

para as partes e para o juiz relativamente aos documentos que requerente e requerido eventualmente deixarem de exibir na inicial e na resposta, os quais não poderão ser invocados nem considerados no julgamento da controvérsia, em qualquer processo que a tenha por objeto, entre as mesmas partes”. Conviria também já adiantar que não haverá tal preclusão quando se tratar de documento novo, assim entendido aquele relativo a fato superveniente ou aquele cuja existência a parte ignorava – de forma análoga ao que ocorre no caso de ação rescisória (justamente para evitá-la);

g) Também convém disciplinar a exibição de documento em poder de terceiro, com a ênfase para a oportunidade de defesa. Ainda que, nesse caso, o destinatário não seja o protagonista do litígio “principal”, ele pode ter razões fundadas para não exibir o documento e isso precisa ser submetido ao crivo do devido processo legal. Naturalmente, se a medida for preparatória, convém positivar que serão litisconsortes necessários todos aqueles que deverão figurar no processo principal; e

h) Finalmente, é preciso considerar a eventualidade de caber medida de busca e apreensão de documento, quando houver fundada razão para colheita de elementos de convicção e fundado receio de extravio ou perda. Mais uma vez, e até com maior rigor, há que se exigir que o requerente delimite o objeto do pedido e que dê razões da ciência de estar o documento no lugar designado. Daí em diante, será preciso seguir todas as cautelas hoje já previstas, quer pelo Código de Processo Civil, quer pelo de Processo Penal.

OS TRÊS MODELOS DE DIREITO PROCESSUAL: INQUISITIVO, DISPOSITIVO E COOPERATIVO¹

FREDIE DIDIER JR.²

Súmaro : 1. Nota introdutória – 2. “Princípios” dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: adversariale inquisitorial – 3. Nota sobre o “garantismo processual” – 4. Processo cooperativo: um terceiro modelo de organização do processo. Princípios e regras de cooperação. Eficácia do princípio da cooperação.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Há diversos modelos de direito processual, e todos eles podem ser considerados em *conformidade* com o princípio do devido processo legal. Tudo vai depender de que se entende por *devido processo legal*, que, por se tratar de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do espaço e do tempo em que seja aplicado.

A doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. Identificamos um terceiro modelo: o processo cooperativo.

Vamos examinar cada um deles.

2. “PRINCÍPIOS” DISPOSITIVO E INQUISITIVO. MODELOS TRADICIONAIS DE ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO: *ADVERSARIALE INQUISITORIAL*

A organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais. Cada um deles exerce um papel, mais ou menos relevante, na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo.

1 Escrito em homenagem ao Professor José Ignacio Botelho de Mesquita.

2. Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

A doutrina costuma identificar dois *modelos* de estruturação do processo: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*. Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia,³ a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema.

Em suma, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir⁴. O modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo⁵.

A divisão do “trabalho” processual é tema clássico e dos mais importantes. Como afirma BARBOSA MOREIRA, “falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados”.⁶

Fala-se que, no modelo *adversarial*, prepondera o *princípio dispositivo*, e, no modelo *inquisitorial*, o *princípio inquisitivo*. Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de “espécie normativa”, mas, sim, de “fundamento”, “orientação preponderante” etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas

relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será. A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.

Já se pretendeu distinguir o processo penal e o processo civil exatamente pelo conjunto de poderes atribuídos ao magistrado, inicialmente mais intenso naquele do que nesse⁷.

Também haja quem relacione o processo *adversarial* ao *common law* e o processo inquisitivo ao *civil law*. Como primeiro passo, a relação é correta, mas não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas vêm causando um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.

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. 128, 263 e 460, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (art. 130 do CPC).

Convém transcrever o pensamento de BARBOSA MOREIRA: “...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração”.⁸

Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da *dispositividade* ou da *inquisitorialidade* que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*⁹. Não é possível afirmar que o modelo processual

3 Sobre os problemas desta dicotomia, DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3 e segs; CHASE, Oscar G. “A ‘excepcionalidade’ americana e o direito processual comparado”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 110, p. 122.

4 JOLOWICZ, J. A. “Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation”. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 177.

5 DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*, cit., p. 3. No original: “The adversarial mode of proceeding takes its shape from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is to reach a verdict. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under the first system, the two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perform most activities”.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual civil* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

7 Atualmente, uma tal distinção não se justifica. Ver, por todos, o excelente trabalho de MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”. *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201-215.

8 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

9 JOLOWICZ, J. A. “Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation”, cit., p. 175-176.

brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.

É fundamental visualizar o problema, enfim, sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto litigioso do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc. No primeiro aspecto, há uma dimensão substancial da *dispositividade/inquisitividade*; no segundo, uma dimensão *processual* do tema.

BARBOSA MOREIRA e BEDAQUE defendem uma outra acepção do princípio dispositivo: é “preferível que a denominação *princípio dispositivo* seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (...) Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual”.¹⁰⁻¹¹

Os autores, como se pode constatar, pretendem dar ao *princípio dispositivo / inquisitivo* uma dimensão substancial, pois o relaciona à situação jurídica discutida: se disponível, processo dispositivo; se indisponível, processo inquisitivo.

Note-se, porém, que, independentemente da natureza do direito discutido, persiste a necessidade de iniciativa da parte para dar início ao processo. No entanto, admite-se a abertura *ex officio* de processo de inventário (art. 989, CPC), que cuida de interesses eminentemente disponíveis¹². Também é irrelevante a natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial de produção de provas (art. 130 do CPC).

3. NOTA SOBRE O “GARANTISMO PROCESSUAL”.

A doutrina costuma relacionar o modelo *adversarial-dispositivo* a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo *inquisitivo* a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem freqüente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão 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.

É desse contexto que surge uma doutrina denominada de *garantismo processual*, que tem por objetivo *proteger* o cidadão dos abusos do Estado, caracterizado, no caso,

10 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

11 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 90.

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 92.

pelo aumento dos poderes do juiz. Esse pensamento funda-se na doutrina do filósofo italiano LUIGI FERRAJOLI¹³, que esboçou uma teoria do garantismo para o Direito. Há ardorosos defensores desta concepção, destacando-se JUAN MONTERO AROCA (Espanha), LUIS CORREIA DE MENDONÇA (Portugal), FRANCO CIPRIANI (Itália)¹⁴ e HUGO CAVERO (Peru)¹⁵. Esse pensamento já foi denominada no Brasil de “neoprivatismo processual”¹⁶.

Para essa corrente, a própria discussão sobre a boa-fé no processo revela traços autoritários¹⁷. Há evidente exagero. Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes “guerream” por seus interesses? Ademais, como afirma LEONARDO GRECO, “bem aplicado, esse princípio... serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal”¹⁸, pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes, “pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade”¹⁹.

4. PROCESSO COOPERATIVO: UM TERCEIRO MODELO DE ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIOS E REGRAS DE COOPERAÇÃO. EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e

13 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. Fauzi Choukr (trad.). São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.

14 Sobre essa concepção, amplamente, consultar a coletânea AROCA, Juan M. (org.). *Proceso e ideología*. Valência: Tirantoblanch, 2006.

15 CAVERO, Hugo. “El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas, 2009, n. 14, p. 18-20.

16 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O neoprivatismo no processo civil”. *Leituras complementares de Processo civil*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 309-320.

17 AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valência: Tirantoblanch, 2001, p. 106-108; MENDONÇA, Luís Correia de. “O vírus autoritário”. *Julgar*. Lisboa: Associação sindical dos juizes portugueses, 2007, n. 1, p. 86 e segs.

18 GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 164, p. 49.

19 GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, cit., p. 52.

não mais como um mero espectador do *duelo* das partes²⁰. O contraditório volta a ser valorizado²¹ como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida²².

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 processo²³, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.

O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia. DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, que fala em *modelo participativo de processo* comotécnica de construção de um processo civil *democrático* em conformidade com a constituição, afirma que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”²⁴.

Disso surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma “dupla posição”: “mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual”, e “assimétrico” no momento da decisão²⁵; não conduz o processo *ignorando* ou *minimizando* o papel das partes na “divisão do trabalho”²⁶, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio.

No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem *com* o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva. 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; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. Em um processo autoritário/inquisitorial, há essa assimetria *também* na condução do processo²⁷.

Assimetria, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por *poderes processuais*, distinta da posição processual das partes, recheadas de *ônus* e *deveres*. Os princípios do *devido processo legal* e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou *deveres-poderes*, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo²⁸. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo.

Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.

Mas é preciso compreender qual é a eficácia normativa deste princípio.

O princípio da cooperação atua *diretamente*, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Essa eficácia normativa independe da existência de *regras jurídicas* expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado.

Repita-se: o princípio da cooperação torna *devidos* os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.

O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, 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. *O dever de cooperação é um deles.*

Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e de *proteção*²⁹.

20 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Garantia do Contraditório”. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.

21 Como já fora no processo medieval romano-canônico, GIULIANI, Alessandro. “L’ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello di ordine isonomico)”. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 1998, v. 43, p. 611; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 25-26; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

22 Sobre esse papel do princípio do contraditório, neste contexto histórico, muito oportuna a leitura de MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 89-90.

23 “Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles [sujeitos processuais]: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda *se justifica pela complexidade da vida atual*”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”, cit., p. 27, texto entre colchetes e grifo acrescentados.) O autor também defende a existência deste novo modelo de direito processual (cit., p. 28).

24 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215. Neste mesmo sentido, ZANETTI Jr., Hermes. *Processo constitucional*, cit., p. 60-61.

25 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 102-103.

26 Expressão consagrada em doutrina: JOLOWICZ, J. A. “Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation”. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 182; MOREIRA, José Carlos Barbosa “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, p. 35-44.

27 “No modelo assimétrico, todavia, o magistrado passa a gozar de amplos poderes de condução do processo, assumindo em definitivo a sua direção” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 98).

28 Assim, ZANETTI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198-199.

29 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 604; VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 405.

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

Mas também em relação ao órgão jurisdicional é possível visualizar a aplicação do princípio da cooperação.

O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado.

O *dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo³⁰, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas³¹. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não-advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever³².

O *dever de esclarecimento* não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes³³. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada. No Direito brasileiro, decisão obscura é impugnável por meio do recurso de embargos de declaração (art. 535, I, CPC).

30 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65. Assim, também, GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

31 Art. 266 do CPC de Portugal: “2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato”.

32 Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I, do CPC brasileiro (“Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 51).

33 Afirmando a existência de deveres para o juiz, inclusive o dever de esclarecer as partes, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “Prólogo”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXII.

Fala-se ainda no *dever de consulta*.

O *dever de consulta* é variante processual do *dever de informar*, aspecto do *dever de esclarecimento*, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*,³⁴ sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir³⁵. Eis o *dever de consulta*.

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia³⁶. Como cabe ao magistrado a investigação oficial de algu-

34 Art. 3º, 3, CPC Português: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem”. Art. 8º, 2, CPC de Macau: “2º juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”. Art. 16 Novo Código de Processo Civil francês: “Le juge doit, entoutescirconstances, faireobserveretobserverlumi-mêmeleprincipe de lacontradiction. Il ne peut retenir dans SA décision, lesmoyens, lesexplications et lesdocumentsinvoqués ou produits par lesparties que si celles-ciontété à mêm d’endébattrecontradictoirement. Il ne peutfondersadécisionsurlemoyens de droitqu’il a relevés d’office sansavoiraupréalableinvitéslesparties à présenterleursobservations”. (na tradução de EDUARDO FERREIRA JORDÃO: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações.”) Art. 101, 2, CPC italiano, recentemente reformado: art. 101 do CPC italiano agora tem um “2º comma”, com a seguinte redação: “Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

35 “Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhes, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”. *Temas de direito processual – 8ª. série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202.)

36 GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966, n. 4, p. 591-592 e 608; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 28-29; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231

mas questões (como, p. ex., os pressupostos processuais e as condições da ação, *ex vi* do § 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental.

Caso o magistrado “descubra” a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.

Tem o magistrado, ainda, *o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas*. Trata-se do chamado *dever de prevenção*, variante do *dever de proteção*.

O *dever de prevenção* tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo³⁷.

São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte.

“Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro”³⁸.

No direito brasileiro, esse dever de prevenção está concretizado, por exemplo, no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito³⁹. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC).

Note, enfim, que há o *princípio da cooperação*, que se destina a transformar o processo em uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft, comunión del lavoro*) “e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”⁴⁰, e há as *regras de cooperação*, que concretizam esse princípio (como, p. ex., a que exige que o pronunciamento judicial seja claro, inteligível).

Mas o princípio da cooperação tem eficácia normativa direta, a despeito da inexistência de regras que o concretizam. A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual *venire contra factum proprium* do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva. 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).

37 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 66. Assim, também, GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 52.

38 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 66.

39 GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 52.

40 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 62.

A TIRANIA DO JUDICIÁRIO

GELSON AMARO DE SOUZA¹

SUMÁRIO: Introdução, 1 – Conceito de tirania. – 2. Ativismo judicial – 3. Direitos Humanos e processo – 4. Alguns costumes que violam a Constituição da República: 4.1. A abusiva declaração de fraude de execução sem o devido procedimento legal; 4.2. A histórica prisão civil do depositário judicial sem lei; 4.3. Da restrição (retenção) inconstitucional de dinheiro de incapaz; 4.4. Prisão civil processual da parte que não cumprir ordem judicial; 4.5. Bloqueio e penhora de salário, pensão, proventos de trabalho etc; 4.6. Penhora em bem de família ou de direito à moradia; 4.7. Coação em vez de conciliação – 5. Uso antidemocrático do Judiciário – Conclusões – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Nos chamados países democráticos, as formas de governo variam, mas, sempre pautadas na trilogia dos poderes, que são os poderes, legislativo, executivo e judiciário. A Constituição da República do Brasil em seu artigo 2º afirma que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A intenção do constituinte foi muito boa, mas nem sempre esta se torna realidade. A grande verdade é que não existe a independência e nem a harmonia desejada. A independência mesmo, quem a tem é apenas o Judiciário, porque faz e desfaz como bem entende, enquanto os outros Poderes ficam sempre sujeitos à intervenção do judiciário, para desfazer seus atos quando entender ser caso de inconstitucionalidade ou de nulidade. O Judiciário pode desfazer atos dos outros poderes e estes não podem desfazer os atos do Judiciário. Assim, não há verdadeira independência.

Existem casos em que a própria Constituição da República autoriza a sobreposição do Poder Judiciário para julgar os atos dos outros poderes e anulá-los ou retirar deles a eficácia, conforme o caso. Todavia, casos existem difusamente espalhados pelo País a fora, em que membros do Poder Judiciário de forma isolada e arbitrária,

1. Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor por concurso dos cursos de graduação e mestrado da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná (*Campus* de Jacarezinho-PR), ex-Diretor e Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP – FIAET, da Faculdade de Direito de Adamantina – FAI, Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação como FADAP de Tupã, AEMS de Três Lagoas-MS, FIO de Ourinhos, ESUD de Cuiabá-MT, ESA – Escola Superior da Advocacia da OAB-SP, Procurador do Estado de São Paulo (aposentado) e Advogado em Presidente Prudente-SP. Site: www.gelsonamaro.com e e-mail advgelson@yahoo.com.br