

PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E SUA APLICABILIDADE NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes¹

Resumo: O presente artigo desenvolve um estudo acerca dos poderes instrutórios do magistrado aliado ao princípio da cooperação das partes no Novo Código de Processo Civil. Em suma, realiza-se uma análise dos referidos institutos jurídicos e os correlaciona à cooperação jurídica internacional. Trata-se da primeira vez que o Código de Processo Civil estabelece em seu cerne a regulamentação dos procedimentos de cooperação, dedicando um capítulo para isso, quais sejam, homologação de sentença estrangeira, auxílio direto e carta rogatória. De pronto, o que se percebe é que muitos dos fatores advêm da Resolução n.º 09/2005, do Superior Tribunal de Justiça, que já trouxe, há alguns anos, disposições de como a cooperação jurídica internacional atuará no sistema brasileiro. O que se pode vislumbrar, de pronto, é que o tema, através do método dedutivo, extrai do sistema normativo vários parâmetros a fim de aferir se há alguma importância com essa regulamentação e se há correlação entre os temas.

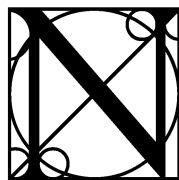
Palavras-Chave: Poderes instrutórios; cooperação jurídica internacional; princípio da cooperação; Novo Código de Processo Civil

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Graduado e Pós Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Vice-Secretário Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos – ABDH. Professor da Faculdade São Geraldo – FSG. Assessor no Ministério Público Federal no Espírito Santo.

Abstract: This paper develops a study about the instructive power of the magistrate together with the principle of cooperation in the New Code of Civil Procedure. In short, we make an analysis of these legal institutions and correlates the international legal cooperation. This is the first time the Code of Civil Procedure provides in its heart the rules of procedures of cooperation, namely, foreign sentence homologation, direct assistance and letters rogatory. Ready, what we see is that many of the factors comes Resolution No. 09/2005, the Superior Court of Justice, which has already brought a few years ago, provisions on how the international legal cooperation will act in the Brazilian system. What can envision, at once, is that the theme through the deductive method, extracts various parameters of the regulatory system in order to assess if there is any importance with those rules and the correlation between the subjects.

Keywords: Instructive powers; international legal cooperation; principle of cooperation; New Code of Civil Procedure

INTRODUÇÃO



No último dia 16 de março de 2015, o mundo jurídico teve notícia da publicação no Diário Oficial da união do novo código processual, que há tempos vinha passando por discussões nas Casas Legislativas do Congresso Nacional. Em vários dos pontos, é possível vislumbrar uma forte carga ética incluída entre seus dispositivos, na busca da efetividade processual.

Chega-se a essa conclusão, na medida em que se observa a inclusão de dispositivos a trabalhar com o instituto do princípio da cooperação. O referido princípio diz respeito à necessidade que as partes possuem em cumprir com as determinações processuais, de modo a efetivar o comando judicial e,

assim, garantir um diálogo ético no processo.

Em outras palavras, o que se pretende analisar com o referido manuscrito, se circunscreve à ideia de que as partes devem cooperar de modo à que a tutela jurisdicional seja entregue de maneira efetiva, sem que existam diligências aptas a ocasionar procrastinação processual desnecessária.

É por esse motivo, que analisar os poderes instrutórios do magistrado, dentro desse contexto, se mostra capaz de demonstrar, ainda mais, o quanto se tem vislumbrado em relação à evolução do papel do juiz na condução processual. O que se traduz dessa afirmação, basicamente, é que o magistrado está cada vez mais apto a atuar processualmente, de modo a que seja o “fio condutor” do processo e, não simplesmente, ser um mero expectador que aguarda as cenas dos próximos capítulos.

Daí o ponto nodal, como os poderes instrutórios do magistrado, podem auxiliar no que pertine à cooperação jurídica internacional? Importante discussão pode ser extraída desse liame, haja vista que, em vários casos, é necessário que o magistrado nacional tenha a necessidade de determinar algumas diligências necessárias ao deslinde da questão controversa.

De início o que se tem de resultado prático é que nas questões envolvendo o direito de família, no âmbito da Justiça Federal, se mostra necessário um maior cuidado com relação à cooperação jurídica internacional. E é aí que se pode perceber como os poderes instrutórios podem auxiliar na finalização do processo.

Para tanto, o presente artigo será dividido da seguinte forma: o primeiro tópico trata acerca do princípio da cooperação e estabelece a relação dele com o novo Código de Processo Civil e a sua influência para os poderes instrutórios do magistrado. No tópico segundo, o objetivo central é estabelecer as inovações trazidas com o novo Código de Processo Civil e sobre o procedimento da Cooperação Jurídica Internacional, e os procedimentos regulamentados. O terceiro e último tópico se

demonstra como os poderes instrutórios podem contribuir para que a cooperação jurídica internacional se efetive.

Para fundamentar os pontos aqui trabalhados, utiliza-se o método dedutivo e os doutrinadores José Roberto dos Santos Bedaque e Marcio Adriano Anselmo como os responsáveis por definir as premissas aqui desenvolvidas, sendo os marcos teóricos da análise aqui desenvolvida.

1 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E EFETIVIDADE PROCESSUAL

De início, é importante perceber que o Direito processual traz todas as suas premissas fincadas na Carta Constitucional de 1988. Isso porque, desde o art. 5º, inciso XXXV, tem-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse postulado, nada mais faz que garantir que o Estado, através do Poder Judiciário, possui o dever de garantir o ao cidadão o respeito aos seus direitos e garantias, sob pena de lesão direta a todo o sistema constitucional.

É essa a lógica defendida por Hermes Zaneti Júnior², na medida em que estabelece que

Os direitos fundamentais são direitos políticos e o direito processual é um direito fundamental constitucionalizado que, repete-se, se exprime como *status activus processualis*, um direito ativo à organização e ao procedimento; mas não só, é um direito não típico (caráter funcional de seu conteúdo aberto) de provocar a atuação do Judiciário para fazer valer um direito fundamental. Garante também a efetividade dos direitos fundamentais (como instrumento de aplicação do direito), e a segurança do cidadão e da sociedade organizada contra o abuso dos poderes do Estado (direito fundamental à forma, como direito de defesa contra lesão ou ameaça de lesão)

² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 138

Portanto, houve a necessidade de se estabelecer métodos capazes de garantir que os direitos fundamentais fossem respeitados. Nada mais adequado que os legisladores passassem a crer nessa lógica, tendo em vista que a própria Carta da República estabelece no §1º do art. 5º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nestes termos, possuindo aplicabilidade imediata, deve o Estado garantir que sejam adotadas medidas aptas a garantir a efetivação desses direitos. Por esse motivo é que se percebe que o legislador tenha dado tanta atenção à questão relativa ao princípio da cooperação ou colaboração processual.

O referido princípio vem instituído no Novo Código de Processo Civil, talvez, como o “grande salvador” do sistema. Infelizmente, o legislador teve a necessidade de deixar expresso o princípio da cooperação consignado.

Obviamente que, assim como todo aparato legislativo, cabe ao intérprete estabelecer, dentre os dispositivos nele inseridos, o que vem a ser princípio da cooperação, nesse contexto. O legislador infraconstitucional estabelece a necessidade de manter esses termos vagos e imprecisos, exatamente, com o fito de garantir que o máximo de situações possíveis possam ser abarcadas por esse sistema. Mais que isso, o mundo muda a todo o momento e, como os códigos em muitos dos casos se eternizam, há a necessidade de que haja a garantia de aplicabilidade durante um bom período de tempo.

Essa afirmação é clara, quando se observa que o Código de Processo atual, que regula o nosso sistema, é datado de 1973. A despeito disso, várias alterações foram sendo realizadas com o objetivo de atualizá-lo, pois há, hoje, uma lógica de que somente aquilo que está codificado é que é válido em nosso sistema.

Existia, na verdade, já um microssistema gerado, paralelamente ao Código, tendo em vista que já não se possuía mais

condições de adequar todas as disposições existentes, às condições sociais da atual conjuntura. Rodrigo Reis Mazzei, adequando essa lógica ao Código Civil de 2002, traz importantes entendimentos acerca da matéria que se aplicam perfeitamente às questões atinentes ao Código de Processo Civil.

Isso porque, de acordo com o referido autor³, a completude dos códigos já não segue a lógica que tinha anteriormente

Entretanto, além de ter a codificação abandonado a ideia de completude, há que se acrescentar outra característica que reflete sua adaptação ao momento histórico em que surge. Nesse sentido, destaca-se com o fito de se manter atualizado, protegido de efeitos deletérios do tempo, o novo Código fez, em pontos nucleares, dos conceitos vagos, em especial das cláusulas gerais. Essa técnica legislativa, além de permitir a integração da norma com elementos do caso concreto, permite ainda o fluxo de informação entre o Código e os microsistemas que o circundam. Tais características fornecem ao código os elementos necessários para que constantemente se atualize, mantendo-se em consonância com a sociedade que visa regular conduzindo ao equilíbrio do sistema.

Seguindo essa lógica, o legislador do Novo Código de Processo Civil não seguiu outro parâmetro, senão, o de estabelecer o termo princípio da cooperação de maneira vaga. O poder de aplicabilidade cabe ao intérprete do direito, razão pela qual, a força que é atribuída ao dispositivo se transporta do legislador para aquele que irá aplicá-lo. A carga semântica atribuída ao termo passa a ter maior relevância diante do caso concreto.

Assim sendo, princípio da cooperação ou da colaboração, diz respeito à ideia fincada por Daniel Mitidiero⁴, na me-

³ MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os Microsistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Nicklas Luhmann. *Pensamento Jurídico*: Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo, 2001, ano 1, n.1 . p. 246/248 (p. 245/278)

⁴ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, 2012, v. 78, n. 1, jan/mar . p. 69.

dida em que afirma que “a colaboração é um modelo que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho, em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes”. Isso quer dizer, em suma, que a aplicabilidade do princípio da cooperação deve ser atribuído não às partes, mas aos sujeitos do processo (vistos de uma maneira ampla).

A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, teve uma preocupação em deixar clara a preocupação com a efetividade processual e a necessidade de participação dos sujeitos do processo, na solução da lide. A versão final, deixou os arts. 5º e 6º, com a seguinte redação

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

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

Por esse motivo, o que se percebe é que, além de tudo, o legislador busca que a atuação dos sujeitos no processo possa se desenvolver de maneira ética e na busca concreta do fim do processo que, ainda que utópico, pode ser ainda analisado como a busca pela pacificação social.

Esse ideal é disseminado por Cândido Dinamarco⁵, em sua obra, ao afirmar que

Melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. Como esse ideal é utópico, faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade.

Mas, de nada adiantariam que as partes viessem ao pro-

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 277.

cesso e se dispusessem a cooperar com a solução da lide, se poderes não pudessem ser conferidos ao magistrado, com o intuito de um ideal desenvolvimento do processo. A esse fenômeno, dá-se o nome de poderes instrutórios do magistrado, eis que, não se admite, na atualidade, mais uma atuação do magistrado de passividade ao extremo.

Se realiza a afirmação de passividade ao extremo, pois o que deve prevalecer é a ideia de que o magistrado (na condição de representante do Estado), aguarde a provocação da parte, que se socorre à ele para solucionar o conflito. Contudo, uma vez provocado, deve ele ser o condutor, de modo a chegar a uma decisão adequada.

É o que defende Trícia Navarro Xavier⁶, em sua dissertação, deixando consignada a necessidade de maior proatividade do magistrado, de acordo com a sistemática processual atual. Assim disserta a autora

Há de se pensar que a atuação instrutória do juiz constitui um poder-dever-função que visa sempre à perfeita entrega jurisdicional, de forma que a inércia do magistrado traz malefícios tanto às partes da relação processual quanto à sociedade. Resumindo, tanto a conduta ativa do magistrado, quanto a omissiva, podem ensejar prejuízos e responsabilização.

Aliás, deixe-se assente que os poderes conferidos pela legislação ao juiz, não só no campo probatório, trazem consigo uma carga de responsabilidade que nem sempre é reconhecida pelas partes e seus advogados, mas que, necessariamente, pesa sobre a atividade judicial.

Assim, o juiz deve ter coragem, liderança e iniciativa para detectar quando e como aparece a desigualdade - substancial ou processual - entre as partes, a fim de que possa implementar, por conseguinte, a solução oriunda de seus poderes. Não obstante, deve o julgador ultrapassar as possíveis dificuldades e incertezas que ocorram quando da busca da verdade processual.

⁶ XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual Civil. Vitória/ES: Universidade Federal do Espírito Santo, 2008. p. 29.

Tem-se presente que a atual sistemática já traz algumas disposições acerca de como devem as partes atuar no processo, de modo a garantirem o direito do qual são detentoras. Ocorre que, a sistemática atual, apenas deixa claro o seguinte

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Não que os poderes instrutórios do magistrado já não estivessem garantidos – eles já estavam -, mas com o novo Código de Processo Civil, o legislador deixou evidenciada a necessidade de atuação do magistrado no caso concreto.

Veja, na medida em que a demanda é ajuizada, não há que se falar que o processo seja de nenhuma das partes, mas ele torna-se Estatal. É este último, na qualidade de substituto das partes, que conseguirá solucionar o processo.

Dáí surge o problema, há quem afirme que não poderia o magistrado atuar de maneira ativa no processo, sob pena de que estaria interferindo na imparcialidade dele, postulado intrínseco à atividade jurisdicional. Dizer que o magistrado é imparcial, é apenas infirmar que ele não possui qualquer interesse efetivo na solução da controvérsia, mas, nunca, que ele não possua compreensões acerca do caso concreto.

Portanto, a produção probatória, pelo magistrado, em nada interfere na solução da controvérsia, tendo em vista que ele não possui qualquer interesse na lide, mas apenas o interesse indireto, qual seja, o de pacificar o conflito social. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco⁷,

o juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialida-

⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 275.

de no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença.

Por esse motivo, é que se percebe que os poderes instrutórios do magistrado estão perfeitamente enquadráveis e acessíveis dentro da sistemática processual atual e da nova que será inaugurada, com a entrada em vigor do novo CPC. Mais que isso, os tópicos a seguir, terão o condão de demonstrar a influência que esse estudo trará ao campo da cooperação jurídica internacional e, a necessidade que se tem em tirar qualquer preconceito em relação ao fato de os magistrados poderem atuar de modo a produzirem as provas que entender pertinentes para a solução da controvérsia.

O que se tem, de pronto, é que no Novo Código de Processo Civil, a matéria foi disciplinada da seguinte forma

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º 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.

Sendo assim, percebe-se que, o art. 373, §1º, deixa claro a expressão “*poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso*”. Isso quer dizer que, a regra geral é que as partes possuem os ônus a que lhes incumbe, mas pode o magistrado determinar que esses ônus sejam diversos, bem como poderá produzir provas de ofício ou a requerimento das partes (art. 370), o

que demonstra a disposição dos poderes instrutórios de maneira expressa. Mais à frente, se demonstrará a importância que essa matéria possui, no que pertine à cooperação jurídica internacional.

2 DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

É importante deixar claro que o tema transparece grande importância, dentro do direito internacional e do direito processual. Trata-se da primeira vez em que o Código de Processo Civil dedica um Capítulo a trabalhar com a cooperação jurídica internacional.

Obviamente, que as cartas rogatórias e as homologações de sentença estrangeira já vinham sendo tratadas ao longo do Código, mas, agora, houve a inserção de um novo instrumento de cooperação jurídica, chamado de auxílio direto, o que evidencia três instrumentos – ou procedimentos, como se queira denominar – capazes de cooperar com outras jurisdições ao redor do globo. Esse último, por sua vez, já vinha sendo disciplinado em tratados internacionais e na Resolução n.º 09/2005 do STJ.

Consigne-se que, a cooperação jurídica internacional possui íntima ligação com a necessidade de produção de provas, tema central do presente artigo. Isso porque, em grande maioria, a cooperação jurídica internacional funciona em auxílio aos países estrangeiros para a produção probatória em território estrangeiro.

É necessário que haja essa preocupação, tendo em vista que com a mobilidade de pessoas no entorno do globo, as relações cada vez mais se estreitam e os conflitos já não se tornam geograficamente limitados ao território nacional. Estão eles aptos a exaurir as barreiras do país, quicá do continente, se tornando um conflito transnacional.

A preocupação com esse tipo de conflito é latente e é essa a preocupação de Valesca Raizer Borges Moschen e Nevitton Vieira Souza⁸, ao afirmar que

A interação entre os países é cada vez mais necessária no estágio atual de globalização que o mundo vivencia. Com a facilitação do acesso aos meios de comunicação e de circulação de capitais e pessoas, elevou-se o número de demandas judiciais com elementos de estrangeira, as quais refletem conflitos de interesses transnacionais. Dessa forma, por vezes a prestação jurisdicional efetiva dependerá da ocorrência de alguns dos atos processuais fora da jurisdição a qual está vinculada a autoridade judicial. É nesse cenário que surge a necessidade de comunicação entre jurisdições distintas, a qual se chama cooperação interjurisdicional, ou mesmo cooperação jurídica internacional.

Nesse ponto é que se observa a relevância do tema proposto no presente artigo. A relevância que os conflitos internacionais tomam ao longo dos anos, demonstram que os legisladores dos Estados soberanos passam a observar a necessidade de regulamentar procedimentos capazes de auxiliar as jurisdições estrangeiras.

Sendo assim, o ponto nodal está no fato de que a cooperação jurídica internacional toma relevância ainda mais concreta, quando o Novo Código de Processo Civil passa a dedicar esforços no sentido de dispor sobre o procedimento que deverá ser adotado para os três instrumentos hoje conhecidos.

O próprio Novo Código de Processo Civil estabelece que a produção de provas seguirá a legislação atinente ao país que oferece. Sendo assim, sendo a prova produzida dentro do território brasileiro, as regras atinentes ao fornecimento delas, será a pátria, nos termos seguintes

Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto:
I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;

⁸ SOUZA, Nevitton Vieira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O Protocolo de Las Leñas e a cooperação jurídica internacional no Brasil. In: PARAGUASSU, Monica. MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (coords). *Direito Internacional*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 409..

- II - colheita de provas e obtenção de informações;
- III - homologação e cumprimento de decisão;
- IV - concessão de medida judicial de urgência;
- V - assistência jurídica internacional;
- VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Nesse ínterim, percebe-se que dos oito dispositivos atinentes ao objeto do pedido de cooperação, apenas três deles não possuem qualquer ligação com o direito probatório. Em outras palavras, os cinco outros incisos deixam claro que, muito embora possam ser lidos e interpretados como práticas de diligências dentro do território nacional, há que se ter em mente que, para tanto, poderá e deverá o magistrado atuar de forma a garanti-los, razão pela qual, sua atuação se mostra também proativa.

Em relação às cartas rogatórias, tem-se que ela

embute na sua origem uma decisão judicial estrangeira, mesmo que de natureza meramente processual, geralmente destinada ao impulso processual. Roga-se ao Estado requerido, por esse instrumento, que se dê eficácia a determinações como citações ou intimações, produção de provas, perícias [que não deixa de ser produção de provas], cautelares etc. A carta rogatória carrega em seu bojo atos não decisórios e atos decisórios não definitivos. Por meio da carta rogatória, a autoridade judicial solicita ao Estado requerido que execute ato jurisdicional já proferido, de modo que não cabe àquele outro Estado exercer qualquer cognição de mérito sobre a questão processual⁹.

Ocorre que, muito embora haja essa informação, é importante que se deixe claro, que o sistema normativo pátrio é que rege a produção da prova. Sendo assim, a despeito de o Estado ao qual se rogue, não exerça cognição de mérito, são suas regras que serão seguidas.

Mais que isso, em especial no que se refere às cartas rogatórias, há a necessidade de seguir o procedimento do Superi-

⁹ ANSELMO, Márcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.

or Tribunal de Justiça, denominado de *exequatur*. Esse procedimento, nada mais é que um juízo realizado pelo Tribunal Brasileiro, que conduzirá ao cumprimento da decisão em território nacional (um juízo de delibação que analisa se há alguma circunstância que importará em prejuízo à ordem pública). Em suma

Para as hipóteses de carta rogatória passiva, havendo acordo e estando a carta apta a ser transmitida, a autoridade central brasileira¹⁰ a remeterá para o Superior Tribunal de Justiça, para a concessão de exequatur. Após a concessão do exequatur, o próprio Superior Tribunal de Justiça remeterá a carta ao Juízo brasileiro competente para sua execução¹¹.

Constata-se, a partir da análise do fragmento acima, que as cartas rogatórias tramitam em território brasileiro, mas seu pontapé inicial parte do estrangeiro. O ajuizamento das demandas é no estrangeiro e a ordem também emanada daquele país. O Brasil apenas cumpre com o que fora determinado, desde que não afete a soberania nacional.

Todos esses procedimentos, apesar de não discriminados em um “código” propriamente dito, encontram-se inseridos na Resolução n.º 09/2005, do Superior Tribunal de Justiça, podendo, portanto, se inserir na condição dita no início desse manuscrito, como sendo parte integrante de um microssistema relacionado ao procedimento de cooperação jurídica internacional.

Da mesma forma que as cartas rogatórias, a homologação de sentença estrangeira se insere na condição de ter que passar pelo aval do Superior Tribunal de Justiça. Isso quer dizer que, para que seus efeitos passem a ter valor dentro do ter-

¹⁰ Consigne-se que a autoridade central brasileira, é o órgão determinado nos acordos ou tratados internacionais, aos quais as cartas rogatórias ou os demais instrumentos de cooperação serão remetidos, para fins de iniciar os trâmites no território nacional. De acordo com esses instrumentos, dependendo da matéria, várias poderão ser as autoridades. Exemplos são o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União.

¹¹ LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65.

ritório nacional, é necessário que haja uma delibação para garantir que os efeitos não interfiram a ordem pública ou mesmo a soberania nacional.

Nádia de Araújo¹² descreve que

O sistema de homologação adotado pelo Brasil é o da delibação, pelo qual não se entra no mérito da sentença homologada. O exame limita-se à verificação dos aspectos formais e da adequação à ordem pública e aos bons costumes pátrios. Uma vez presentes todos os requisitos de admissibilidade, poderá ser a sentença estrangeira homologada, para que produza seus efeitos no território nacional

Por último, e não menos importante está o auxílio direto. É importante mencionar que o auxílio direto é um dos mais importantes instrumentos (procedimentos) de cooperação jurídica internacional na atualidade.

Ao contrário dos dois primeiros descritos, o auxílio direto recebe seu pedido de maneira diplomática, mas a ordem já não vem fechada do estrangeiro. O que se quer dizer é que, pode existir processo administrativo ou judicial, mas se for judicial, o processo é nacional. São as autoridades centrais brasileiras que serão as responsáveis por seu ajuizamento e condução.

Da mesma forma, é o juízo brasileiro que será o responsável por processar e julgar o auxílio direto. Conforme Márcio Adriano Anselmo¹³ explica

No auxílio direto, diferente da carta rogatória, não há exercício de juízo de delibação pelo Estado requerido. Não existe delibação porque não há ato jurisdicional a ser delibado. O Estado abre mão do poder de dizer o direito sobre determinado objeto de cognição para transferir às autoridades do outro Estado essa tarefa. O auxílio direto não tem embutido em seu teor uma decisão a ser executada no Estado estrangeiro, mas

¹² ARAÚJO, Nádia de. *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça: comentários à Resolução n.º 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 51-52.

¹³ ANSELMO, Márcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126.

sim se pede ao Estado estrangeiro que se profira ato jurisdicional referente a uma determinada questão de mérito que advém de litígio em curso no seu território, ou mesmo que se obtenha ato administrativo a colaborar com o exercício de sua cognição. O exercício de jurisdição se dá apenas pelo Estado requerido, para atender ao pedido do Estado requerente.

Portanto, a ideia do auxílio direto é facilitar os trâmites do pedido de cooperação que é requerido. Como dito, pode ele ser judicial ou extrajudicial – considerando que o Judiciário está abarrotado de processos, meios administrativos podem ser empregados para a solução da controvérsia como, por exemplo, a oitiva de pessoas, o requerimento para cumprimento de diligências.

De todos, ao que parece, esse é o procedimento em que as regras do direito processual nacional mais se aplicam. Se na carta rogatória e na homologação de sentença estrangeira, os ditames processuais são observados, no caso do auxílio direto, quando judicializado, ele seguirá ainda mais, pois o processo é nacional, sendo que sua cognição seguirá desde o ajuizamento da petição inicial, passando por todas as fases.

Por fim, interessante observar que a própria sistemática legislativa, com as alterações trazidas com o Novo Código de Processo Civil, resolveu incorporar a dicção que já existia na Resolução n.º 09 de 2005, nos que se refere à necessidade de observar o procedimento do auxílio direto, em dissonância com os outros existentes. É o que se pode observar dos dispositivos a seguir

RESOLUÇÃO N.º 09/2005 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto (grifo nosso).

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PLS 166/2010

Art. 28. Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

Em breve síntese, o que se afirma é que, na análise do pedido de cooperação jurídica internacional, deve seguir como primeira *ratio*, a possibilidade de tramitar através do auxílio direto (leitura a contrario sensu do dispositivo acima mencionado). Caso não seja possível esse trâmite, é que os demais dispositivos serão utilizados.

Portanto, o legislador privilegia a utilização de um procedimento nacional, que tramita através da legislação pátria, em detrimento de um processo que já viria com uma ordem previamente estabelecida, necessitando de uma determinação apenas para seu cumprimento.

Diante disso, constata-se que os poderes instrutórios do magistrado e a cooperação entre as partes se torna relevante.

3 A IMPORTÂNCIA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO E DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL PARA A EFETIVAÇÃO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Como demonstrado até aqui, os magistrados, muito embora tenham que estar atentos ao primado da imparcialidade, devem atuar no processo de modo a garantir a solução da controvérsia da maneira mais apropriada ao caso concreto. Ocorre que, na medida em que atuam no processo, alguns doutrinadores entendem que isso faria com que o magistrado estivesse conduzindo o processo favoravelmente a determinada parte.

Pelo contrário. Se for analisado friamente o que a legislação impõe ao magistrado, chegar-se-ia à conclusão de que, caso deixasse o magistrado de atuar no caso concreto, ai sim estaria ele atuando de maneira parcial.

De nada adianta a existência de um magistrado absolu-

tamente passivo ao caso concreto, se ele não possui condições de atuar efetivamente para a solução da controvérsia no menor tempo e com a entrega da tutela jurisdicional a quem for detentor do direito subjetivo. Isso porque, deve se ter em conta o que afirma Dinamarco em relação ao tempo. De acordo com o autor mencionado¹⁴ “[...] o valor que o tempo tem no processo é imenso e em grande parte reconhecido. Não seria imprudente comparar o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem trégua”.

Nesse contexto percebe-se, portanto, que o tempo é o “grande vilão” não só às partes, mas também ao magistrado. Considerando o grande volume de processos que anualmente são ajuizados nas esferas do Poder Judiciário, percebe-se que o legislador infraconstitucional necessita, a todo tempo, de se utilizar de meios de criar legislações aptas a solucionar, ainda que paulatinamente, os problemas que são gerados pelo próprio sistema.

Ocorre que, no sistema brasileiro, assim como em muitos sistemas que seguem o *Civil Law*, a necessidade de que uma legislação esteja devidamente positivada para que seja aplicada, acaba sendo o parâmetro.

Por outro lado, não era essa a real concepção que deveria prevalecer. É o intérprete que passa a ter a função mais importante no direito. Já são inúmeras as normas que estão dispostas e à disposição do aplicador do direito, para que façam com que elas passem a surtir os seus efeitos na sociedade.

É necessário perceber que, na atual conjuntura, a função da interpretação teleológica é a que mais deva se sobressair, uma vez que é ela que fará, aparentemente, com que o intérprete chegue à melhor solução do caso concreto, pois seria o fim a que aquela norma ingressou no ordenamento jurídico.

Mais que isso, a interpretação teleológica “busca o fim,

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I. p. 98.

os valores que a norma jurídica tenciona servir ou tutelar, e que constitui a *ratio legis*”¹⁵. Por esse motivo, a atividade do magistrado é sobrelevada, quando se está a estudar o sistema normativo atual.

Se em vários ciclos, existem ciclos em que cada Poder fica em evidência, na atual conjuntura, é o Judiciário que tem sido o “carro chefe” desse período. Infelizmente, quando não se sabe como resolver determinada contenda, é ao Judiciário que se tem socorrido e são os magistrados que acabam sendo obrigados a dizer a como o Legislativo deve proceder em determinados casos, ou como o Executivo deve atuar.

Assim sendo, a função dos poderes instrutórios do magistrado, aliada à cooperação das partes, é que trará o ponto nodal para que se consiga atingir os fins a que se propunha o legislador, ou mesmo, tenta se aproximar dos fins. De acordo com José dos Santos Bedaque¹⁶

Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois, somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social.

E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los quando entender necessário.

No caso da cooperação jurídica internacional, esse fator torna-se ainda mais evidenciado, quando se observa pedidos de cooperação que ingressam nas Varas da Justiça Federal ao redor do Brasil – e isso é possível vislumbrar na prática profissional do autor deste manuscrito – em que são realizados pedidos de busca e apreensão de menores, de pagamento de pensão de alimentos ou de localização de pessoas, a título de exemplos.

¹⁵ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 412

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 13-14.

Em várias dessas hipóteses, se faz necessária a realização de perícia com menores, a fim de averiguar se o retorno do menor ao país de origem deve ocorrer, ou se há a possibilidade de afetar sua integridade física ou psíquica, através de auxílio direto. Outras hipóteses vislumbram-se casos em que uma sentença estrangeira é homologada e ela diz respeito ao adimplemento de pensão alimentícia, em que o alimentante deixa de adimplir com a obrigação, fazendo-se necessário a condução coercitiva do pai para cumprir com a obrigação.

Ou então, hipóteses em que surgem cartas rogatórias com pedidos de localização de pessoas, tendo em vista alguma informação judicial ou extrajudicial proveniente de país estrangeiro que, após o *exequatur*, passa à execução.

Dáí é que o magistrado, imiscuído de seus poderes, poderá intentar meios e formas para poder cumprir a determinação proveniente do estrangeiro. É um juiz ativo e que busca auxiliar para o cumprimento do comando que lhe foi demandado ou cumprir com seu dever funcional, de aplicar o direito ao caso concreto, entregando a tutela jurisdicional a quem entender de direito, de acordo com seu livre convencimento.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁷, informam que

impor ao juiz a condição de mero expectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é, quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa.

Ademais, é sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da 'verdade', e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.

Diante disso é que, considerando que a cooperação jurídica segue a legislação e os trâmites do país que coopera e, além de tudo, que o sistema normativo deve ser lido em forma de sistema, a cooperação jurídica estando inserida no Código, deve estar completamente interligada a todas as demais normas de direito processual, que passarão a vigorar com a adoção do novo código.

Por esse motivo, a atuação do magistrado com seus poderes, aliado à atuação das partes de forma a não gerar dilações protelatórias, trará como consequência um processo mais efetivo e que possa auxiliar em muito a cooperação com os demais Estados estrangeiros.

CONCLUSÕES

Diante de tudo até aqui exposto, percebe-se que o tema merece maior atenção de todo o operador do direito e, principalmente, do aplicador do direito. Ora, o legislador infraconstitucional, quando da elaboração das disposições do novo sistema normativo, não estabeleceu obrigações e “deu ordens” ao acaso.

Para ele, os operadores do direito, na busca da efetivação de direitos, deveriam estabelecer meios para que a leitura dos dispositivos levassem, no caso concreto, à entrega da tutela jurisdicional àquele que fosse o detentor do direito subjetivo.

Assim como na atual sistemática processual, já não se observa mais um juiz passivo. Na medida em que o processo é judicializado, é o magistrado o responsável por conduzir a demanda e guiá-la para a solução mais apropriada.

Isso quer dizer que, poderá ele, ainda que as partes não façam requerimentos, determinar a produção de provas que façam com que ele possa chegar ao seu melhor convencimento. Ainda assim, não estará ele assumindo qualquer posição das partes, tendo em vista que estará atuando, de forma a substituir

as partes para resolver a lide.

Ocorre que, como toda a prova produzida é sujeita a contraditório e a ampla defesa, não há qualquer malefício em sua produção e não existem óbices à atuação do magistrado.

É aqui que surge a grande importância do presente artigo. Os Estados estrangeiros, quando necessitam de outro para cumprir seus comandos, realizam pedidos de cooperação jurídica internacional.

Considerando que esse procedimento de cooperação, se adentrar o sistema normativo brasileiro, através do Judiciário, necessitará da atuação dos magistrados nacionais. Essa atuação, portanto, segue a legislação interna, o que deixa possível que ele possa utilizar-se de seus poderes instrutórios, para favorecer a melhor resposta ao país solicitante.

Por esse motivo, a importância dos poderes do magistrado e da cooperação entre as partes, traz reflexos tanto na esfera interna, como na internacional, o que demonstra a importância de toda a lógica trabalhada no presente artigo. Ainda assim, de nada adianta a positivação, se o intérprete não aplicá-la ao caso concreto.

Portanto, a positivação foi interessante, mas, acima de tudo, importante será a atuação do magistrado nacional na condução do processo.



REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- ARAÚJO, Nádía de. *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça: comentários à Resolução n.º 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil Brasileiro)*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15. abr. 2015.
- BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15. abr. 2015.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I.
- LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Nicklas Luhmann. *Pensamento Jurídico*: Revista do

- Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo, 2001, ano 1, n.1. p. 245/278.
- MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, 2012, v. 78, n. 1, jan/mar. p. 67/77.
- SOUZA, Nevitton Vieira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O Protocolo de Las Leñas e a cooperação jurídica internacional no Brasil. In: PARAGUASSU, Monica. MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (coords). *Direito Internacional*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 407-423.
- XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual Civil. Vitória/ES: Universidade Federal do Espírito Santo, 2008. 173 p.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.