil.

O método empregado para a realização deste trabalho foi o dedutivo, por meio de técnica de pesquisa bibliográfica e legal.

Primeiramente, explicar-se-á o paradigma do Código de Processo Civil de 1973 e o modelo processual por ele adotado. Para tanto, serão apresentadas as tradições jurídicas que originaram os modelos seguidos até então.

Em um segundo momento serão verificados os motivos que levaram a elaboração de um novo Código de Processo Civil e um de seus princípios basilares, o princípio da cooperação, do qual decorre o modelo de cooperação, bem como os deveres dele decorrentes.

Ao final, será analisado o advento da Advocacia-Geral da União na Constituição Federal de 1988, a funcionalidade da Súmula da AGU e as prerrogativas de seus membros. Também será elaborado um questionário e encaminhado para a Advocacia-Geral das cinco regiões e aos Procuradores da Fazenda Nacional em Criciúma.

2 OS PARADIGMAS NAS CIÊNCIAS

A análise das ciências é realizada por Kuhn (1987), no sentido de elas se desenvolverem por meio de paradigmas. Essa explicação é a que melhor se aplica a este trabalho, em razão do sentido de ruptura com os padrões até então adotados pelo meio científico.

Paradigma significa “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1987, p. 13).

O que se entende da definição dada por Kuhn sobre os paradigmas é que, durante determinado tempo, um paradigma suporta as necessidades decorrentes do atual momento a que serve. Por não ser imutável ou insubstituível, sofre alterações quando não mais consegue corresponder às expectativas atuais.

Barker (1991) apresenta alguns exemplos para melhor esclarecer a questão de como a não aceitação de uma nova ideia, ou seja, a não desvinculação de um velho paradigma, pode ser prejudicial para o alcance de novas conquistas, concluindo ao final que os paradigmas são úteis sim, mas que não podem levar a disfunção chamada de paralisia de paradigma, ou seja, não podem se tornar o paradigma do paradigma.

O mundo está em constante transformação e isso implica dizer que aqueles que não acompanharem as mudanças ficarão para trás, independentemente do sucesso alcançado quando nas margens do antigo paradigma. Sempre haverá um problema novo, e quando o paradigma não mais for suficiente para resolvê-lo, um outro surgirá para que então possa ser dada uma solução (BARKER, 1991). Quando se tem um novo paradigma, tem-se um novo recomeço.

2.1 MODELOS PROCESSUAIS ESTRUTURANTES

Podendo se constituir em qualquer lugar do mundo e em diferentes tempos, um modelo processual leva em consideração o conteúdo de suas normas, a estrutura dos órgãos que as elaboraram e a configuração dos seus institutos (DINAMARCO; LOPES, 2016).

A justificativa para a alteração de um modelo processual, conforme assinala Roppo (1988, p. 347), é que “qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica”.

Do mesmo modo, Didier Jr. (2016) afirma que o princípio do devido processo legal, consagrado expressamente na Constituição de 1988, serve de cláusula geral para quaisquer modelos de direito processual existentes no Brasil, sendo que sua construção é obra eternamente em progresso, podendo, portanto ser modificado ao longo da história, permitindo sua releitura a depender do tempo e espaço em que sejam aplicados.

Segundo Didier Jr. (2016), os dois modelos de estruturação do processo na civilização ocidental identificados pela doutrina são o *adversarial* e o *inquisitorial*, utilizados no direito brasileiro anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015.

Antes de tratar especificamente dos modelos de estruturação processual supracitados, mister se faz falar, ainda que de forma sucinta, da origem e influência das duas grandes tradições jurídicas à eles: a *civil law* e a *common law*.

2.1.1 Tradições jurídicas da *civil law* e *common law*

Tradição jurídica, conforme Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 22-23), significa “um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política”, influenciando o modo como o direito vai se estruturar, se estudar e se perpetuar no tempo.

As tradições jurídicas da *civil law* e *common law* tiveram sua origem em diferentes contextos político-culturais, o que fez com que seus institutos e conceitos jurídicos também divergissem (MARINONI, 2009).

A tradição jurídica *civil law*, também denominada família romano-germânica, comumente tem sua origem histórica vinculada ao renascimento do direito romano na Europa continental ocorrido nos Séculos XII e XIII, uma vez que este havia perdido espaço², durante a Idade Média (Séculos V a X), para o direito bárbaro,

² A autora narra que, nesse período da Idade Média, o Direito Romano não desapareceu por completo sobretudo em razão do princípio da personalidade das leis, aplicado pela maioria das tribos germânicas, onde cada pessoa era julgada conforme suas leis, independentemente de onde se encontrava. No

período em que predominou a oralidade e a validade regional do direito, não sendo mais universal, e tendo suas decisões proferidas pelos monárquicas ou religiosos, pautadas em regras costumeiras antigas (BARREIROS, 2011).

Com o renascimento das cidades europeias e do comércio a partir do Século XI, houve um impulso ao desenvolvimento de pensamentos racionais, inclusive no âmbito do direito, o que favoreceu uma associação do direito romano e direito canônico, culminando numa redescoberta do primeiro, no Século XII, por ser este o que melhor atendia o direito à luz da razão, exigência essa que se buscava em referido período, sendo inserido, inclusive, como cadeira autônoma nas Universidades (BARREIROS, 2011).

A tradição romano-germânica eclodiu nos Séculos XII e XIII, uma vez que, sendo o direito romano escrito, foi-lhe conferido uma maior segurança do que o direito baseado nos costumes, mostrando-se capaz de resolver os problemas de uma sociedade que se expandia social e comercialmente (BARREIROS, 2011).

Assim, com o renascimento dos estudos sobre o direito romano pelas universidades medievais, passando este a ser visto como um direito racional e fonte de justiça, houve o favorecimento de sua expansão pela Europa Ocidental, concedendo uma base comum aos seus países, possibilitando, assim, o surgimento da tradição *civil law* (BARREIROS, 2011).

Esse surgimento se dá num momento em que a Europa não constitui uma unidade política e nem se poderia pretender diferente. Desse modo, não se atribui esse desenvolvimento do sistema romano-germânico à um poder político ou a centralização operada por uma autoridade soberana, mas sim à uma comunidade de cultura: “[...] ele surgiu e continuou a existir, *independentemente de qualquer intenção política [...]*” (DAVID, 1998, p. 32).

Sua expansão deu-se pelos fenômenos da colonização e da recepção, esta facilitada pela adoção da técnica jurídica da codificação, o que decorreu na escolha de diversos países. Atualmente, essa tradição é dispersa pelo mundo inteiro: conquistou toda a América Latina, grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia (DAVID, 1998).

entanto, nos Séculos VIII e IX, esse princípio desaparece, fazendo com que o costume ganhasse ainda mais espaço e cada comunidade seguisse suas próprias regras (BARREIROS, 2011).

A tradição *civil law* não foi construída somente pelo direito romano, sendo que outros fatores no decorrer dos nove Séculos compactuaram com sua atual afeição (BARREIROS, 2011)³.

A *commom law*, por sua vez, tem sua origem diretamente ligada à história do direito inglês, que posteriormente se difundiu e se estendeu a outros países sobre os quais a Inglaterra exercia domínio ou colonização (BARREIROS, 2011).

Podem ser identificados quatro períodos na história do direito inglês: o primeiro, período anglo-saxônico⁴, tem início com o fim do domínio romano na Inglaterra e término em 1066 e é marcado por um direito consuetudinário e estritamente local. A segunda fase se inicia com a conquista normanda, compreendendo o período de 1066 a 1485, onde o direito local é substituído por um direito comum à toda Inglaterra, originando a *common law* ou *comune ley*, elaborado exclusivamente pelos Tribunais Reais de Justiça⁵, onde a forma processual prevalecia sobre a matéria, sendo o processo, portanto, a principal preocupação do direito inglês (BARREIROS, 2011).

A terceira fase se desenvolve no período compreendido entre os anos de 1486 e 1832, onde desenvolve-se, em oposição à *common law*, um sistema denominado *equity*, sendo uma nova via de acesso judicial ao rei, nos casos que eram recusados pelos tribunais reais ou naqueles em que a parte sucumbente não concordava com a decisão, que baseava suas decisões na equidade do caso concreto, o que não considerava uma violação à esfera de atuação dos tribunais reais (BARREIROS, 2011).

O sistema *equity* nasceu da necessidade de suprir a limitação da *common law*, uma vez que havia estagnado, não totalmente, mas não mais conseguindo suprir a questão da razoabilidade, a questão mais cara para a Justiça Inglesa (CASTRO, 2007).

No sistema *equity* houve uma maior influência do direito romano, uma vez que, para ser submetido à apreciação do rei, o recurso era conduzido pelo Chanceler,

³ David (1998) afirma que os direitos da família romano-germânica não são uma cópia do direito romano, mas sim uma continuação dele, uma vez que outras fontes contribuíram para uma estrutura que se distanciava de suas regras.

⁴ O direito Anglo-saxônico começa ao final do Século VI, quando a Inglaterra converte-se ao Cristianismo. Seu texto era escrito em língua anglo-saxônica, diferentemente dos reinos bárbaros do continente europeu, cujo texto era escrito em latim (CASTRO, 2007).

⁵ Conhecidos também como Tribunais de Westminster, nome do local onde inicialmente se estabelecem (CASTRO, 2007, p. 193).

que em sua maioria das vezes era um bispo, contendo assim alguns aspectos do referido direito. Por isso, e também pelo fato do direito romano ser ensinado nas universidades inglesas, a tradição *common law* estava ameaçada pela influência da tradição romano-germânica. Os tribunais reais sentiram-se usurpados em suas funções com o desenvolvimento da *equity*, o que fez com que, no Século XVII, tivesse seus espaços delimitados, sendo aplicado menos a equidade e mais as regras de direito, permanecendo sólido o alicerce em que se calcava a tradição *common law* (BARREIROS, 2011).

A quarta fase, que teve início em 1832 e persiste até os dias atuais, abroga as leis em desuso e simplifica os ritos processuais, aperfeiçoando o sistema normativo, desse modo contribuindo com um maior espaço para a regulação do direito material, até então malgrado pela disciplina processual (GUARDIA, 2012).

Assim, o papel do legislador ganha relevância, mas não na proporção que lhe é conferida na tradição romano-germânica, uma vez que seus aspectos tradicionais de construção são calcados em construções jurisprudenciais (GUARDIA, 2012).

Assim como na tradição *civil law*, a tradição *common law* não conta com uma unidade orgânico-estrutural consistente, de modo que os sistemas jurídicos de países diferentes integrantes de uma mesma tradição divergem em alguns aspectos (BARREIROS, 2011).

Barreiros (2011) afirma haver divergência entre doutrinadores acerca das diferenças entre as duas tradições jurídicas, apresentando, ao final, uma síntese geral das principais características que as distinguem.

Algumas dessas características dizem respeito ao surgimento e desenvolvimento do direito romano na *civil law*, que exerce grande influência, antepondo seu desenvolvimento às regras de direito civil e sendo a lei a fonte primordial do direito, ao contrário do que acontece a *common law*, que recebe pouca influência desse direito, desenvolve primeiramente as regras processuais e adota, precipuamente, a jurisprudência como fonte, e num momento posterior os precedentes (BARREIROS, 2011).

Dentre outras diferenças citadas também destacam-se o surgimento das regras, que na *civil law* são gerais e abstratas e se destinam à regulação de condutas e a grande relevância dada à codificação, prevalecendo o ensino teórico aos seus

profissionais, enquanto que a *common law* é voltada à solução de casos concretos, não privilegia as codificações e tem formação dos profissionais do direito voltada predominantemente à prática (BARREIROS 2011).

2.3 MODELOS PROCESSUAIS ADVERSARIAL E INQUISITORIAL

O direito processual passou por três fases metodológicas fundamentais. A primeira fase foi a sincretista, sendo o processo acessório e considerado apenas como meio de efetivação de direitos; a segunda fase foi a autonomista, fase de construções científicas do direito processual em que se criaram teorias da ação e dos pressupostos processuais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

Os pressupostos processuais tem origem com Bülow, em sua obra intitulada de “*Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*”, quando o processo passa a ser independente do direito material.

A partir de então, o direito processual se desenvolve e passa a ser um ramo autônomo do direito, e, assim, começa-se a estudar e conceituar institutos processuais, dando início à terceira fase, a do instrumentalismo, sendo que hoje se tem a fase instrumentalista técnico e ético, que preocupa-se também com a realização do bem comum (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

2.3.1 Modelo Processual adversarial

O modelo adversarial ou dispositivo é aquele em que a condução formal e material do processo prevalece às partes, tendo essa nomenclatura se propagado com os *common lawyers*⁶, utilizada para definir o modelo utilizado pelos integrantes dessa família (BARREIROS, 2011).

Comumente esse modelo é associado a dois elementos, conforme menciona Borges (2015): ao *common law* e ao princípio dispositivo.

Barreiros (2011) adverte que tal modelo não está restrito aos países integrantes da tradição jurídica da *common law*, assim como o modelo inquisitorial também não se faz exclusividade da tradição jurídica da *civil law*.

⁶ *Common lawyers* são os Juristas integrantes do sistema common law.

Didier Jr. (2016) coaduna com o entendimento acima exposto afirmando que, apesar de no primeiro momento parecer correta essa relação, não devem ser ignoradas as características que aproximam as duas tradições jurídicas, sendo cada vez mais difícil distingui-las.

Quanto a prevalência do princípio dispositivo no modelo adversarial, primeiro deve-se esclarecer que “princípio” aqui é utilizado no sentido de “fundamento”, “orientação preponderante”, conforme prescreve Didier Jr. (2016).

O princípio dispositivo, para Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 88) “consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão”.

Barreiros (2011) afirma ser inadequado identificar um dado modelo processual a um princípio (comumente sendo identificado ao modelo adversarial o princípio dispositivo e ao modelo inquisitorial o princípio inquisitivo), uma vez que nos dois modelos tem-se a manifestação de ambos princípios, variando apenas a dosagem em cada um.

Em consonância com o posicionamento acima exposto e falando especificamente do modelo exposto nesse tópico, Didier Jr. (2016, p. 123) afirma que: “quando o legislador atribui às partes as tarefas relacionadas à condução e à instrução do processo, diz-se que está respeitando o denominado princípio dispositivo”.

Barreiros (2011) afirma que ideologia está intimamente ligada ao processo, sendo esse fruto da cultura. Sendo assim, o modelo adversarial possui estreita relação com os Estados liberais, uma vez que ambos possuem características que pregam a liberdade dos indivíduos e a mínima intervenção estatal na autonomia privada.

A verificação do método de organização do trabalho e do poder entre as partes e o órgão jurisdicional é importante para que sejam traçadas as principais características do modelo a ser analisado (BARREIROS, 2011).

Nesse modelo as partes assumem uma posição de disputa entre si, diante do órgão jurisdicional, cuja principal função é a de decidir a lide (DIDIER JR., 2016):

O traço principal do *adversary system*, que influi no desenvolvimento dos processos específicos, é que as partes (ou seus advogados) controlam e configuram o modo de litigar. A visão tradicional é a de que o juiz atua exclusivamente para decidir questões discutidas, as mais das vezes questões de direito e de procedimento (MOREIRA, 2003, p. 118).

Quanto a ocupação das partes nesse modelo, Barreiros (2011) diz que devem ser observadas duas vertentes: quanto a predominância de suas atividades em relação ao órgão jurisdicional na condução do processo e quanto a necessidade do tratamento isonômico entre elas.

Nesse modelo o processo é visto como pertencente às partes, que possuem posição predominante tanto na instauração do processo, com a delimitação de seu objeto, quanto na instrução probatória no decorrer dele, ficando o Juiz restrito às questões fáticas e até mesmo as de direito apontadas pelas partes bem como na delimitação das provas a serem produzidas e sua efetiva produção, não podendo interferir nem mesmo no caso de otimizar o funcionamento do processo ⁷ (BARREIROS, 2011):

Como regra, o julgador estará jungido à busca de uma verdade puramente formal, já que a escolha e a produção do material são tarefas pertencentes às partes e a prova serve para dar maior credibilidade a uma das versões apresentadas ao processo pelos litigantes (BARREIROS, 2011, p. 96).

Quanto a exigência da igualdade entre as partes nesse modelo firmado em premissas liberais, que prega a autonomia das partes e o mínimo intervencionismo do Estado, tem-se que apenas a igualdade formal é respeitada, uma vez que não há preocupação com a realidade das partes, o que processualmente falando promove a ditadura do mais forte sobre o mais fraco⁸ (BARREIROS, 2011).

2.3.2 Modelo Processual Inquisitorial

O desenvolvimento do modelo processual inquisitivo se favoreceu com o *Welfare State*⁹, quando se buscou diminuir as desigualdades sociais com uma maior intervenção estatal (BARREIROS, 2011).

⁷Assim ocorre, por exemplo, quando uma parte, a despeito de não possuir conhecimentos técnicos suficientes, decide demandar sem advogado contra um adversário bem assessorado juridicamente e com boas condições financeiras. Mais uma vez, a questão foge aos limites de atuação do juiz, que seria considerado parcial se decidisse, *sponte propria*, determinar que se suprisse tal "desequilíbrio" (BARREIROS, 2011, p. 55).

⁸A autora afirma que o modelo adversarial não apenas não promove uma redução da desigualdade como também a reforça (BARREIROS, 2011).

⁹O Estado do bem-estar social foi um novo modelo de Estado que surgiu em superação do paradigma do Estado liberal. Essa mudança acabou por influenciar também o pensamento jurídico, onde o processo civil passa a ser visto como uma relação jurídica de direito público, gerenciada pelo estado, a quem compete, por meio do juiz, que agora assume uma postura ativa e predominante sobre as

Didier Jr. (2016) afirma que comumente a doutrina associa o modelo inquisitivo à regimes autoritários, intervencionistas, advertindo que:

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais influenciam a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário (DIDIER JR., 2016, p. 125).

Nesse modelo prepondera o princípio inquisitivo, de modo que os poderes são atribuídos inteiramente ao Juiz, tanto no início da relação processual quanto em sua condução, independentemente da vontade das partes (DIDIER JR., 2016).

A atividade probatória passa a ser do juiz, sendo a relação jurídica vertical, assumindo este uma posição superior à das partes, buscando a verdade dos fatos por meio das provas, sendo o exame dessas considerado indispensável para a prolação de uma decisão justa (BARREIROS, 2011).

As partes, por sua vez, ficam em segundo plano quando na condução do desenvolvimento processual e na busca da verdade, agora gerenciado pelo órgão jurisdicional, ainda resguardados para si, todavia, a propositura da demanda, a delimitação do objeto litigioso e de disposição do material envolvido no processo, quando possível (BARREIROS, 2011).

Além de perder a preponderância na instrução probatória, as partes litigantes passam a ser vistas como fontes de informação, devendo cooperar com a justiça, ainda que em prejuízo de seus próprios interesses: “devem eles, assim, apresentar documentos e outras provas requisitadas pelo Estado, podendo, ainda, ser interrogados” (BARREIROS, 2011, p. 96).

Essa é a configuração do modelo inquisitivo, concedendo poderes ao juiz para que concretize seu objetivo de busca pela verdade real sobre os fatos alegados pelas partes e com o apoio delas, conforme afirma Borges (2015, p. 35): “sob a ótica deste modelo, considerando o juiz haver indícios suficientes de um fato controverso, deve, ex officio, buscar a prova que fundamente seu convencimento”.

partes, buscar a verdade dos fatos para responder de forma rápida e efetiva aos anseios da sociedade (BARREIROS, 2011).

Como o objetivo aqui é igualdade substancial, e não apenas a formal como no modelo adversarial, o protagonismo do órgão jurisdicional se faz indispensável na instrução probatória para que se encontre a verdade real (BORGES, 2015).

A verdade real ou substancial, segundo Jansen (2008), não é a verdade fática ou o que realmente ocorreu, mas sim a possibilidade do magistrado em assumir uma postura ativa na produção de provas, não sendo obrigado a se satisfazer apenas com as provas produzidas nos autos pelas partes¹⁰, como por exemplo detém o magistrado “[...] liberdade para determinar a vinda aos autos de documento que sabe existir ou presume a existência, de ouvir testemunha sequer apontada pelas partes, a realização de perícias não requisitadas, etc., desde que pertinentes ao fato”.

No mesmo sentido, Theodoro Jr. (2016, p. 87) afirma que a verdade real é indispensável para a construção de uma decisão justa, e ainda que seja “um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem”, serve como um norte para que se superem, dentro do processo, as incapacidades existentes no sistema procedimental.

2.4 O PARADIGMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, instituiu o Código de Processo Civil Brasileiro a partir do anteprojeto elaborado por Alfredo Buzaid, a convite do governo de Jânio Quadros/João Goulart, que veio a ser promulgado durante o regime militar (MAZZEI, 2016).

Com uma percepção liberalista, aquele Código processual de 1973, que sem alterações passou a ser identificado por Código Buzaid, privilegiou o formalismo processual ao passo que não deu importância ao social, até mesmo quanto ao acesso à justiça, contrariando, desse modo, as novas tendências processuais civis (MAZZEI, 2016).

Buzaid estava ainda em uma fase na qual o instrumento processual era simplesmente técnico e desprovido dos aspectos éticos. Por isso, ao elaborar o

¹⁰ A verdade formal, por sua vez, utilizada no modelo adversarial, segue o brocardo latino “quod non est in actis non est in mundo” (“o que não está nos autos não está no mundo”), o que implica dizer que o juiz deve ater-se às provas constante nos autos, produzidas pelas partes (JANSEN, 2008).

Código de Processo Civil de 1973, desrespeitou os princípios lógico, político e econômico¹¹.

Apesar da superioridade técnica existente, o código Buzaid tinha como característica a individualidade entre sujeito passivo e sujeito ativo, vindo a sofrer alterações para adaptar-se tardiamente ao novo contexto de valorização social que era vivenciado após as duas grandes guerras mundiais (THEODORO JR., 2016).

Em sua versão original, aquele Código permitia que fossem percorridos até 5 tipos de processos com procedimentos específicos para reconhecer e satisfazer o direito buscado pelo litigante: o de conhecimento, o de liquidação, o de execução, o de embargos à execução, o de cautelar. Por sua vez cada um deles se constituía em uma nova relação jurídica processual e, por conseguinte, retardava a prestação da tutela jurisdicional (DINAMARCO; LOPES, 2016).

Por isso que diversas alterações legislativas nos últimos anos se deram no sentido de que o se removessem do Código Processual todos os obstáculos para se acelerar a prestação jurisdicional, fazendo-a mais célere e efetiva, menos burocrática e mais econômica (THEODORO JR., 2016), coadunando dessa forma com os princípios éticos.

Como algumas das principais inovações, pode-se indicar a tutela antecipada, a ampliação dos títulos executivos e a criação da ação monitória (THEODORO JR., 2016, p. 22).

Essas reformas foram de tanta significância que acabaram traçando um novo perfil por modernizar o processo civil brasileiro, implantando instrumentos para isso, conforme acima citados, intituladas de “Reforma do Código de Processo Civil” e “Reforma da Reforma”, seguidas da “Lei do Cumprimento de Sentença” de 2005 (DINAMARCO; LOPES, 2016).

A dicotomia de processo de conhecimento e processo de execução, frente as inovações trazidas pelas reformas, foi sendo em grande parte anulada em

¹¹ Os princípios informativos do processo são regras apontadas pela doutrina que visam melhorar a operacionalização processual. Diferem dos princípios gerais do direito processual, mas os influenciam, embora indiretamente. São quatro: a) o princípio lógico instrui a seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro; b) o princípio jurídico indica a igualdade substancial no processo para que alcance justiça na decisão; c) o princípio político zela pelo máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual da liberdade; d) o princípio econômico projeta um processo acessível a todos, inclusive em relação ao seu mínimo custo e duração (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 74-75).

decorrência da nova estrutura de processo civil que vinha sendo construída (THEODORO JR., 2016).

A execução de título judicial deixou de ser um processo autônomo separado do processo de conhecimento, vindo a ser mais uma fase processual, dentro, portanto, do mesmo processo, acelerando e tornando mais efetiva a prestação jurisdicional (THEODORO JR., 2016)¹².

Em decorrência da Reforma Processual que teve início em 1990, sendo definida por Pinho (2015, p. 88) como “processo fragmentado em dezenas de pequenas leis que se destinam a fazer mudanças pontuais e ajustes ‘cirúrgicos’”, bem como com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a determinação de que toda interpretação legal deve ser dada em consonância ao Estado Democrático de Direito, o direito processual sofreu diversas alterações para enquadrar-se no novo paradigma (MAZZEI, 2016).

Diante disso, foi apresentado ao Congresso Nacional em 2010 o Projeto de um novo Código de Processo Civil, sendo em 17.02.2014 aprovado o texto que originou a Lei 13.105 de 16.03.2015 (BRASIL, 2017).

Quanto a tradição jurídica na qual pertence o direito brasileiro, Barreiros (2011) aponta que, apesar do ingresso do Brasil acontecer originariamente na tradição jurídica romano-germânica¹³, o direito brasileiro recebe hoje grande influência da tradição jurídica anglo-saxônica, como por exemplo na adoção do controle de constitucionalidade desde a Constituição Republicana de 1891, a preocupação com a tutela de direitos supra individuais, a Supremacia da Constituição, a consciência acerca do devido processo legal, o sistema de precedentes, que recentemente vem ganhando força, o que revela a aproximação dos sistemas e suas influências.

Afirma, assim, que o sistema jurídico brasileiro vive, do ponto de vista processual, um paradoxo metodológico: “a necessidade de compatibilizar uma tradição constitucional extremamente influenciada pelo direito norte-americano (*common law*) e uma tradição infraconstitucional sustentada em influências oriundas

¹² À essa relação de reunião, em um mesmo processo, das atividades de conhecimento e de execução, dá-se o nome de sincretismo processual (DINAMARCO; LOPES, 2016), o que não se confunde com 1ª fase da evolução do direito processual, a fase sincretista.

¹³ Segundo a autora (2011) o direito brasileiro é sedimentado, originalmente, na tradição jurídica civil law, uma vez que a colonização influenciou para que isso ocorresse.

da Europa continental (*civil law*)”, como o Código de Processo Civil de 1973 (BARREIROS, 2011, p. 44).

Zaneti Júnior (2012, p. 119) testifica que é uma vantagem a tradição brasileira ser híbrida, contando com aspectos das tradições romano-germânica e anglo-saxônica, uma vez que permite uma aplicação mais democrática, sendo as decisões proferidas conforme a justiça, o que representa um direito fundamental.

Para Didier Jr. (2016), o sistema brasileiro não se enquadra em nenhuma das famílias. Compatibiliza-se com ambas, mas não é flexível a qualquer delas, sendo uma tradição jurídica própria¹⁴ e peculiar:

O sistema jurídico brasileiro possui um direito constitucional de inspiração estaduniense e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc. [...]) de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law* (DIDIER JR., 2016, p. 59)

Taruffo (2003) afirma que tais diferenças já foram superadas. Ainda, admite que a oralidade-escrita jamais configurou uma distinção entre as duas tradições jurídicas, estando a oralidade também presente na tradição da *civil law*, a exemplo da colheita oral de provas em audiência, dos debates orais da causa, preliminares ou finais, da prolação oral de algumas decisões, bem como a escrita sendo comumente usada na tradição da *common law*, a exemplo da utilização de provas escritas.

Taruffo (2003) também critica a diferenciação que se faz entre os modelos processuais adversarial e inquisitorial, afirmando tratar-se de distinção puramente ideológica, não merecendo atenção científica. Sustenta que, ainda que pudesse ter sido válida em determinado momento, não mais o é nos tempos atuais, uma vez que se pode observar processos de cunho inquisitorial na *common law*, como o processo in *equity*, na Inglaterra, e processos de cunho adversarial no *civil law*, como o processo liberal clássico, em que o contraditório entre as partes é medida que se impõe.

¹⁴ Segundo o autor (2016), essa tradição própria brasileira poderia ser designada de *brasilian law*.

Sobre essa relatividade que deve se ter ao fazer a diferenciação entre os modelos adversarial-inquisitorial¹⁵, Moreira (2001, p. 160-161) a justifica afirmando não ter havido em lugar ou tempo na história algum sistema “quimicamente puro”, e que ambos os modelos possuem um menor distanciamento do que aparentemente se conclui em um primeiro momento.

Em consonância com o acima aludido, Theodoro Jr. (2016) afirma que hoje as legislações processuais apresentam elementos de ambos os sistemas, mas defende que nenhum dos dois princípios merece a consagração dos Códigos em sua essência:

Daí por que, embora a iniciativa da abertura do processo seja da parte, o seu impulso é oficial, isto é, do juiz (art. 2º), que promove o andamento do feito até o provimento final, independente da provocação dos interessados. Consagra, pois, o Código o princípio *dispositivo*, mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (THEODORO JR., 2016, p. 71).

Didier Jr. (2016) também afirma não existir um sistema completamente adversarial ou inquisitorial, mas que em alguns momentos predomina um ou outro, a depender do tema a ser tratado:

A “dispositividade” e a “inquisitividade” podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc. Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o “princípio dispositivo” e, em relação ao outro, o “princípio inquisitivo”. Por exemplo: no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 2º, 141 e 492, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (art. 370 do CPC) (DIDIER JR., 2016, p. 125).

Portanto, com foco no objeto a ser analisado é que devem ser adotadas premissas com as características gerais de cada modelo processual, pois dependendo do tema a ser tratado o legislador pode tendenciar para um lado ou para outro (DIDIER JR., 2016).

¹⁵ Barreiros (2011, p. 47) afirma que “os modelos jurídicos, com a pureza com que são apresentados, resultam de ficções, abstrações construídas a partir de realidades jurídicas. Não há, no mundo real, modelos puros”.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) afirmam que com a autonomia do direito processual, seu enquadramento como ramo do direito público e observada sua finalidade preponderantemente sociopolítica, a partir do final do século XIX os poderes do juiz foram aumentando gradativamente, deixando esse de ser mero espectador do duelo das partes e passando a uma posição ativa, cabendo-lhe impulsionar o andamento da causa e também determinar provas em certas circunstâncias, conhecer de ofício circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes e dialogar com elas¹⁶.

Superados os modelos tradicionais de processo acima citados que, segundo Figueiredo Filho e Mouzalas (2016, p. 51) “se mostram incapazes de dar respostas humanísticas e éticas aos novos anseios da população”, o Código de Processo Civil de 2015 legitima um terceiro modelo de processo: o processo cooperativo, originado a partir do princípio da cooperação.

¹⁶ Dentro desses princípios elaboraram-se os códigos processuais civis da Alemanha, da Itália e da Áustria, bem como os nossos, a partir de 1939. O Código de Processo Civil, além de abandonar o rigor do princípio dispositivo ao permitir ao juiz participar instrução probatória necessária ao descobrimento da verdade, reforçou também os poderes diretivos, afirmando que “o sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial” (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2015, p. 88).

3 MUDANÇA DE PARADIGMA: O PARADIGMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A evolução da sociedade e a transformação dos valores sociais que a permeiam acarretaram a necessidade da construção de um Novo Código de Processo Civil, a fim de torná-lo capaz de responder aos novos e numerosos problemas existentes.

Pilati (2015) defende que a crise do direito na Modernidade tem relação com a insuficiência dos instrumentos políticos e jurídicos às transformações da sociedade, sendo essa muito mais complexa do que aquela das codificações. Defende, assim, a existência de um direito digno capaz de corresponder aos novos anseios, mas preservando as conquistas da liberdade, propriedade, Estado, segurança jurídica, democracia, Constituição, sendo esse o desafio da *complexidade jurídica pós-moderna*. Desse modo, adota como método a ideia de paradigma para poder confrontar Modernidade e Pós Modernidade¹⁷:

O paradigma da modernidade liberal está em crise. Uma crise de legitimidade jurídica e política [...] os mitos modernos não conseguem mais responder às necessidades de uma Sociedade cada vez mais complexa, onde a multivocidade jurídica e o multiculturalismo são uma realidade concreta no contexto de um mundo globalizado, que rasga as muralhas do castelo moderno. A cidadania representada que afastou a Sociedade de sua prerrogativa política é contestada. A Sociedade cria e “força” o Estado a reconhecer outros espaços participativos para além daqueles institucionalizados na democracia representativa (VIEIRA, 2013, p. 155).

A Pós-Modernidade jurídica, segundo Pilati (2015), é uma nova prática, legitimada pela Constituição, que substitui o paradigma da dicotomia presente na modernidade do público/privado, indivíduo/Estado; incluindo no novo paradigma um terceiro elemento: público/privado/coletivo; Indivíduo/Estado/Sociedade¹⁸.

¹⁷ A Pós-Modernidade aqui tratada é somente a jurídica, como a levantada por Pilati (2015) e Vieira (2013), o que exclui qualquer outra manifestação social.

¹⁸ “Basicamente, a Pós-Modernidade será o resultado da inclusão do terceiro elemento, o coletivo, nos planos: filosófico, político e jurídico: filosófico, como um novo homem (como projetou Nietzsche); político, como uma nova *res Populi*, a república participativa (como projeta a CRFB); e jurídico, com novas propriedades especiais constitucionais, a pautar-se por novas formas de exercício e tutela de direitos” (PILATI, 2015, p. 16).

A atual concepção de Estado Democrático de Direito, por sua vez, não permite que os conflitos sejam abandonados de forma livre ao entendimento de magistrados ou ao dualismo exacerbado das partes.

Assim, o paradigma do Código de Processo Civil de 1973, modificado por mais de sessenta reformas, deu ensejo a um novo paradigma, adotado no Código de Processo Civil de 2015 por meio de princípios que visam garantir o acesso à justiça¹⁹, a efetivação da ideia de celeridade e eficácia da tutela jurisdicional por meio da cooperação.

3.1 O MODELO DE DIREITO PROCESSUAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONTRADITÓRIO EFETIVO

Como proposta do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988, tem-se que as soluções que devem ser dadas pelo Estado sejam construídas com a participação das partes (PINHO, 2015).

Por meio da participação alcança-se a democracia²⁰ e essa participação se efetiva por meio do contraditório, sendo esse o “reflexo do princípio democrático na estruturação do processo” (DIDIER JR., 2016, p. 81).

O princípio do contraditório, portanto, sendo o garantidor da participação e legitimando o processo no Estado Democrático de Direito, tem aplicação em todos os processos jurisdicionais: cível, penal e trabalhista, bem como naqueles não

¹⁹ O que se entende por acesso à justiça, também chamado de acesso à ordem jurídica justa, conforme dita Ada Pellegrini Grinover (2015), diz respeito não apenas ao ingresso em juízo, mas sim a um conjunto de elementos que caracterizam a sua efetiva institucionalização. A Constituição Federal, as leis ordinárias e o empenho dos processualistas modernos coadunam para garantir um acesso justo à ordem jurídica por meio da harmonia de princípios e garantias que pacificam os conflitos, pois uma vez que amplia-se a admissão de pessoas e causas no processo, com a observância no devido processo legal, para que por meio do diálogo influenciem na decisão do juiz da causa, com base no princípio do contraditório, constrói-se uma solução justa e com elevadas chances de satisfação.

²⁰ “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício” (SILVA, 2012, p. 119-120).

jurisdicionais, conforme garante a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LV (DINAMARCO; LOPES, 2016).

Esse princípio do contraditório exige que seja garantida a participação das partes tanto em sua dimensão formal, que se concretiza quando a parte fala, é ouvida, e atua no processo (ou seja, com sua participação de forma geral, sendo essa a garantia básica desse princípio), mas também se exige a garantia da participação das partes em sua dimensão substancial, que é a possibilidade de influenciar as decisões jurisdicionais. Para ser efetivo, obrigatoriamente deve haver a junção dessas duas dimensões do contraditório: formal e substancial (DIDIER JR., 2016).

Diz-se isso, uma vez que, no Estado Liberal, o contraditório era visto apenas sob o caráter formal. Não havia uma preocupação com a efetividade, mas apenas com seu preenchimento formal, o que retira a legitimidade do processo, haja vista a exigência da real participação das partes na construção do processo (MANDELLI; CHAVES, 2012).

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 contempla três dispositivos para a garantia do contraditório efetivo: os artigos 7º, 8º e 10.

O artigo 7º assegura às partes a igualdade de tratamento²¹ e a paridade de armas quanto aos seus direitos e faculdades processuais, cabendo ao juiz resguardar pelo efetivo contraditório (BRASIL, 2017).

O artigo 9º²², ressalvadas as exceções trazidas em seus incisos, garante que nenhuma decisão será proferida contra uma das partes, sem antes oportunizá-las de manifestarem-se:

Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela

²¹ Medina (2015, p. 24) alerta que o processo é governado pelo princípio da isonomia, portanto “dizer que o juiz deva assegurar às partes paridade de tratamento não significa dizer que deva o juiz agir passivamente, diante da desigualdade material existente entre as partes”, ou seja, ao mesmo tempo que o juiz deve ser imparcial, tratando ambas as partes de forma igual, deve também observar a paridade de armas para a concretização do princípio da isonomia, cuja máxima aristotélica é válida, devendo tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

²² Sobre as exceções previstas no parágrafo único do artigo 9º, Bueno (2016, p. 47) afirma que essas “representam hipóteses de prestação de tutelas jurisdicionais que, por sua própria natureza, seriam frustradas pelo tempo necessário ao estabelecimento do prévio contraditório ou se mostram aprioristicamente desnecessárias pela evidência do direito afirmado (e comprovado) pelo autor”. Ainda, aponta que não se elimina o contraditório, apenas o posterga pela especificidade do caso, até porque se isso ocorresse estaria em desacordo com o “modelo constitucional”.

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 (BRASIL, 2017).

E, por fim, o art. 10, com a seguinte redação: “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” (BRASIL, 2017).

Assim, diante dos dispositivos acima citados, segundo Theodoro Jr. (2016), veda-se as decisões surpresas e impõe-se o contraditório efetivo.

Bueno (2016, p. 47) defende que contraditório compreende o exercício, por todos os sujeitos processuais, da “*participação e colaboração ou cooperação ampla*”, na perspectiva de influenciar as decisões do juiz durante toda a marcha processual, pois deste modo amplia a participação e concretiza os princípios democráticos estabelecidos pela República brasileira:

É esta a razão, aliás, pela qual é correto entender que o próprio magistrado está sujeito ao contraditório [...] como se verifica em vários de seus dispositivos, em especial nos arts. 9º e 10, que vedam o proferimento de decisões pelo magistrado sem que antes as partes sejam ouvidas, mesmo naqueles casos em que cabe ao magistrado pronunciar-se de ofício, isto é, independentemente da provação de qualquer outro sujeito processual (BUENO 2016, p. 47).

Por isso que com a socialização constitucional, nas palavras de Theodoro Júnior (2016, p. 21): “[...] sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual”.

Em decorrência disso, Código de Processo Civil de 2015 é contemplado por princípios que visam construir conjuntamente uma decisão justa, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional. Theodoro Jr. (2016) define essa efetividade como sendo:

[...] aquela que, a par de viabilizar a composição dos conflitos com total adequação aos preceitos do direito material, o faça dentro de um prazo razoável e sob método presidido pelas exigências da economia processual, sempre assegurando aos litigantes o contraditório e a ampla defesa (THEODORO JR., 2016, p. 25).

Ainda, conforme os autores Dinamarco e Lopes (2016), a sentença deve ser útil para garantir, na medida do possível, o amparo a quem possuir a razão do problema posto em Juízo, ficando em uma situação melhor do que a que se encontrava antes da prestação jurisdicional, fazendo com que cesse a insatisfação que levou o autor a procurar o Judiciário ou dar ao réu razão à sua pretensão resistida à postulação alheia, ou seja, oferecer um resultado efetivo, conferindo legitimidade ao processo.

A propósito, Chiovenda²³ (1998, p. 67) há muito já defendia que “[...] o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir [...]”.

Por esses motivos que o Código de Processo Civil de 2015 se empenhou em estruturar-se harmonicamente à Constituição Federal de 1998, privilegiando o diálogo para a construção da tão almejada decisão justa (MANDELLI; CHAVES, 2012).

3.2 A NECESSIDADE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Acontecimentos históricos sociais e políticos relevantes, como as revoluções liberais, francesa, industrial, as duas grandes guerras mundiais, dentre demais fatores, culminaram na sociedade atual em que nos encontramos, urbanizada e globalizada. Desse modo, com uma sociedade informatizada e com acesso à tecnologia, houve uma grande multiplicação dos litígios e conseqüentemente uma grande busca pelo poder judiciário para obtenção da tutela jurisdicional, o que impossibilitou de prestá-la de maneira adequada quanto ao alcance em tempo razoável de uma decisão justa e a pacificação do conflito (NETO; MACHADO, 2016).

Em decorrência disso, a partir da última década do século XX realizaram-se algumas reformas no ordenamento jurídico com o intuito de modernizar e efetivar a prestação jurisdicional, apaziguando a crise existente no judiciário. Todavia, em que pese tenha alterado o ordenamento, não modificou a realidade de um judiciário moroso (JAYME; SALOMÉ, 2017).

²³ “Giuseppe Chiovenda foi um dos autores que mais contribuiu e influenciou a historiografia do direito processual civil brasileiro. Apesar de não possuir uma obra escrita muito extensa, a maioria de seus trabalhos encontram-se presentes em *Saggi di diritto processuale civile* (Bolonha, 1904) e *Nuovi saggi di diritto processuale civile* (Náploe, 1912)” (MAGALHÃES, 2010, p. 1).

Desse modo, sendo o Código de Processo Civil de 1973 incapaz de satisfazer a tutela jurisdicional mesmo com as reformas realizadas, uma comissão de juristas, presidida por Luiz Fux, à época Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ficou encarregada de criar um novo ordenamento compatível com a realidade atual.

Fux, na carta endereçada ao então Presidente do Senado e do Congresso Nacional, Senador José Sarney, cita que “justiça retardada é justiça denegada”, tendo a morosidade, causada pelo excesso de solenidades e recursos, acarretado em uma sociedade insatisfeita com o judiciário. Desse modo, não estava sendo capaz de concretizar a efetividade e celeridade previstas constitucionalmente, e tinha a comissão como desafio mudar essa visão e fazer valer a crença no judiciário (BRASIL, 2017, p. 7).

Enquanto o projeto ainda não tinha sido apresentado pela Comissão, Ataíde Júnior (2010) posicionou-se no sentido de que talvez um novo código não fosse necessário, uma vez que as reformas pontuais teriam cumprido seu papel por meio do esforço jurisprudencial e doutrinário.

Ataíde Júnior (2010) concordava que o código de processo civil de 1973 não correspondia mais aos anseios da sociedade atual, mas não concordava que a sistematização processual ficou comprometida em meio a tantas reformas, conforme defendia a doutrina processual civil, sendo esse um dos motivos que ensejaram a elaboração de um novo código. Sua colocação se dava no sentido de que, se fosse feita uma avaliação sobre as melhoras do processo civil em decorrência das reformas pontuais, os resultados seriam surpreendentes, sendo possível ter um sistema processual estável e conciso, ainda que baseado num código retalhado.

Em contraponto com o autor supracitado, na exposição de motivos do anteprojeto foi apontado que as numerosas alterações no Código de Processo Civil de 1973 enfraqueceram a coesão das normas processuais, prejudicando a celeridade processual. Justificam, dessa forma, que a preservação da sistemática das normas processuais culmina em uma maior funcionalidade. Ademais, atestaram não haver prejuízo das manutenções e aperfeiçoamento positivos das alterações realizadas desde 1992 até a elaboração do novo código, mas sim se somando a eles outros mecanismos a fim de lhe conferir uma maior eficiência (BRASIL, 2010).

Didier Jr. (2012) aponta que a necessidade de um novo código sobreveio porque, em quase quatro décadas desde a vigência do Código de Processo Civil de

1973, ocorreram transformações em quatro planos: normativo, científico, tecnológico e social.

No plano normativo ou jurídico, algumas alterações no conjunto de normas ocorreram desde 1988, como a Constituição Federal (1998), o Código de Defesa do Consumidor (1990) e o Código Civil (2002), modificando de forma significativa o direito brasileiro. No plano científico também houveram modificações, como por exemplo o reconhecimento difuso da força normativa dos princípios e também da normatização das decisões judiciais. No plano tecnológico, o avanço da tecnologia necessitava de regulamentação pensada para os autos eletrônicos, realidade inevitável do poder judiciário. E no plano social, junto ao progresso econômico e com a mudança de comportamento de uma sociedade que antes era alheia à economia e agora consumidora, refletiu no aumento de processos judiciais (DIDIER JR., 2012).

No anteprojeto, a comissão aponta como principais objetivos da elaboração do Novo Código de Processo Civil foram:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (BRASIL, 2010).

Em conclusão, o novo código de processo se fez necessário em decorrência da evolução da sociedade. Não obstante as críticas quanto sua real necessidade, o Novo Código foi sancionado em 17 de março de 2015, entrando em vigor em 18 de março de 2016, não abandonando por completo o código anterior, aproveitando as partes boas e úteis do sistema capazes de satisfazer os anseios da sociedade atual.

3.3 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E SEU NOVO MODELO DE DIREITO PROCESSUAL: O MODELO DE COOPERAÇÃO

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal prescreve que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2017).

Com base nesse artigo, a pós-modernidade atingiu o núcleo duro do sistema moderno²⁴, conforme Pilati²⁵ (2015, p. 24), o que acarretou numa mudança na soberania estatal, que passou então a ser compartilhada com a sociedade. Sustenta o autor que a Pós-Modernidade Jurídica foi legitimada pela Constituição Federal de 1988, e que trata-se de uma nova prática a ser operada com uma teoria Pós-moderna do Direito, para que se “redefina objetos, sujeitos e processos, e abra espaço para novas práticas jurídicas em favor do Estado, dos Indivíduos e da Sociedade [...]”.

Por isso que, segundo Theodoro Jr. (2016, p. 82), entende-se hoje que os princípios constitucionais da democracia e contraditório²⁶ são extremamente interligados, “com repercussão imediata no campo da jurisdição e processo, de modo a exigir uma nova fase metodológica para o direito processual civil”. Por isso que a participação das partes no processo se coaduna com o que propõe a Constituição Federal.

Consagrado expressamente no art. 6º, o princípio da cooperação, que decorre dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório (DIDIER JR, 2016), possui a seguinte redação: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2017).

Segundo Didier Jr. (2016, p. 126), esse princípio basilar orienta a forma que o processo civil vai se estruturar no direito brasileiro, dando origem ao processo cooperativo, sendo que “esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do

²⁴ Pilati (2015, p.21-22) sustenta que a partir do século XVII, a modernidade (paradigma ocidental) centrava o Estado como ente superior, separado da sociedade: “[...] modernidade que, assim, estatizou o coletivo em termos absolutos, num reducionismo estratégico, engenhosíssimo, de consagração do individualismo, sob a égide da axiologia e do poder econômicos”. Afirmo, ainda, que esse modelo pautado no paradigma da segurança jurídica, que ignora o coletivo e não se interessa pela realidade envolta dos conflitos existentes, se preocupando, de outro modo, exacerbadamente pelas formalidades legais, não consegue solucionar grandes conflitos.

²⁵ O autor afirma que esse artigo da Constituição abriu novas formas de produção de Direito, diferente da tradicional moderna, onde a sociedade tem participação direta em sua construção (PILATI, 2015, p. 24).

²⁶ Theodoro Jr. (2016, p. 82) diz que esse novo enfoque metodológico é voltado para o que se denomina “contraditório democrático”.

princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”, sendo, portanto, o melhor modelo para uma democracia:

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais (DIDIER JR., 2016, p. 126).

Ainda sobre esse princípio, Theodoro Jr. (2016) diz ser um desdobramento do princípio do contraditório em sua moderna concepção, ou seja, não se reduz mais apenas à garantia de audiência bilateral entre as partes, mas sim na permissão de sua participação a fim de influir de fato na formação da decisão de mérito a ser proferida.

Por isso que, no modelo cooperativo, não há uma sobreposição de poderes, mas sim uma participação efetiva de todos os sujeitos do processo, incluindo a do magistrado, para que em conjunto e por meio do diálogo possa-se atingir a melhor solução para o litígio (DIDIER JR., 2016).

Há uma isonomia entre as partes e o magistrado durante o desenvolvimento do processo, sendo assimétrico apenas no momento da decisão: “pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento” (DIDIER JR., 2016, p. 127). No momento da decisão se faz necessária a assimetria entre partes e magistrado, pois “a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado” (DIDIER JR., 2016, p. 127).

O modelo cooperativo diferencia-se dos demais modelos anteriormente citados (adversarial e inquisitorial) principalmente por haver um espaço para o diálogo. É o que defende Peixoto (2013) ao afirmar que essa é uma das principais características do modelo processual de cooperação, uma vez que a condução realizada de forma simétrica impede a atuação predominante de atuação de algum dos sujeitos processuais, valorizando, desse modo, o diálogo.

Mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015 o princípio da cooperação já era reconhecido no devido processo legal, agora prestigiado

expressamente no art. 6º do referido diploma legal. Nesse novo modelo adotado, para a resolução dos conflitos se reconhece a lógica argumentativa ao invés da lógica dedutiva, como era anteriormente, “fazendo com que o contraditório, como *direito de informação/reação*, ceda espaço a um *direito de influência*” (THEODORO JR, 2016, p. 82).

O modelo cooperativo é defendido por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) como sendo o modelo de processo justo. Afirmam que funciona como uma “comunidade de trabalho” onde o juiz e as partes trabalham de forma equilibrada para atingir, por meio do diálogo, a melhor decisão para o caso:

O fim da colaboração está em servir de elemento para organização de processo justo idôneo a alcançar decisão justa. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter *posições jurídicas equilibradas* ao longo do procedimento. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um *novo dimensionamento de poderes no processo*, o que implica a necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 499).

Diante o exposto, o que se pode verificar é que, com a participação e contribuição de todos os sujeitos processuais, o órgão judicial conseguirá concluir a prestação jurisdicional de forma mais célere e com maior eficácia, alcançando a tão almejada decisão justa.

Não obstante, esse dever de cooperação não se restringe apenas aos envolvidos no litígio, como autor e réu, magistrado, serventuários da justiça e advogados envolvidos, como também aos peritos ou qualquer terceiro interveniente, pois ninguém se exime, caso venha a ser solicitado para colaborar com o Poder Judiciário para que haja a prestação jurisdicional (BUENO, 2016), conforme dita o art. 378, do Código de Processo Civil: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (BRASIL, 2017).

Contudo, há críticas ao texto do art. 6º do Código de Processo Civil, sendo a cooperação vista não como princípio por alguns.

Streck, Delfino, Barba e Lopes (2014, p. 1-8) afirmam que referido texto distancia-se dos preceitos constitucionais para obtenção de decisões justas e efetivas em tempo razoável, pois ao impor às partes o dever de cooperar para o alcance dessas, não as intitula como um direito que já é garantido constitucionalmente. Ainda,

afirmam que “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”.

Acerca disso, Marinoni (2015) discorda, afirmando que a colaboração não visa retirar a autonomia individual e auto responsabilidade das partes, mas apenas incrementa os poderes de condução do juiz, possibilitando-o que posteriormente profira uma decisão justa, sendo também responsabilizado pelos seus resultados:

A colaboração não apaga obviamente o princípio da demanda e as suas consequências básicas: o juízo de conveniência a respeito da propositura ou não da ação e a delimitação do mérito da causa continuam tarefas ligadas exclusivamente à conveniência das partes. O processo não é encarado nem como coisa exclusivamente das partes, nem como coisa exclusivamente do juiz – é uma coisa comum ao juiz e às partes (*chose commune des parties et du juge*) (MARINONI, 2015, p. 74-75).

Streck, Delfino, Barba e Lopes (2014, p. 1-8) fazem crítica, também, no que se refere o art. 6º do referido código de processo civil de que as partes devem “cooperar entre si”, pois acredita que isso os tornaria em instrumentos a serviço do juiz, privando-os da liberdade de litigar. Segundo os autores, “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 aquilo que acreditam e postulam em juízo”.

Sobre o assunto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 499) afirmam que a interpretação do artigo deve-se no sentido de que a colaboração devida no Estado Constitucional não é entre as partes, mas sim do juiz para com elas. Afirmam que “as partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio”.

No entanto, Pinho (2015), entende ser necessário e constitucional o dever de colaboração ensejado pelo código de processo civil no sentido do diálogo entre as partes.

No mesmo sentido, Donizetti (2012) afirma que esse moderno modelo processual, que confere o Juiz uma postura de participante ativo do contraditório, também almeja uma democracia participativa no processo com a participação ativa das partes, legitimando assim o procedimento.

Em consonância com o acima exposto, Pinho (2015, p. 411) afirma que, uma vez excluído esse dever de cooperação das partes entre si, restaria inócua uma de suas principais finalidades, que é a de “tornar o processo civil algo mais eficaz, mais célere e menos custoso”. E completa:

A experiência mostrou que, sem a cooperação das partes, não há como promover a celeridade do processo judicial. A existência no processo civil de inúmeros instrumentos e recursos à disposição das partes para assegurar os direitos e as garantias constitucionais processuais demanda uma atuação cooperativa das partes e de seus procuradores que atente para as necessidades do caso concreto, para o uso adequado dos instrumentos processuais e para as limitações do Poder Judiciário, já assoberbado de processos (PINHO, 2015, p. 411).

Por isso, Donizetti (2012) afirma que é necessário mudar essa mentalidade de individualismo no processo, como se fosse um combate ou um jogo de impulso egoístico, para uma postura de colaboração com boa-fé e ética, a fim de fortalecer o diálogo processual e obter uma justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto.

Sobre as críticas feitas em relação a suposta utopia entre as partes colaborarem entre si, Machado (2016) afirma que “não se pensa aqui em um jardim do Éden”, pois não se objetiva uma amizade entre as partes, uma vez que a intenção da colaboração não é coibir a defesa dos interesses dos litigantes, mas sim que haja uma cooperação entre ambas, a fim de que sejam observados os deveres de veracidade e de lealdade²⁷.

No mesmo sentido, Pinho e Alves (2015) afirmam que o que se espera das partes e do magistrado, quando na imposição de cooperarem entre si, é uma atuação ética dos indivíduos ao buscarem seus direitos, colaborando com o juiz para atingir a finalidade proposta no moderno modelo processual, qual seja, uma decisão de mérito justa e efetiva, proferida em tempo razoável²⁸.

²⁷ “Sob outro ângulo, este vínculo cooperativo levará o juiz a dirigir o processo assegurando a liberdade das partes e a igualdade, tudo com vias a minimizar as diferenças fáticas, direcionando o processo para uma decisão rápida e justa” (MACHADO, 2016).

²⁸ Conforme Pinho e Alves (2015, p. 19): “a adoção de uma postura beligerante não é sinônimo de advocacia zelosa. Outrossim, tampouco está de acordo com os direitos e garantias processuais constitucionais, uma vez que ela afeta a própria eficácia do exercício da jurisdição e do acesso à Justiça, tornando o processo algo mais longo e custoso, e contribuindo para travancar o Poder Judiciário com milhares de ações que nunca terminam. Se a disputa é algo inerente às sociedades complexas, e que decorre das inúmeras diferenças entre as pessoas, também a cooperação é um

Contudo, esse princípio não retirará a liberdade das partes, pois não visa alcançar a utopia de um “*comportamento absolutamente altruísta dos litigantes adversários no desenrolar do feito*” (PINHO, 2015, p. 412), tendo em vista que as partes tem interesses contrários e parciais, mas apenas impõe seu exercício em consonância com as regras do processo.

Dessa forma, ainda de acordo com Pinho (2015, p. 412), “dentro dessa perspectiva, fica claro que a cooperação está em plena consonância com a Constituição Federal de 1998”.

3.4 DEVERES DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Do princípio da cooperação se extraem deveres processuais a serem cumpridos por seus sujeitos, de modo que estes os orientem para adoção de uma postura colaborativa, defendendo seus interesses mas com respeito as regras do processo, para que seja cumprido o que preceitua o art. 6º do CPC: a obtenção de uma decisão justa e efetiva em um tempo razoável e com menor custo.

Quando se fala nos deveres, o que deve ser lembrado, conforme ensina Didier Jr. (2016), é que não se faz necessária a existência de regras jurídicas expressas para que haja a eficácia normativa decorrente do princípio da cooperação:

Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação deste dever ao magistrado. Ao *integrar* o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo) (DIDIER JR., 2016, p.128).

Sistematizar os deveres processuais decorrentes do princípio da cooperação não é simples. Segundo Didier Jr. (2016, p 128), “convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado”, sendo, inclusive, o dever de cooperação um deles, podendo este ser sistematizado em deveres de lealdade, esclarecimento e proteção.

pressuposto essencial da construção e do desenvolvimento da vida social. Mais soluções são alcançadas através do diálogo do que através de brigas”.

Dentre os deveres do Juiz, em decorrência do princípio da cooperação, encontram-se: dever de esclarecimento, de diálogo ou consulta, de prevenção e de auxílio, sendo que “esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo” (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 499).

O dever de esclarecimento implica na postura do magistrado, bem como do Tribunal, em buscar tirar suas dúvidas com as partes em relação aos fatos, seus pedidos ou alegações. Do mesmo modo, esse dever também impõe ao órgão jurisdicional de esclarecer seus próprios pronunciamentos às partes, esclarecendo os motivos de suas decisões (DIDIER JR., 2016).

O dever de diálogo ou consulta veda as denominadas “decisões-surpresa”, que são aquelas dadas sem a prévia discussão do magistrado com as partes (PARCHEN, 2017, p. 11) ²⁹. Essa vedação encontra-se expressamente no art. 10 do Código de Processo Civil, com o seguinte teor: “*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*” (BRASIL, 2017).

Ou seja, o dever de consulta tem como objetivo reforçar o diálogo processual, fazendo com que antes de qualquer decisão judicial, até naquelas em que se permite o conhecimento “ex officio”, o Juiz intime as partes para se manifestarem acerca do assunto (DIDIER JR., 2016).

Quanto ao dever de prevenção e em decorrência dele, o Juiz deve alertar as partes quando faltar algum pressuposto em sua postulação, indicando o erro para que este venha a ser corrigido (DIDIER JR., 2016).

Neto e Machado (2016) esclarecem que o dever de prevenção se materializa nas seguintes situações:

- a) na vedação à extinção *tout court* do processo, sem antes abrir prazo à parte para sanar eventuais vícios acerca da incapacidade processual ou a

²⁹ A autora conclui que “o diálogo do juiz com as partes é, na verdade, uma garantia de democratização do processo, porquanto exige a aplicação do iura novit curia com olhos na efetiva e correta aplicação do direito e na justiça do caso. A colaboração das partes com o juiz e deste com aquelas é uma decorrência lógica da concretização do princípio do contraditório. Isso porque o conteúdo do contraditório [...] não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los; ao invés, vai mais além, consiste também na faculdade de as partes contribuírem efetivamente na formação do provimento judicial (PARCHEN, 2017, p. 10)”.

irregularidade de representação (arts. 76 e 317, novo CPC); b) na prévia advertência antes de aplicação da pena de ato atentatório à dignidade da justiça, no caso de não cumprimento com exatidão às decisões jurisdicionais (art. 77, § 1º, art. 772, II, novo CPC); c) na intimação do autor para emendar a petição inicial sempre que ela seja inepta ou apresente defeitos e irregularidades capazes de impedir ou dificultar o julgamento de mérito (arts. 317, 321 e 352, novo CPC) (NETO E MACHADO, 2016, p. 17).

O dever de auxílio, por sua vez, importa no alcance da tutela jurisdicional buscada, que deve ser adequada e efetiva, quanto ao cumprimento de deveres ou ônus processuais, contando com o apoio do Juiz para superar eventuais obstáculos (PARCHEN, 2017), como por exemplo na distribuição do ônus da prova nos casos previstos no art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil, com o seguinte teor:

O ônus da prova incumbe: [...] Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (BRASIL, 2017)

Sob o enfoque das partes, Didier Jr. (2016) indica como seus deveres o dever de esclarecimento, de lealdade e de proteção, nos seguintes termos:

a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (arts. 79-81 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 5º CPC); c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, art. 77, VI, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 520, I e 776 CPC) (DIDIER JR., 2016, p. 129)

O principal objetivo do processo é pôr fim ao litígio. Todavia, esse fim não significa dar às partes apenas uma decisão qualquer que encerre formalmente o processo, mas sim uma decisão que devolva às partes o que vieram buscar: uma solução justa e efetiva para o caso concreto. Conforme leciona Bedaque (2010), “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona as partes o resultado desejado pelo direito material”.

De qualquer forma, o que se pode observar é que o princípio da cooperação exige comportamentos que concretizem um processo leal e cooperativo a fim de que

a decisão seja proferida em tempo razoável e, principalmente, seja justa (DIDIER JR., 2016).

4 O ADVENTO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Até a Constituição Federal de 1988 as três funções distintas convencionalmente intituladas de defesa dos interesses da sociedade e dos interesses do Estado eram atribuídas a um mesmo órgão, o Ministério Público, sendo a defesa dos interesses dos necessitados exercida ora pelo Ministério Público, ora por Procuradores do Estado, carecendo de uma efetiva organização e autonomia (BRILHANTE, 2015).

A representação judicial da União era feita pelo Ministério Público da União, enquanto que as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo ficavam a cargo da Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República. Extrajudicialmente, a representação da União se fazia parcialmente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, como órgão do Ministério da Fazenda (VALENTE, 2013).

Em decorrência da necessidade de desvincular o Ministério Público da representação judicial da União, para que pudesse cumprir integralmente com sua função de defesa dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, bem como pela conveniência em organizar em uma única instituição a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, é que nasceu a Advocacia-Geral da União (VALENTE, 2013).

Após o advento da Constituição Federal de 1988, aquele conjunto de funções se enquadrou na “advocacia pública *lato sensu*”, apresentadas sob a denominação de “funções essenciais à Justiça”, no capítulo IV, da CF/88, dividindo-se respectivamente nos seguintes órgãos: Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública (BRILHANTE, 2015)³⁰.

Nesse sentido, Souto (2009, p. 11) entende que:

[...] o Constituinte Originário pretendeu posicionar a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, para que esta pudesse exercer,

³⁰ O autor defende que “o delineamento e a razão de ser dessa tripartição ficam bem entendidos quando vistos à luz da discriminação dos interesses para os quais se volta distintamente cada uma das funções” (BRILHANTE, 2015, p. 25).

de modo independente, a representação judicial e extrajudicial da União em relação a esses Poderes. O Constituinte Originário também estabeleceu para a AGU o desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, mas apenas do Poder Executivo, o que significa dizer que apenas essas atividades serão exercidas com exclusividade pela AGU.

Feito esses esclarecimentos, o trabalho passa a analisar a estrutura da Advocacia-Geral da União estabelecida Constituição da República de 1988.

4.1 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E SUA ESTRUTURA

A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União, diretamente ou através de órgão vinculado, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos da Lei Complementar 73 de 1993 (art. 131, da Constituição Federal c/c art. 1º e parágrafo único da Lei Complementar 73 de 1993).

A instituição da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União ocorreu pela Lei Complementar 73 de 1993, que dispõe sobre a organização e funcionamento da nova instituição (VALENTE, 2013, p. 2), atualmente com proposta de alteração pela PLP 337/2017³¹ (BRASIL, 2017).

Tramita também a PEC 82/2007, elaborada para alterar a Lei Complementar 73/1993, sendo apresentada ao Congresso Nacional em 2007, visando a independência da advocacia pública federal e o reforço a autonomia funcional, administrativa e financeira da AGU, segundo o autor, deputado Flávio Dino.

A Lei Complementar nº 73 de 1993, em seu art. 2º, §5º, define como sendo membros da Advocacia-Geral da União:

O Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos,

³¹ No projeto de nova Lei Orgânica, está previsto que a Procuradoria-Geral Federal (PGF), a Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), a Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT), bem como o vice Advogado-Geral da União e a Corregedoria, passem a constar oficialmente na Lei Orgânica como órgãos de direção da AGU. As mudanças também alcançam as procuradorias regionais e seccionais da PGF e PGBC, além das consultorias jurídicas da União e junto às autarquias e fundações, que passarão a constar como órgãos de execução (BRASIL, 2017).

os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.

O mais alto órgão e chefe da Advocacia-Geral da União é o Advogado-Geral da União, sendo escolhido pelo Presidente da República e submetido à direta, pessoal e imediata supervisão desse (art. 3º da Lei Complementar 93 de 1993).

Há crítica por alguns autores sobre a escolha do Advogado-Geral da União ser feita pelo Presidente da República, principalmente no sentido de que, sendo a Advocacia-Geral da União competente para representar judicialmente e extrajudicialmente em suas três esferas (executiva, legislativa e judiciária)³², não há razão para apenas o chefe de um dos três poderes escolher o chefe da sua instituição (GUIMARÃES, 2011)³³.

Nesse raciocínio, a defesa do Estado não poderia se confundir com a defesa de governo: “o advogado de Estado, não obstante o exercício de tarefas específicas, deve buscar o resguardo do interesse público, tendo a sensibilidade de não se envolver na defesa dos interesses do governo” (GRANZOTTO, 2007, p. 10).

Sobre o assunto, explicita Guimarães (2011, p. 28) que:

[...] o Advogado Público defende o Estado Democrático de Direito na sua mais ampla acepção. Não é, portanto, advogado de partido político ou de um político pessoalmente determinado. Estes são transitórios conforme as eleições ocorram. Esta concepção ideológica de Advocacia de Estado certamente é interessante, porque o advogado público tem compromisso unicamente com o Estado Democrático de Direito, portanto, com a ordem jurídica e, mediatamente, com o povo.

Portanto, não se faz imperioso defender, por exemplo, um ato do governante do Estado que não esteja em consonância com o interesse público primário. Poderá ser defendido um ato de interesse público secundário somente quando esse não confrontar o interesse público primário, devendo a Advocacia-Geral sempre primar pelos interesses da sociedade (GUIMARÃES, 2011).

³² “O contencioso - judicial e extrajudicial - de competência da Advocacia-Geral da União, é prestado em sua plenitude à União (Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo), e o consultivo, em atenção exclusiva ao Poder Executivo da União” (GUIMARÃES, 2011, p. 23).

³³ “O ideal, democraticamente, portanto, seria que o legislador constituinte tivesse previsto que a nomeação do Advogado-Geral da União se desse entre os membros da carreira, além ser determinado um prazo determinado para o seu mandato, como forma de evitar ingerências e abusos políticos” (GUIMARÃES, 2011, p. 26).

4.2 AS SÚMULAS DA AGU

A Lei Complementar nº 73 de 1993 dispõe que é atribuição do Advogado-Geral da União, dentre outras, a edição de súmulas administrativas (art. 4º, inciso XII), sendo essa de caráter obrigatório para todos os membros elencados nos arts. 2º e 17 dessa mesma Lei, conforme prescreve o art. 43, caput, da Lei.

Observa-se que na própria lei orgânica da AGU há previsão expressa de proibição por meio de seus membros efetivos de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União, conforme prescreve o art. 28, inciso II da Lei nº 73 de 1993, assim como há previsão de que os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União no início de cada ano (art. 43, § 2º, Lei nº 73 de 1993).

Até 2004 a Advocacia-Geral da União possuía 20 súmulas administrativas (VALENTE, 2013, p. 18), sendo publicada em 18 de março de 2004 a portaria³⁴ 121 de 17 de março de 2004, elaborada pelo então Advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, na qual resolveu constituir o Grupo de trabalho com a finalidade de “examinar as Súmulas da Advocacia-Geral da União e apresentar ao Advogado-Geral da União proposta de consolidação, revisão, alteração ou revogação dos referidos atos” (art. 1º da portaria 121/2004).

O relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho contou com 250 páginas, tendo como objetivo apresentar ao Advogado-Geral da União suas propostas (VALENTE, 2013, p. 18).

Assim, o Grupo de Trabalho acordou, relativamente à Súmula da Advocacia-Geral da União, dentre outros itens, que: a Súmula da Advocacia-Geral da União é composta de enunciados editados pelo Advogado-Geral da União, devendo receber numeração sequencial; a atuação dos órgãos jurídicos e dos integrantes da AGU, PGF e PGBC, no exercício de suas atividades de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídicos, devem ser orientadas pelos enunciados da Súmula da AGU em caráter vinculativo; os enunciados da Súmula da

³⁴ “São atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal” (MEIRELLES, 2013, p. 201).

AGU expressem as teses firmadas nos Tribunais (STF, STJ e TST), destacando a controvérsia que foi posta em juízo, e neste pacificada (VALENTE, 2013).

Também acordou que, “quando a matéria objeto de decisão judicial proferida em um caso concreto tiver efeitos jurídicos estendidos para a via administrativa por lei ou decreto” não é necessária a edição de enunciado de Súmula da AGU, cabendo ao Advogado-Geral da União, neste caso, a expedição de instrução normativa ordenando a não proposição de ações judiciais nem interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos sobre a matéria, devendo os órgãos e integrantes que representam judicialmente a União segui-las, e nos casos de enunciados que tratam de matéria exclusivamente processual e que não encerram a interpretação de norma legal, mas tão somente postura da AGU e de seus órgãos vinculados perante decisões judiciais pode ser substituída por instrução normativa para que não interponham recursos e a desistam dos já interpostos sobre tema objeto de jurisprudência iterativa dos Tribunais (STF, STJ e TST) (VALENTE, 2013, p. 18-19).

Essas súmulas administrativas continham orientação jurídica sobre matérias pacificadas nos Tribunais Superiores, sendo sobre a mesma matéria expedida instrução normativa para autorizar ou determinar a desistência ou não interposição de recurso de decisões coincidentes com a súmula (SOUTO, 2009).

Assim, em 2004, o Advogado-Geral da União expediu o ato de 19 de julho 2004, alterando a denominação de “súmula administrativa” para “enunciado da Súmula da AGU”, revogando alguns enunciados, sendo por consequência expedidas diversas instruções normativas³⁵ (VALENTE, 2013, p 19):

No ano de 2004, após estudo elaborado por grupo de trabalho designado pelo Advogado-Geral da União, ficou estabelecido, com base em dispositivos da Lei Complementar nº 73, de 1993, que a Súmula da AGU era constituída de Enunciados (verbetes) contendo orientação jurídica sobre matérias pacificadas nos Tribunais Superiores. Foi mantida a praxe de expedição das consequentes instruções normativas, em face do disposto no art. 3º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

³⁵ “São atos administrativos expedidos pelos Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, II), mas também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim” (MEIRELLES, 2013, p. 198).

Em 2 de julho de 2008 foi expedido o Ato Regimental nº 1, dispondo sobre a edição e aplicação de Súmulas da Advocacia-Geral da União³⁶ (VALENTE, 2013, p. 19). Elas representam, conforme dita o art. 2º do respectivo Ato Regimental: “a consolidação da jurisprudência iterativa dos Tribunais e têm caráter obrigatório para os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993”, sendo elucidada em seu parágrafo único a definição de jurisprudência iterativa:

Entende-se por jurisprudência iterativa dos Tribunais, para os efeitos deste Ato Regimental, as decisões judiciais do Tribunal Pleno ou de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, dos Órgãos Especiais ou das Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, ou de ambas as Turmas que as compõem, em suas respectivas áreas de competência, que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário, dos seus membros, acerca da interpretação da Constituição ou de lei federal em matérias de interesse da União, suas autarquias e fundações (BRASIL, 2017).

Essa nova regulamentação veda aos membros da Advocacia-Geral da União, aos Procuradores Federais e aos Procuradores do Banco Central do Brasil contrariar Súmula da AGU (art. 6º, Ato Regimental nº 1 de 2 de julho de 2008) (VALENTE, 2013, p. 30).

Da mesma forma, a nova regulamentação da Súmula dispensa a expedição de instrução normativa para a desistência ou a não apresentação de recursos, conforme prevê o § 2º do artigo 6º do respectivo Ato Regimental³⁷.

4.3 O INTERESSE PÚBLICO E A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

O regime jurídico-administrativo é um regime de direito público aplicado aos órgãos e entidades que compõem a administração pública em geral, assim como os agentes administrativos (ALEXANDRINO, 2011).

Regime jurídico-administrativo é a designação dada a um sistema que, composto por diversos elementos sob uma perspectiva unitária, consagra dois

³⁶ Esse mesmo ato alterou a denominação de “Enunciados da Súmula da Advocacia-Geral da União” para “Súmulas da Advocacia-Geral da União” (art. 7º do Ato Regimental nº 1 de 2 de julho de 2008).

³⁷ “Os membros da Advocacia-Geral da União, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil que estejam em exercício nos órgãos de representação judicial da União ou de suas autarquias e fundações ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos que estejam em integral consonância com Súmula da AGU” (BRASIL, 2017).

princípios: a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e a Indisponibilidade dos Interesses Públicos (MELLO, 2013).

Dito isso, faz-se importante delinear a conceituação de interesse público como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**” ³⁸(MELLO, 2013, p. 62).

Ou seja, existe o interesse individual e particular de cada indivíduo singularmente considerado, e existe também o interesse igualmente pessoal dessas mesmas pessoas, mas como um membro da coletividade maior na qual está inserido, sendo esse último considerado interesse público (MELLO, 2013).

Outra ressalva se faz importante: o interesse público não se confunde com o interesse do Estado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 155): “Não é cabível confundir interesse público com interesse estatal, o que geraria um raciocínio circular: o interesse seria público porque atribuído ao Estado, e seria atribuído ao Estado por ser público”.

Segundo Justen Filho (2013, p. 155), essa concepção seria incompatível com a Constituição Federal: “o equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado”.

E é com base nisso que Rufino (2014) defende que o compromisso do Advogado público é com a sociedade, uma vez que exerce uma advocacia de Estado e não de governo. Não tem como missão “defender cegamente o órgão a que está vinculado ou o governante que está no poder no momento [...] Mira o interesse público primário, está comprometido com a lei e com a preservação do Estado Democrático de Direito”.

³⁸ Essa ressalva quanto a conceituação de interesse público se faz porque, conforme explicação de Mello (2013, P. 59), habitualmente pode-se associá-lo como antagônico ao interesse individual de cada um, dando ensejo a errônea conjectura de que trata-se de um interesse totalmente alheio aos interesses de cada uma das partes que compõe o todo: “Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a *um dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção *basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais*. É que, na verdade, o *interesse público*, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade* (entificada juridicamente no Estado)” (MELLO, 2013, p. 60).

Além do interesse primário, existe o interesse público secundário, que seria o interesse do Estado enquanto administração pública (MELLO, 2013)³⁹.

Em síntese, conforme Brilhante (2015, p. 54): “[...] apresentam-se o interesse secundário como aquele direto e imediato do aparelho estatal e o primário referindo-se aos fins últimos do Estado, a promoção do bem comum e a realização e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos”.

Visto a conceituação de conceito público, verifica-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é uma desigualdade jurídica proveniente da lei, sendo que esta define os limites da própria supremacia⁴⁰ (MEIRELLES, 2013).

O princípio da indisponibilidade do interesse público, por sua vez, significa que, uma vez que interesses são classificados como próprios da coletividade, tornam-se inapropriáveis, o que implica dizer que não se inclinam à livre disposição de particulares (MELLO, 2013, p. 58): “[...] O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”⁴¹.

³⁹ “É que, além de subjetivar estes interesses [decorrentes da vontade individual de cada um enquanto partícipes de uma Sociedade entificada juridicamente no Estado], o estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extra-jurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles” [destaque que não está no original] (MELLO, 2013, p. 65-66). Essa distinção trata-se de classificação feita entre o interesse público em primário e secundário, referindo-se supracitada citação ao interesse público secundário.

⁴⁰ Para Mello (2013, p 70), o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é “princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência [...] afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social”.

⁴¹ O autor afirma que, uma vez que os interesses públicos não podem contar com a livre disposição das pessoas administrativas, devendo curá-los nos termos das finalidades pré-determinadas legalmente, devem submeter-se aos seguintes princípios: “legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio da continuidade do serviço público; do controle administrativo ou tutela; da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; da publicidade; da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; do controle jurisdicional dos atos administrativos” (MELLO, 2013, p. 77).

É a impossibilidade de qualquer renúncia do interesse público, configurando-se como uma decorrência de sua supremacia (JUSTEN FILHO, 2015).

Granzotto (2007, p. 13) afirma que "o Estado não é um fim em si mesmo, mas instrumento para consecução de um fim, no caso, o interesse público". Assim, a atuação dos membros da AGU deveria ser exercida na busca desse interesse; contudo, são necessários certos requisitos para concretizá-las, dentre eles, a independência e a autonomia funcional do Advogado Público⁴².

4.4 INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

A Constituição Federal de 1988, ao instituir a Advocacia-Geral da União, não previu sua independência funcional, diferentemente da previsão expressa feita aos membros do Ministério Público, que tem como princípio institucional sua independência funcional (art. 127, §1º, da CF) bem como assegurada sua autonomia funcional e administrativa (art. 127, §2º, da CF).

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União também não anunciou tais prerrogativas. Inconsideradamente, ainda, impôs limites aos membros da Advocacia-Geral da União em seu art. 28, inciso II, ao proibi-los de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica do Advogado-Geral da União (GUIMARÃES, 2011).

Guimarães (2011) aponta que o fundamento para a legalidade da independência funcional⁴³ do Advogado Público se dá em decorrência de esse estar abrigado, além do regime estatutário que o vincula à entidade pública, também ao regime da Ordem dos Advogados do Brasil, que possui normas próprias que devem ser seguidas por todos os que exerçam a atividade de advocacia no Brasil⁴⁴.

⁴² O autor defende que, sem ditas prerrogativas, o exercício da função de defesa do interesse público depende "das boas intenções dos governantes, que muitas vezes impõe determinados comandos às suas procuradorias, exigindo o seu cumprimento em nome da hierarquia funcional" (GRANZOTTO, 2007, p. 13).

⁴³ Alguns autores mencionam "independência-técnica" no sentido de ressaltar a independência intelectual dos membros da AGU, mas o que se discute neste trabalho é a independência no sentido de autonomia para tomar decisões dentro de um processo. Caso apareça a nomenclatura "independência-técnica" em alguma bibliografia utilizada, será por autores que não fazem esta distinção. A independência funcional, na verdade, abarca a independência-técnica.

⁴⁴ "Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional" (§ 1º do art. 3º do Estatuto da OAB).

Assim, a independência funcional do Advogado Público encontra respaldo na Constituição Federal, quando essa, em seu art. 133, dispõe: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 2017).

Com efeito, Castro (2010, p. 6) afirma que mencionado artigo ao estabelecer a inviolabilidade, nos limites da lei, dos atos e manifestações do advogado no exercício de sua profissão não ressalta apenas uma garantia contra afrontas externas, mas também: “[...] pressupõe, por parte do profissional, a definição de condutas e a construção de posicionamentos num amplo espaço (embora não ilimitado) de liberdade intelectual (técnico-jurídico)”.

Rufino (2014) destaca que o fato de não haver previsão expressa na Constituição Federal quanto à independência funcional dos Advogados Públicos não retira essa garantia:

[...] Não seria razoável concluir que a Constituição conferiu tamanha atribuição Advocacia Pública, sem que estipulasse os meios para que pudesse alcançar o seu propósito. Embora não haja uma previsão expressa quanto à independência de seus membros, tal garantia é condição inafastável para que Advocacia Pública possa cumprir a sua missão.

Segundo Guimarães (2011), o art. 133 da Constituição Federal foi regulamentado pelos arts. 2º e seu §3º, 6º, 7º, 18, 31 e 32, todos da Lei 8.906 de 1994 – Estatuto da Advocacia.

Castro (2010, p. 8), com base nos artigos supracitados, extrai as seguintes conclusões:

a) o advogado goza de independência técnico-profissional; b) um vínculo funcional ou hierárquico, como na relação de emprego (art. 18) ou em qualquer outra circunstância (art. 31, §1o.), não atinge a independência técnico-profissional do advogado; c) os atos e manifestações dos advogados podem gerar responsabilidade quando eivados de vícios e praticados com culpa ou dolo.

Guimarães (2011, p. 31-32) defende que, pelo regime da independência funcional, o Advogado Público tem a prerrogativa de ter, como juridicamente lícita e protegida, uma conduta pautada no seu livre convencimento técnico-jurídico, como por exemplo formar um “juízo pessoal e próprio, por suas razões, convicções e

conhecimentos acerca de uma determinada questão jurídica”, não estando subordinado de modo absoluto a órgão ou poder.

Sobre a autonomia funcional, Barreto e Silva Filho (1998), afirmam que a Constituição Federal criou instancias funcionalmente desvinculadas das demais esferas do Poder Político, sendo que, desse modo:

[...] A plenitude, a eficácia e a própria efetividade dessa atividade exercida pelos advogados públicos dependem da liberdade, da independência, da autonomia de que eles gozem. Em vista disso, parece válida a assertiva: ou o advogado público, no seu mister, possui autonomia funcional ou a função que ele exerce não é essencial à justiça (BARRETO; SILVA FILHO, 1998, p. 7).

Desse modo, Barreto e Silva Filho (1998) defendem que a autonomia funcional é uma prerrogativa que garante o exercício de suas funções sem subordinação hierárquica a outro Poder, aos próprios chefes ou a seus órgãos colegiados, justificando-a no sentido que não venha a:

[...] interferir, dificultar ou impedir o seu poder-dever de oficiar de acordo com a sua consciência e a sua missão de velar e defender os interesses públicos primários, sem receio de “desagradar” quem quer que seja, Chefes dos Poderes Executivos, Ministros, Secretários, Advogado-Geral da União, Procuradores-Gerais de Estados, órgãos colegiados das Procuraturas (v.g., conselhos), chefias mediatas ou imediatas, magistrados ou parlamentares (BARRETO E SILVA FILHO, 1998, p. 8).

Brilhante (2017), por sua vez, questionado se “a prerrogativa da independência e da autonomia funcional conferida ao Ministério Público pela Constituição Federal se estende aos membros da Advocacia-Geral da União”, defende que o que se confere aos membros da Advocacia-Geral da União é a independência-técnica em sua atuação:

[...] A autonomia quase irrestrita que vem marcando a atuação do ministério público brasileiro não se coadunaria com a função institucional da AGU, de defesa e representação do Estado, em posição parcial por essência. Para expor melhor o desenho e os limites da atuação do advogado público, pode-se dizer que ele deve ir até o limite do jurídico na busca da viabilização e da defesa do ato ou agente que está representando (ANEXO A).

Isso porque atua com parcialidade, representa um lado, que é o Estado, e sendo desse modo, ao advogado público não cabe “[...] pautar-se por sua simples

opinião por sua concordância ou não com escolha política do administrador”, sendo a defesa do ato obrigatória nos casos em que não há invalidade jurídica (BRILHANTE, 2017, ANEXO A).

Quanto à necessidade de respeitar as súmulas da Advocacia-Geral da União e os pareceres normativos, Rufino (2014) ressalta que essas não anulam, sequer restringem a independência funcional conferida aos Advogados Públicos⁴⁵.

Para Granzotto (2007) não há razão em restringir a liberdade de atuação do Advogado Público, uma vez que o único interesse público indisponível é o primário, podendo o secundário ser disposto se em confronto com aquele.

Assim, segundo Guimarães (2011, p. 29):

O Advogado Público, portanto, deve pautar-se orientado nos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, atuando livre de ingerências políticas em seu juízo pessoal e próprio fundamentado acerca da questão jurídica reclamada. Para tanto se faz necessário que se dê o suporte legal para atuar à margem de uma relação hierárquica e de subordinação, tanto dentro quanto fora da Instituição.

Galante (2016) defende que a importância da independência técnica do advogado público ocorre pelo fato de fortalecer o advogado público, pois, além de se fortalecer o Estado, há também o fortalecimento “[...] da cidadania e da coletividade, posto que é amplo o seu desígnio na defesa e na realização do interesse público, peça fundamental para a concretização das políticas públicas asseguradoras dos direitos fundamentais”.

4.5 A NÃO-RESISTÊNCIA DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

Uma vez incorporado à instituição, o indivíduo tem que colaborar para ações mesmo que pessoalmente desaprove. Isso porque, uma vez investido na

⁴⁵ “A necessidade de uniformização de teses e procedimentos no âmbito da Advocacia Pública, seja como uma forma de assegurar a segurança jurídica (evitando-se uma anarquia jurídica, com a coexistência de interpretações jurídicas divergentes dentro da própria Administração Pública), seja como um caminho para diminuir a litigiosidade do Estado, aconselha a confecção de súmulas administrativas ou de pareceres normativos. Todavia, até a definição dessas questões, com a expedição de súmula, de parecer normativo ou de orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União, o direito de atuarem conforme sua consciência, com liberdade na escolha dos meios técnicos necessários para alcançar o fim legal, não pode sofrer nenhuma limitação” (RUFINO, 2014).

condição de agente público, “[...] suas consciências ou pejos morais em nada obstaram atuações que àquilo presumivelmente levariam [...]” (BRILHANTE, 2015, p. 140).

Brilhante (2015, p. 128) afirma que quase a totalidade dos advogados públicos “descartaria a recalcitrância processual, ate recriminando sua ocorrência”, mas que na pratica essa postura não consegue se concretizar, sendo marcada a Advocacia Pública por resistências inadmissíveis em decorrência do paradigma tradicional.

Os fatores que contribuem para a subsistência da postura ainda tradicional da advocacia pública são: a fragmentação de tarefas na atuação da Advocacia Pública⁴⁶, o superdimensionamento do dever de ofício⁴⁷ e a desumanização dos objetos burocráticos, elemento essencial para a eficácia desses já mencionados⁴⁸ (BRILHANTE, 2015).

Os deveres funcionais do advogado público, por si só, não o obrigam a esgotar todas as instâncias, por vezes até, ao contrário, desaconselha essa postura ou veda-a em muitos casos (BRILHANTE, 2015).

Por certo que a Advocacia Pública deve se manter parcial em sua atuação, sendo a não-resistência uma exceção a essa parcialidade.

Brilhante (2015) justifica a afirmação supracitada declarando ser essencial a parcialidade na atuação da Advocacia Pública, pela razão de que essa representa uma das partes, a União, mas também pela contraposição essencial à melhor solução da demanda⁴⁹.

Assim sendo, a não-resistência processual, conforme Brilhante (2015), é exceção, pois a parcialidade de cada uma das partes se configura essencial para o

⁴⁶ Isso porque, segundo Brilhante (2015), com a fragmentação de tarefas na atuação da Advocacia Pública, divisão feita em decorrência da grande demanda e de sua complexidade, há uma sustentação ao paradigma tradicional: “[...] isso se concretiza na medida em que o processo judicial para de ser percebido e trabalhado como um todo, dando lugar a análises e atuações compartimentalizadas, ato a ato, peça processual a peça processual”, dificultando a percepção de excessos de resistência e fragmentando a responsabilidade pela atuação institucional (BRILHANTE, 2015, p. 138).

⁴⁷ Característica essencialmente burocrática, “[...] trata-se de postura do funcionário que, no afã da máxima eficiência, vai além de seu dever institucional, acabando por desbordar de sua função e, pode-se dizer, por descumpri-la” (BRILHANTE, 2015, p. 142).

⁴⁸ A desumanização dos objetos burocráticos concretiza-se com um artifício catalisador: a desumanização: “[...] através dele, passa-se a lidar com uma parte adversa ou um particular sem rosto ou, ainda, com mais uma indenização ou isenção a ser contestada” (BRILHANTE, 2015, p. 149).

⁴⁹ Com efeito, o confronto das parcialidades de cada litigante permite que venham à luz aspectos e nuances do caso concreto que poderiam permanecer ocultos a uma análise unilateral, como seria a do magistrado desprovido desse artifício técnico do processo contraditório (BRILHANTE, 2015, p. 39-40).

contraditório, a fim de que não fiquem ocultas questões que possam prejudicar a melhor solução da demanda.

Mattos (2016) adverte que, embora o advogado público não seja imparcial, pelo fato de representar os interesses de união, deve ser cauteloso e impessoal quanto aos direitos dos cidadãos, uma vez que isso também representa o interesse público do Estado.

Rufino (2014) afirma que no âmbito do contencioso inexistente a obrigação “cega” de contestar ou recorrer de toda ação ou decisão contrária à Administração, uma vez que o Advogado Público tem como dever o bem comum, o interesse primário:

[...] assim, esse profissional deve buscar sempre o cumprimento da Lei e da Constituição, mesmo que isso vá de encontro com os interesses públicos secundários da Administração. Defender um ato ilegal, não atende o propósito da Advocacia de Estado, assim como protelar a concessão de um direito reconhecido ao cidadão.

Em tais oportunidades, o advogado público tem autonomia para não recorrer ou contestar, e também tem o dever de adotar essa postura. Para tanto, tendo em vista possuir independência funcional, não reclama uma autorização de órgão superior, contudo “é aconselhável que submeta a sua decisão ao conhecimento da chefia imediata como uma forma de fiscalização da atuação” (RUFINO, 2014) ⁵⁰.

Sobre uma possível flexibilização do paradigma tradicional sem que desnature a atribuição essencial da advocacia pública, Brilhante (2015, p. 87) aduz que os casos concretos devem ser analisados individualmente, elencando algumas hipóteses de não-resistência processual, mas advertindo que não se tratam de previsões absolutas: “na verdade, haverá mais a exemplificação de circunstancias potencialmente idôneas a afastar a resistência fazendária, as quais inclusive podem se sobrepor ou confundir entre si nos casos concretos”.

Brilhante (2015, p. 87-125) aponta como hipóteses de não-resistência:

a) Pedido autoral com exata previsão normativa: tal hipótese configura-se quando o autor da demanda postula por um direito que se encaixa com exatidão na

⁵⁰ Tal exigência deve ser feita em tempo hábil, ou seja, antes de expirar o prazo de defesa ou de recurso, devendo a comunicação contar com a explicitação dos motivos da conduta, podendo o Advogado Público ser responsabilizado por isso se “as razões não forem plausíveis (não estiverem fundadas na lei e na Constituição), ou, caso seja constatada desídia profissional” (RUFINO, 2014).

norma que rege a matéria, constatado pelo procurador encarregado da defesa da União⁵¹.

b) À força dos precedentes jurisprudenciais: nesse caso, a hipótese de não resistência configura-se quando há um precedente judicial sobre a matéria debatida, sendo a reprovabilidade de resistência oposta, nesse caso, ainda maior do que no caso do item anteriormente mencionado, uma vez que os precedentes judiciais tendem a ser “bem mais minudentes que uma regra positivada na legislação, a caracterização de inviabilidade da resistência processual com base em sua força normativa é mais certa e fechada, o que por sua vez facilita a percepção [...]”.

c) Por boa-fé e lealdade processuais: o advogado público tem o dever de agir em juízo com lealdade e boa-fé, tanto pela exigência do código de processo civil (contemplado pelo CPC de 1973, em seu art. 14, conforme apontado pelo autor, como também no CPC de 2015, no art. 5º), quanto pela Constituição Federal de 1988 (art. 37), quando exige a moralidade dos agentes públicos: “[...] Com efeito, a boa-fé e a lealdade processuais são limites dos mais vigorosos ao ímpeto da busca da vantagem processual a todo custo, tão ao gosto do paradigma tradicional de atuação da Advocacia Pública” (p. 110)⁵².

d) Estratégias processuais e a independência técnica do advogado público: como o advogado público detém certa liberdade para o exercício da advocacia, pode abrir mão de determinadas medidas processuais cabíveis por ter uma estratégia processual que visa um resultado posterior mais proveitoso⁵³.

e) Caráter antieconômico ou contraproducente da oposição: essa é uma situação realmente excepcional que se configura quando a questão controvertida tem natureza predominantemente econômica e a objeção da Fazenda Pública se revele

⁵¹ O autor indica que o melhor exemplo prático de configuração dessa hipótese se dá no caso de isenção de imposto de renda prevista para portadores de moléstia grave (BRILHANTE, 2015, p. 88).

⁵² “É o que se teria, por exemplo, no caso de um procurador que, em processo questionando por outro motivo a validade de um crédito fazendário, constatasse vício formal na sua fase de constituição (como a completa ausência de cientificação do devedor), e, mesmo diante dessa nulidade patente, seguisse opondo-se ao pedido da ação, simplesmente – o que é mais grave – sonogando aquela informação que seria determinante para a solução do caso (BRILHANTE, 2015, p. 113).

⁵³ Como exemplo, Brilhante (2015, p. 116) cita a hipótese de uma decisão interlocutória contrária ao interesse da Fazenda Pública com a fundamentação de falta de provas em suas alegações, cabendo agravo de instrumento para combatê-la. Porém, a depender dos elementos de posse do advogado público ou a seu fácil acesso, referida defesa poderia ser prejudicial aos interesses da Fazenda Pública, uma vez que tal medida possui todo um trâmite burocrático e também com reduzida possibilidade de êxito no recurso, seria mais válido apresentar de plano ao juízo os documentos demonstrativos das alegações feitas.

tão irrisória a ponto de não se justificar ou mesmo inviabilizar sua formalização, devendo ser levado em conta, além “[...] do dispêndio direto com a movimentação das máquinas administrativa e judiciária”, também com chance de piorar a situação fazendária e levar à derrota processual com os ônus pecuniários a ela inerentes.

Foi elaborado e encaminhado um questionário com perguntas relativas à AGU para o endereço eletrônico da Advocacia-Geral da União das cinco Regiões e para os Procuradores da Fazenda Nacional em Criciúma.

Somente o Procurador da PFN Igor Aragão Brilhante, que muito acrescentou, atendeu ao questionário, anexado na íntegra no presente trabalho (ANEXO A), o que prejudicou que fosse feita uma análise qualitativa.

Assim, quanto à aplicação do princípio da cooperação às atividades da AGU, o Procurador da PFN afirma que, uma vez que não há obrigação de defesa irrestrita e sendo a resistência vista apenas como um norte para a atuação do advogado público, existe possibilidade de uma conciliação entre a resistência e o princípio consagrado no atual Código de Processo Civil.

5 CONCLUSÃO

Com esta pesquisa constatou-se que não há um modelo totalmente adversarial ou inquisitorial, sendo que em cada tema específico prepondera um dos sistemas, e por haver equilíbrio entre eles no atual código de processo civil brasileiro é que se entende tratar de um modelo cooperativo.

Dessa forma, tendo em vista o atual Estado Democrático de Direito e sendo o Código de Processo Civil de 2015 o primeiro Código elaborado posteriormente à Constituição Federal de 1988, o novo modelo de direito processual instrumentaliza-se em consonância com a efetiva participação da sociedade, para que de modo deliberativo seja garantida a efetividade da prestação jurisdicional.

O modelo de cooperação decorre do princípio da cooperação, consagrado no Código de Processo Civil de 2015. Ele determina que todos os sujeitos do processo dialoguem entre si e contribuam para que a demanda seja resolvida em um tempo razoável. E com isso não quer dizer-se que as partes adotem uma postura de amizade, mas sim que os sujeitos processuais atuem com veracidade e ética perante o juízo.

Por outro viés, confirma-se que os membros da Advocacia-Geral da União atuam com uma postura de resistência processual quase que irrestrita, uma vez que defendem um lado, que é o Estado, por vezes configurando-se com excesso. Também se verifica que todos os membros estão vinculados às decisões do Advogado-Geral da União, uma vez que este é o responsável pela edição da Súmula da AGU, consolidada no começo de cada ano e devendo ser seguida por todos os seus membros.

Certifica-se que a AGU exerce uma atividade de Estado e não de governo, uma vez que defende o Estado primordialmente em seus interesses primários, sendo esses os interesses que cada indivíduo tem enquanto partícipe da coletividade. Com base nisso, conclui-se que, uma vez que a AGU defende os interesses da sociedade, obriga-se a resguardar o Estado Democrático de Direito.

Verifica-se também que a independência funcional e a autonomia funcional podem ser afetadas em razão de o Advogado-Geral da União ser indicado pelo Presidente da República, ou seja, a AGU representa também o interesse secundário da União, que representa um risco de choque com os interesses primários. No

entanto, ainda que a AGU não pertença a nenhuma das três esferas, não deve agir de forma imparcial, pois representa um lado, que é o Estado.

Assim, ainda que haja certa liberdade de atuação dos membros da AGU, esta se limita ao Direito e à lei, uma vez que adstrita ao princípio da legalidade. Todavia, conclui-se que essa legalidade não se refere à literalidade da lei, e é por isso que a independência funcional (ou técnica) é garantida aos membros da AGU, para que possam atuar de acordo com seus conhecimentos técnicos para alcançar a melhor solução para os interesses que defende, o que não significa dizer que podem atuar com base em suas convicções, uma vez que a parcialidade é intrínseca e necessária ao contraditório efetivo, que é o legitimador do processo (e, portanto, indispensável) no Estado Democrático de Direito.

Desse modo, conclui-se que para que o modelo de cooperação se aplique às atividades da AGU, atuando seus membros no processo de acordo com o Estado Democrático de Direito e, portanto, coadunando com o modelo processual de cooperação contemplado no atual Código de Processo Civil, o Advogado-Geral da União deve editar a Súmula da AGU anualmente de acordo com o modelo cooperativo, pois desse modo seus membros, que estão vinculados às súmulas, também contribuirão e atuarão no processo de modo cooperativo, o que não significa abdicar de sua parcialidade, uma vez que o objetivo não é que não haja a resistência processual, mas sim que em determinadas hipóteses não se atue com o propósito protelatório.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo descomplicado**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Precisamos de um novo Código de Processo Civil?**. 2010. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=168>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BARKER, Joel Arthur. **The business of paradigms**. Português, São Paulo: SIAMAR, c1991.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>>. Acesso em 14 abr. 2017.

BARRETO, Derly; SILVA FILHO. **O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos**. 1988. Disponível em: <[http://www.sindiproesp.org.br/pdf/O%20controle%20da%20legalidade%20diante%20da%20remo%C3%A7%C3%A3o%20e%20da%20inamovibilidade%20dos%20advogados%20p%C3%ABlicos%20\(Derly%20Barreto%20e%20Silva%20Filho\).pdf](http://www.sindiproesp.org.br/pdf/O%20controle%20da%20legalidade%20diante%20da%20remo%C3%A7%C3%A3o%20e%20da%20inamovibilidade%20dos%20advogados%20p%C3%ABlicos%20(Derly%20Barreto%20e%20Silva%20Filho).pdf)>. Acesso em: 13 set. 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, José Roberto dos Santos. Os Elementos Objetivos da Demanda Examinados à Luz do Contraditório. In: CRUZ, José Rogério e BEDAQUE, Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (Coordenadores). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas)**, 2002.

BORGES, Sabrina Gressler. **A instrução probatória no novo CPC e os modelos processuais**. 2015. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/134581/000987265.pdf?sequenc e=1>>. Acesso em 04 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. Lei nº 73 de 10 de fevereiro de 1993. **Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Portaria 121 de 17 de março de 2004. **Dispõe sobre Portaria da AGU que instituiu o Grupo de Trabalho**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/10613>>. Acesso em: 05 set. 2017.

_____. Projeto de Emenda Constitucional. **Dispõe sobre a PEC 82/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354302>>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Dispõe sobre o Código de Processo Civil**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. Projeto de Lei Complementar nº 337 de 2017. **Proposição que Altera a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122125>>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Notícia sobre PLP nº 337 de 2017. **Propostas que mudam Lei Orgânica e criam carreira de apoio são enviadas ao Congresso**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/propostas-que-mudam-lei-organica-e-criam-carreira-de-apoio-sao-enviadas-ao-congresso--489392>>. Acesso em: 06 set. 2017.

BRILHANTE, Igor Aragão. **Antimanual do Advogado Público**. Recife: Nossa Livraria, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Aldemario Araujo. **Os contornos da independência técnica do Advogado Público Federal**. 2010. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/observa/indcontornos.pdf>>. Acesso em 25 set. 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil volume 1**. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do processo. 31ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____, Fredie. **Razões para um novo CPC. Confiteor**. Disponível em <<http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/>>. Acesso em 16 mai. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros. 2016.

DONIZETTE, Elpídio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC**, 2012. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de; MOUZALAS, Rinaldo. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador). **Novo CPC doutrina selecionada: Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”)**, volume 1: parte geral. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. **A advocacia pública sob a nova ética da advocacia brasileira: a edificação de um capítulo**. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240530,21048-A+advocacia+publica+sob+a+nova+etica+da+advocacia+brasileira+a>>. Acesso em: 28 set. 2017.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **LAW OF EVIDENCE E COMMON LAW: O SISTEMA DE PROVAS E O SIGILO NO DIREITO INGLÊS**. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67963/70571>>. Acesso em 24 jul. 2017.

GUIMARÃES, Patrícia de Almeida Barbosa. **A Advocacia Pública da União e a Independência Funcional dos seus membros: Possibilidades e Limites**. 2011. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/224/Monografia_Patr%EDcia%20de%20Almeida%20Barbosa%20Guimar%E3es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2017.

GRANZOTTO, Cláudio. **Advogado de Estado – defesa do interesse público – independência funcional mitigada**. 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/advogado_de_estado_-_claudio_granzotto.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. **A verdade formal e a real têm relacionamento harmônico**. 2008. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade_formal_real_relacionamento_harmonico>. Acesso em 02 Out. 2017.

JAYME, Fernando Gonzaga; SALOMÉ, Joana Faria. **Em busca de um processo civil efetivo**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b132ecc1609bfcf3> >. Acesso em 12 Mai. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1987.

MACHADO, Rosiane Ferreira. **O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil como meio para uma lide mais célere, justa e efetiva**. 2016. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/52598/o-principio-da-cooperacao-no-novo-codigo-de-processo-civil-como-meio-para-uma-lide-mais-celere-justa-e-efetiva>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MAGALHÃES, Joseli Lima. **JURISDIÇÃO E PROCESSO EM GIUSEPPE CHIOVENDA**. 2010. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3501.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

MANDELLI, Alexandre Grandi; CHAVES, Christian Frau Obrador. **O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora**. Revista da PGFN, 2012. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/l%20%20dever%20de%20colaboracao.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**. Ed. RT. 2015.

_____, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. 2009. Disponível em: < <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil, volume 1**. 2. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MATTOS, Rodrigo Gerent. **Independência Funcional do Advogado Público Federal na Constituição da República Federativa do Brasil em uma advocacia de Estado atenta aos direitos dos cidadãos**. 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/22001>>. Acesso em: 29 set. 2017.

MAZZEI, Rodrigo. In: DIDIER JR., Fredie (coordenador). **Novo CPC doutrina selecionada**: Breve história ('ou estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. Volume 1: parte geral. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MEIRELLES, Hery Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil**: modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, José Carlos. **Duelo e Processo**. Revista da ABLJ. Rio de Janeiro, n. 23, 2003. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista23/revista23%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20Duelo%20e%20Processo.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2017.

NETO, Elias Marques de Medeiros. MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Princípio da cooperação no processo civil**. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/293-1034-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em 25 jun. 2017.

PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz**. [200-?]. Disponível em file:///C:/Users/Usuario/Downloads/IMPACTO%20DO%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20COOPERA%C3%87AO%20NO%20JUIZ.pdf. Acesso em 31 jan. 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Rumo à construção de um processo cooperativo**. Revista de Processo, n. 219, São Paulo: RT, 2013.

PILATI, José Isaac. Audiência pública na Justiça do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**, volume 1: teoria geral do processo – 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. **A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/16872-56077-1-PB.pdf>. Acesso em 22 fev. 2017.

ROPPO, Enzo. Transformações do contrato na sociedade contemporânea: “declínio” ou “relançamento” do instrumento contratual?. In: ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

RUFINO, Fernando Bianchi. **O advogado público e a independência funcional.** 2014. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/29887/o-advogado-publico-e-a-independencia-funcional>. Acesso em: 28 set. 2017.

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do novo código de processo civil.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 17 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUTO, Carlos Araújo. **A AGU E A REDE DE CONTROLE GOVERNAMENTAL.** 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2054220%20(5).PDF>. Acesso em: 23 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz et al. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição.** Revista Consultor Jurídico, 2014.

TARUFFO, Michele. **Observações sobre o modelos processuais de *civil law* e de *common law*.** Tradução José Carlos Barbosa Moreira. Revista de Processo, São Paulo, abr./jun.2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum – volume 1.** 57. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. **HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.** 2013. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/historico_da_agu.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. A cidadania na República Participativa: Pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde. 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107508/319593.pdf?sequencia=1&isAllowed=y>. Acesso em 06 set. 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional:** o modelo constitucional do processo Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Disponível em:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/O_Modelo_Constitucional_do_Processo_Civi.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2017.

ANEXO A

1) Qual a origem da Advocacia-Geral da União?

Foi a Constituição Federal de 1988 que instituiu a Advocacia-Geral da União como órgão autônomo e no desenho atualmente vigente, destacando atribuições e funções antes a cargo de outros órgãos públicos, em especial do Ministério Público Federal. É interessante conferir o artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para visualizar bem aquele momento de transição de modelo institucional e criação de órgão novo.

2) A Advocacia-Geral da União realiza função social?

Direta e indiretamente. Sobretudo nestes tempos de acentuada judicialização das questões e atuações administrativas, é a Advocacia Pública – a AGU, no âmbito federal – que viabiliza, dá segurança jurídica e defende a concretização de projetos, programas e políticas públicas. Ao lado da orientação e controle jurídico previamente feitos, cabe à Advocacia Pública a posterior defesa em juízo das atuações estatais. Escolas, hospitais, estradas, habitação popular, licitações e contratos de área médica, educacional, de segurança pública... tudo isso passa, em mais de um momento, pela Advocacia Pública; no âmbito federal, pela AGU. E, indiretamente, é ainda mais amplo o alcance social da AGU. Isso por conta de sua específica função de recuperação de créditos públicos. Como órgão responsável em grande medida pela arrecadação federal – sobretudo através da PGFN –, a AGU acaba sendo determinante para o provimento e a garantia de recursos para todas as áreas de atuação do Estado, inclusive quanto à remuneração e manutenção das demais instituições e agentes públicos mais diretamente vinculados a determinada atuação mais, por assim dizer, diretamente social.

3) Os membros da Advocacia-Geral da União são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão?

Além da inviolabilidade e das prerrogativas ínsitas à função de advogado, há recente previsão legal de conveniente menção, por sua especificidade e explicitude: Lei 13.327/2016, art. 48, § 2º. No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo [os membros da AGU] não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude. Os advogados públicos contam com algumas normas expletivas

4) A prerrogativa da independência e da autonomia funcional conferida ao Ministério Público pela Constituição Federal se estende aos membros da Advocacia-Geral da União?

O que se confere aos membros da AGU, assim como aos Procuradores de Estados e de Municípios, é a independência técnica em sua atuação. A autonomia quase irrestrita que vem marcando a atuação do ministério público brasileiro não se coadunaria com a função institucional da AGU, de defesa e representação do Estado, em posição parcial por essência. Para expor melhor o desenho e os limites da atuação do advogado público, pode-se dizer que ele deve ir até o limite do jurídico na busca da viabilização e da defesa do ato ou agente que está representando. Ou seja, não cabe ao advogado público pautar-se por sua simples opinião por sua concordância ou não com escolha política do administrador; não havendo invalidade jurídica, o respeito e a defesa do ato lhe é obrigatória.

5) O princípio da cooperação, consagrado no Código de Processo Civil de 2015, pode ser aplicado à Advocacia-Geral da União? Em caso afirmativo, como poderia se aplicar, tendo em vista a obrigação em resistir a tudo que envolva a União?

O fundamental é compreender-se a real função do advogado público. Não há a obrigação de defesa, como autômato, de tudo que advenha ou derive do Estado. Não há essa obrigação de defesa irrestrita. O limite da atuação e da resistência há de ser sempre a Lei, o Direito. Como se sabe, a um agente do Estado não é dado atuar fora

da legalidade – advogados públicos incluídos. Então, a obrigação de resistência deve ser compreendida não como um dogma inflexível, mas como um norte, uma presunção de atuação do advogado público. Trata-se, pode-se dizer, de um ponto de partida imperativo e inafastável em razão da natureza da função do procurador, mas que pode chegar, em um segundo momento, à excepcional (sempre excepcional) conclusão de não-resistência no caso concreto. Compreendido, assim, o real figurino da função do advogado público, fica bem facilitada a percepção da conciliabilidade entre sua atuação processual e o princípio da cooperação.

6) Há um fundamento que permita uma postura de não-resistência processual indiscriminada? Em caso afirmativo, quais as possíveis consequências?

Os casos de não-resistência são e serão sempre excepcionais – e isso é de importante menção e reiteração, porque é essa noção que previnirá a desnaturação do papel – “parcial”, por essência – do advogado público. A não-resistência virá, portanto, apenas extraordinariamente, quando no exame detido do caso concreto concluir-se que, de fato, não há respaldo jurídico para a defesa. A pretexto de “cumprir seu dever de ofício” de resistir processualmente, não pode o advogado público avançar em defesa que contradiga ou extrapole o interesse público e o ordenamento jurídico. Ao Estado, por seus órgãos e agentes (no que se incluem advocacia e advogados públicos), isso não é possível. Então, ao fim e ao cabo, ao não resistir em casos que comprovada e estudadamente são de fato de não-resistência, o procurador estará a cumprir fielmente sua função pública, não havendo por que falar em consequências negativas para sua atuação.