

**JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

Professor da Faculdade de Direito  
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro  
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça  
do Estado do Rio de Janeiro

# **TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL**

(Nona Série)

2007

DPC/DPM  
BIBLIOTECA



Editora  
**Saraiva**

87/11/08

ISBN 978-85-020-5881-8

Exatões Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira de Livros, SP, Brasil)

Murilo, José Carlos Barbosa  
Temas de direito processual / José Carlos  
Barbosa Moreira. — São Paulo : Saraiva, 2007.

1. Processo civil - Brasil 2. Processos civis - Partes.

06-7727

CDU-347.9(01)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual civil / 347.9(01)



**Editora Saraiva**

Av. Marquês de São Vicente, 1407 — CEP 01126-904 — Barra Funda, São Paulo-SP  
Vendas: (11) 3633-3844 (at.) / (11) 3611-3200 (99) — DDC: (11) 3612-0210 (Grande SP) / 0800551088  
(outros localidades) — E-mail: [saraiva@editorasaraiva.com.br](mailto:saraiva@editorasaraiva.com.br) — Acesso: [www.editorasaraiva.com.br](http://www.editorasaraiva.com.br)

**Flórida**

**AMAZONAS**

Rua Celso Assis, 36 — Centro  
Fone: (95) 3022-4020 — Fax: (95) 3053-4190

**ARAGUAIAS**

Rua Agostinho, 23 — Juruá  
Fone: (71) 3501-0904 / 3501-0905  
Fax: (71) 3501-0909 — Balcão

**BAHIA**

Rua Alexandre Gusmão, 2-507-01 — Centro  
Fone: (41) 3024-2665 — Fax: (41) 3024-2401

**BELO HORIZONTE**

Av. Figueiras Doria, 175 — Juazeirópolis  
Fone: (31) 3298-2523 / 3298-1344  
Fax: (31) 3298-1331 — Fátima

**BH**

São José, 110-111 — São Industrial Gráfica  
Fone: (31) 3444-2207 / 3444-2201

**BRASIL**

Av. Fátima, 100-1000 — São Antonio  
Fone: (11) 3252-2007 / 3252-2009  
Fax: (11) 3252-2011 — Balcão

**BRASIL**

Rua 14 de Abril, 1148 — Centro  
Fone: (16) 3302-0881 — Fax: (16) 3302-0112

Centro (16)

**MINAS GERAIS**

Rua Afonso Pena, 440 — Leopoldina  
Fone: (51) 3479-8300 — Fax: (51) 3409-8310

**PARANÁ**

Rua Francisco  
Fone: (41) 3220-0324 / 3220-0326

**PARANÁ**

Rua Curitiba, 100 — Ponta Grossa  
Fone: (41) 3245-4844 — Balcão

**PERNAMBUCO**

Rua Coronel João Pessoa, 115 e 116 — São João  
Fone: (51) 3207-0100 — Fax: (51) 3207-0087 / 3207-0100

**PIAUÍ**

Rua Francisco de Sá, 100 — Balaia  
Fone: (91) 3471-4542 — Fax: (91) 3421-4540

**PRADO**

Av. Fátima, 1000 — Centro  
Fone: (16) 3311-3343 — Fax: (16) 3311-3304

**PRADO**

Rua 12 de Junho, 115 e 116 — São João  
Fone: (51) 3207-0100 — Fax: (51) 3207-0087 / 3207-0100

**PRADO**

Rua 14 de Abril, 1148 — Centro  
Fone: (16) 3302-0881 — Fax: (16) 3302-0112

Centro (16)

49614/08



Aos colegas e amigos que se empenham, no Brasil e fora dele, em fazer progredir a nossa ciência e aprimorar o funcionamento da Justiça.

## O NEOPRIVATISMO NO PROCESSO CIVIL\*

I. Ao longo dos últimos anos, reformas processuais em vários países têm tratado de reforçar os poderes do juiz na direção do feito e na atividade de instrução. A idéia subjacente a essas reformas, ocioso ressaltar, é a de que o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias. Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito. Há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade. Esse alguém não pode ser outro senão o órgão judicial; por conseguinte, é mister provê-lo dos meios indispensáveis para que ele possa desincumbir-se cabalmente de sua função.

Como é natural, têm variado com o tempo e com o lugar os efeitos práticos das aludidas reformas. É um dado da experiência que, infelizmente, não basta editar normas para alcançar o objetivo que as inspira. Números fatores influem na transfusão dos textos legais para o mundo dos fatos: alguns contribuem para torná-la efetiva, ao passo que outros, ao contrário, a dificultam ou impedem. Será grande ingenuidade supor que, para assegurar o exercício eficaz dos poderes pelos juizes, basta que as leis lhes atribuam. Por outro lado, com frequência se reconhece que atribuir-lhos é condição necessária, embora não suficiente, para concretizar aquele propósito.

\* Publicado in *Rev. de Proc.*, nº 122, *Rev. Bras. de Dir. Comp.*, nº 28, *Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civ.*, nº 34, *Rev. do Min. Público* (do RJ), nº 22, *Rev. da Acad. Bras. de Letras Jur.*, v. 26, *Rev. Ibero-amer. de Dir. Proc.*, nº 7, *Rev. de Der. Proc.* (Argentina), nº 2/2005, *Cadernos de Dir. Priv.* (Portugal), nº 10, e no volume coletivo *Proceso civil e ideología* (coord. Juan Montero Aroca), Valencia, 2006.

Há, porém, um setor da doutrina ao qual desagradava profundamente a ideia mesma da concessão de muitos poderes ao órgão judicial. Enxerga-se nela uma exacerbação indelével do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo. Para os que assim pensam, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cidadãos dos plebeus litigantes; nenhum juiz, afirma-se, pode saber mais do que os titulares dos interesses em conflito o que convém fazer (ou não fazer) para resolvê-lo. O incremento dos poderes do órgão judicial, asservera-se, é típico de legislações autoritárias, emanadas de governos autoritários e é indiferente às garantias dos jurisdicionados. De acordo com esse pensamento, um modelo "garantístico" do processo repõe juízes que não se contentam no estrito âmbito da passividade e, por exemplo, se aventuram a buscar, por sua iniciativa, dados capazes de propiciar-lhes conhecimento mais completo dos fatos relevantes para a decisão<sup>1</sup>.

2. Antes de mais nada, cumpre esclarecer um aspecto importante das relações entre regime político e ordenamento processual. Afirma-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conhecer essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatal-

mente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias.

O direito brasileiro oferece exemplos sugestivos. Leis processuais insuspeitas de autoritarismo foram editadas ou preparadas sob governos militares, v. g., respectivamente, a de nº 4.717, de 29-6-1965, que regula a ação popular, e a de nº 7.347, de 24-7-1985, que disciplina a ação civil pública. Ambas são diplomas de corte manifestamente democrático, onde nada se encontra que fira de leve sequer as garantias das partes. Nem foi autoritário, no (muito) sentido político da palavra, o Código de Processo Civil de 1939, editado sob o Estado Novo.

Fenômenos semelhantes ocorreram na Alemanha. Já se demonstrou que equívocada é a suposição de que refletiriam a ideologia nacional-socialista todas as reformas introduzidas na ZPO após a saída dos nazistas ao poder<sup>2</sup>. Uma delas, levada a cabo em 1953, cuidada, significativamente, de reforçar os poderes judiciais de esclarecimento e direção do processo, pôde bem, as razões dessa reforma mergulhavam em trabalhos preparatórios desvendados sob a Constituição de Weimar, e a respectiva orientação permaneceu inalterada mesmo depois de 1945<sup>3</sup>, o que evidencia a sua perfeitada compatibilidade com a relesocialização do país. De outra parte, é oportuno registrar que a ZPO de 1877, de origem claramente liberal-individualista, após a divisão da Alemanha continuou em vigor por muitos anos, na socialista DDR, que só em 1975 viria a adotar código novo.

O *codice di procedura civile* de 1940 tem sido alvo de críticas que o apontam como produto típico do fascismo. Melhores razões, todavia, parecem as invocadas pelos que lhe negam tal caráter<sup>4</sup>. Nem se afigura

1. De tal corrente doutrinária são representantes autorizados e austeros Cassese, na Itália, e Morano, Azevê, na Espanha. Para perguntar ao leitor uma sobria multiplicação de citações, a cada passo do presente escrito, indicamos aqui, de entre os autores, alguns dos principais trabalhos dedicados ao assunto, do italiano, *Noti concernenti del Regolamento di Roma (il processo civile nei liberali e autoritari)*, in *Historie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, p. 27 e s.; *Il processo civile italiano tra efficienza e governo*, in *Riv. di dir. e proc. civ.*, v. LVII (2002), p. 1.243 e s.; *Ripercorso civile tra scritture ideologiche e nuovi dogmi*, in *Riv. di dir. proc.*, v. LVIII (2003), p. 455 e s.; do espanhol, *La Ley de Daportamiento Civil española y la oralidad*, conferência pronunciada na XVII Jornada Ibero-americana de Direito Processual, no volume de relatórios y ponencias, San José, 2000, t. II, p. 285 e s.; *Funções jurídicas del nuovo processo civile spagnolo*, trad. ital. de Vittorio Brancati e Nicola Mezzano, Napoli, 2002; *El proceso civil llamado "mixto" como instrumento de "judicial" autoritario*, in *Rev. Iberoamericana de Dir. Proc.*, nº 6, p. 13 e s. Entretanto, discutir os argumentos mais importantes propostos e reter os mesmos trabalhos, sem especificar, por desocorrido, os laços com que aguçam, a fim de prevenir equívocos, deixamos claro que se trata de dois pesquisadores ilustres, em cuja produção científica há muito que admirar e buscar, e cuja amizade pessoal — superior a qualquer divergência — eternamente nos honra.

2. Cf. Pörs, *Die nationalsozialistische Sicht einiger Merkmale der Zivilprozess- und Gerichtsverfassungsrecht*, Frankfurt am Main—Bern—Nova Iorque, 1986, p. 7.

3. Pörs, *ob. cit.*, p. 11; Jöns, *Prozessivrecht e Ideologien nello stato nazionalsocialista*, trad. ital. de Manelli, in *Riv. it. di dir. e proc. civ.*, v. LVIII (2004), p. 679.

4. Assens, v. g., em escrito absolutamente insuspeito de qualquer simpatia pelo ideário fascista; Kaminro, *La garantía civil in Italia dal '700 a oggi*, Bolonha, 1980, p. 253, 261 e s., onde, 266º. A exemplo desse autor, não nos deixamos impressionar por determinadas passagens da *Relazione* do Ministro Grassi, que não passam de "ánsede di rite apponte per esigenze politiche contingenti" (p. 287).

exato, aliás, entender que esse código haja pretendido intensificar em grau sensível o exercício de poderes pelo juiz, notadamente no que concerne à atividade instrutória: o art. 115, 1ª alínea ("Salvo i casi previsti dalla legge [...] il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero"), decreto não sóa como estímulo, na matéria, à iniciativa judicial *ex officio*.

*La vi ha not heatr* quanto ao Código austríaco, marco histórico da evolução para um processo civil social, se não se pode afirmar que haja nascido em berço democrático — ou, caso se prefira esta outra expressão, politicamente liberal —, tampouco se pode ignorar que resistiu à fragmentação do Império e sobrevive até hoje na Áustria democrática de nossos dias, onde se comemorou festivamente, há poucos anos, o seu centenário<sup>3</sup>.

3. Convém pôr em evidência o equívoco fundamental da suposição de que governos autoritários existiram inclinar-se ao fortalecimento de juizes. Os poderes que eles se empenhavam em fortalecer são, geralmente, os do Executivo, não os do Judiciário.

Veja-se o que sucedeu no Brasil, após a chamada revolução de 1964. Logo no Ato Institucional nº 1, de 9 de abril daquele ano, autorizando-se o "Comando Supremo da Revolução" e, em seguida, o Presidente da República a demitir ou dispensar, "mediante investigação sumária", os titulares das garantias de vitaliciedade e estabilidade, cunhou-se de estancar que o controle jurisdicional desses atos se limitaria "ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade" (art. 7º e § 4º). Mais radical foi o Ato Institucional nº 3, de 5-2-1966, que simplesmente excluiu da apreciação judicial os atos praticados com fundamento nele próprio e nos

respetivos atos complementares (art. 6º). Aos juizes, portanto, os governos militares não concederam poderes novos — muito ao contrário.

Para interessar a regimes autoritários o exercício, por juizes, de poderes extensos, é preciso, em regra, que o Judiciário esteja intrinsecamente privado de autonomia e reduzido à mera posição de instrumento do Executivo. Não precisamos cogitar aqui desse caso extremo, do qual terá havido exemplos históricos, inclusive no mundo ocidental, mas que hoje será exceção raríssima.

4. O próximo passo de nosso itinerário consiste em pôr à prova a afirmação de que é peculiar a regimes autoritários, imbuídos de desprezo pelas garantias dos jurisdicionados, a concessão ao juiz de poderes institucionais exercitáveis de ofício. Vamos aplicar o teste a cinco casos: o suíço, o francês, o inglês, o alemão e o brasileiro.

A lei federal suíça que regula o processo civil federal, de 4-12-1947, dispõe no art. 37: "*Le juge n'est pas lié par les offres de preuve des parties; il ne retient que les preuves nécessaires. Il peut ordonner des preuves que les parties n'ont pas offertes*". A ninguém de juízo não incidirá pensar que a Suíça vivia em 1947 sob regime despótico, ou que a autorização dada ao juiz para ordenar provas *ex officio* fosse eco de uma política autoritária.

A imagem tradicional do processo civil francês era fortemente marcada pelo domínio das partes sobre a iniciativa na instrução probatória. Em 1975, contudo, adotou-se novo *code de procédure civile*, cujo caráter inovador, no particular, se patenteia à vista dos arts. 16 ("*Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*") e 143 ("*Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible*"). Conquanto fizesse a doutrina, assim se erigiu em princípio geral um poder outrossa limitado a casos excepcionais<sup>6</sup>. Já não cabe falar, como nos outros tempos, do "papel passivo" do órgão judicial nesse campo<sup>7</sup>. Suporá alguém que a alteração de rumo haja refletido a opção da França por um regime político autoritário?

Evolução ainda mais impressionante foi a que se produziu na Inglaterra, berço do chamado *adversary system*, que tradicionalmente confia-

3. Como já se comentara, em meados do século XX, o seu cinqüentenário vide o volume coletivo *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Österreichischen Zivilprozessordnung*, Viena, 1968. A contribuição de Lammson, sob o título *Zur Geschichte der österreichischen Justizreform vom 1896*, termina justamente por lembrar que o código austríaco substituiu a dura guerra anárquica e a convulsão de iminível escárnio na vida política e econômica, mas seus fundamentos e princípios estruturais continuaram a representar uma realidade insuperável no século jurídico austríaco. (No original: "*Zwei Wehrerger hat Österreichs überdauernde Existenzungen des politischen und wirtschaftlichen Lebens von unerschütterlichem Ausmaß sind eingetrent und insofern sind die Grundgedanken und wesentlichen Grundzüge des Reformwerkes nach heute noch unerschritten und mehr Wehrerger unserer Rechtsleben*".)

6. Courat, *Deux Justitiae privae*, 2ª ed., Paris, 1998, p. 483.

7. Assis Faiva Moura, *Tratado elementar de procedure civile*, Paris, 1952, p. 463.

va às partes, em termos exclusivos, a atividade probatória. Há algum tempo vinham-se notando, naquele país, sinais de mudança, nesse e noutros terrenos. Ela culminou na adoção, em 1998, das *Civil Procedure Rules*, que, se não chegaram a conferir ao juiz, *expressa verba*, poderes instrutórios exercitáveis de ofício, sem dúvida lhe outorgaram amplas facultades de controle da atividade probatória — por exemplo: a de emitir instruções no sentido de especificar as questões para as quais deseja prova, a natureza da prova de que carece e a maneira por que ela deve ser apresentada em juízo (*rule 32.1*); a de ordenar à parte, a qualquer momento, que esclareça matéria discutida no processo, ou ministre informação adicional a respeito (*rule 18.1 (10)*); a de determinar que a perícia seja feita por um único *expert*, bem como de dar-lhe instruções sobre inspeção, exame ou experiência que tenha de realizar (*rules 35.7 e 35.8 (3) (b)*); a de nomear assessores para assistir o órgão judicial em assuntos de sua especialidade, inclusive preparando relatórios sobre questões discutidas e aconselhando o tribunal no *trial* (*rule 35.15*). Ampliou-se, por outro lado, o controle do juiz sobre a *disclosure* (nova denominação dada à *discovery*), isto é, sobre o mecanismo pelo qual cada uma das partes pode exigir do adversário elementos probatórios (principalmente documentos) a que de outro modo não teria acesso<sup>8</sup>. Generalizando o discurso, é possível resumir o sentido da transformação do direito processual inglês nesta formulação deslocadamente, das partes para o juiz, do comando do processo<sup>9</sup>. Corresponderá porventura tal fenômeno a algum sábio autoritário no regime político britânico?

8. Sobre o cambio de rota do processo civil inglês, germinado nos tentos e labores a nossos amigos (mas sobretudo) o código de processo civil inglês, in *Temas de Direito Processual (Século XXI)*, S. Paulo, 2001, p. 179 e s.; e *A revolução processual inglesa, in Rev. Superior de Dir. Civ. e Proc. Civ.*, n. 31, p. 23 e s., onde tratamos do assunto com algum desenvolvimento.

9. Representativo os títulos de dois artigos — um anterior, outro posterior ao advento das *Civil Procedure Rules* — de ementas processualistas inglesas: Zocchiasa, *English Civil Procedure — The Shift from Party Control and Orderly, in Zeitschrift für Vergleichende International, v. 1 (1996)*, p. 63 e s.; Assariva, *A New Civil Procedure Code for England: Party Control — Going, Going, Gone!*, in *Civil Justice Quarterly*, v. 19 (2000), p. 19 e s. Especificamente quanto à matéria probatória, vide, in literatura mais recente, JACOWITZ, *Civil Procedure in the Common and Civil Law*, no volume coletivo *Law, Legal Culture and Politics in the Twenty First Century*, ed. Günther Döcker-Mach e Klaus A. Ziegler, Stuttgart, 2004, p. 77, “under the new rules of civil procedure in England, the parties have lost to the judge much of their power to control the evidence brought before the court”.

Também a reforma da ZPO alemã, de 2001, ampliou a atuação do órgão judicial na esfera probatória. Antes, podia o juiz ordenar à parte a apresentação de documentos em seu poder, aos quais ela se houvesse referido. Agora, semelhante possibilidade vê-se alargada em duplo sentido, de um lado, a ordem de apresentação pode dizer respeito aos documentos a que o *litigante adverso* se refira, de outro, ela pode dirigir-se igualmente a *terceiros*, desde que isso lhes seja exigível e não ocorra qualquer dos casos de recusa legítima à depor como testemunha (§ 142, 1º e 2º alíneas). Não consta que a Alemanha vivesse, na época da reforma, sob regime político autoritário.

Enfim, no Brasil, a Lei nº 9.099, de 26-9-1995, estatuí no art. 3º: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. Observa-se que o art. 130 do Código de Processo Civil já autorizava o órgão judicial, “de ofício ou a requerimento da parte”, a ordenar “as provas necessárias à instrução do processo”. O Código, porém, foi editado sob um dos governos militares, e poderia incorrer por isso na suspeita de autoritarismo. Em 1995, vivia o país em pleno regime democrático, politicamente liberal.

É verdade que a História aponta exemplos de Estados autoritários cujas legislações processuais investiam o juiz de poderes amplos, na disciplina da prova e alhures. Isso demonstra somente que ossem regime político, autoritário ou não, tem exclusividade absoluta nesse âmbito. O reforço dos poderes do órgão judicial é suscetível de coexistir com estruturas políticas de cores variáveis, situadas em posições diferentes, quando apontas, no espectro político: arbitrário extrair daquele dado ligação categorial sobre a índole do regime, como se um fosse consequência direta e inextorável do outro. Recordar-se aqui o que ficou dito acima (nº 2) sobre a dose de fluidez que caracteriza a relação entre regime político e ordenamento processual: confirmação inequívoca, na matéria de que estamos cuidando, ministra a experiência histórica. Só fechando os olhos a ela será possível sustentar que poderes maiores para os juízes consistem sinal certo de autoritarismo político.

5. É hora de passar a outra ordem de argumentos, ao nosso vez mais sérios<sup>10</sup>. Um deles respeta à definição precisa da função (*verbiar* das funções) que

10. Nos termos que se negaram estarmos (e, em parte, reproduzimos) argumentação já exposta em vários trabalhos. Pela mesma razão indicada em a nota 1, agora, vemos

o órgão judicial é chamado a exercer no processo. Desnecessário sublinhar que lhe compete, acima de tudo, julgar o litígio submetido a seu exame. Igualmente óbvio é que, para julgar, há o juiz com duas espécies de matérias: os fatos e o direito. Em última análise, reduzido o fenômeno à expressão mais simples, o que em substância faz o julgador é aplicar a fatos as normas jurídicas contidas no ordenamento (jurisdição de legalidade) ou, quando e na medida em que lho permita a lei, formuladas por ele próprio (jurisdição de equidade). Deixando de lado este segundo caso, que é excepcional, não há quem não reconheça ao juiz, ademais, a possibilidade de determinar as normas aplicáveis à causa, independentemente de qualquer colheita das partes, e até em desconformidade com as indicações que estas porventura façam (*lura noni curia*). Resta verificar como se põe o juiz diante dos fatos.

Na tradição jurídica ocidental, fica reservado à parte que toma a iniciativa da instauração do processo o encargo de especificar o(s) fato(s) a seu ver capazes de fundamentar o pedido — para usar expressão clássica, a *causa petendi*. Ao órgão judicial incumbe averiguar se se deve ou não acolher o pedido à luz desse(s) fato(s): não lhe é lícito acolhê-lo invocando outro(s) fato(s), ainda que porventura esteja convencido da respectiva ocorrência (e da respectiva suficiência para produzir o resultado jurídico pretendido pelo autor). Quanto a fatos suscetíveis de justificar a rejeição do pedido, há os que podem (e devem) ser levados em conta *ex officio* (v. g., no direito brasileiro, a decadência prevista em lei; Código Civil, art. 210) e os que somente podem ser considerados mediante alegação do interessado (exceções materiais ou substanciais, v. g., sempre no direito brasileiro, a prescrição, salvo quando apurante a pessoa absolutamente incapaz; Código Civil, art. 194).

Resta saber como agirá o juiz para certificar-se da ocorrência (ou não-ocorrência) do fato invocado ou conhecido de ofício. Postas de lado

hipóteses especiais, que não interessam aqui (por exemplo: a da notoriedade), consitua princípio assente que ao órgão judicial não é lícito valer-se do conhecimento *privado* que porventura tenha do fato; de maneira alguma poderia, v. g., fundamentar sentença condenatória dizendo que assistira da janela de casa ao acidente de trânsito e sabia, por isso, que o réu o causara por sua imprudência. Os fatos precisam estar *provados nos autos*.

Porá bem: não há dúvida de que, no curso dos casos, a prova produzida o é pela parte a quem o fato aproveita. Bem se compreende: as partes é que se envolvem pessoalmente nos fatos, supõe-se que tenham documentos a eles relativos, sabem quem está em condições de testemunhá-los, e assim por diante. Faltaria enfrentar esta questão: *quid iuris*, se não vem aos autos a prova de algum fato relevante? Um modo de lidar com tal situação é lançar as consequências desfavoráveis da carência probatória sobre o litigante a quem aproveitaria o fato não provado. Nessa perspectiva, as leis costumam estabelecer regras sobre o chamado *onus probandi*, v. g., no Código de Processo Civil brasileiro, o art. 333, cujo caput distribui o ônus entre o autor, para o fato constitutivo do alegado direito, e o réu, para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dele.

É essa a única possível solução? Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir a lacuna? Sempre nos pareceu, e parece a muitos outros, que a semelhante pergunta se há de responder afirmativamente. Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele adiva no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer tortar alguns luz sobre os desvios escuros da causa — e, se possível, hasse o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?

6. Em sentido contrário socem brandir-se dois argumentos principais. Um deles é o de que, ao agir assim, estaria o juiz invadindo o campo de atuação reservado às partes. Não se afigura procedente a objeção. Se, conforme dito acima, para julgar precisa o órgão judicial utilizar duas espécies de matérias — o direito e os fatos —, então a apuração destes, nos limites oportunamente indicados, entra por força na zona de competência do órgão judicial, como pressuposto do desempenho cabal de sua missão. Quem quer o fim, quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar

limitar-se a enumerar os princípios, utilizando citações particularizadas que tornam ainda mais pesada a leitura. A função social do processo civil e o papel do juiz, e das partes no direito e na instauração do processo e breves reflexões sobre as instituições oficiais em matéria de provas, ambos in *Temas (Tercera Série)*, S. Paulo, 1984, p. 43 e s. e 79 e s., respectivamente; Os poderes do juiz no direito e na instauração do processo, in *Temas (Quarta Série)*, S. Paulo, 1989, p. 45 e s.; *O processo, as partes e a sociedade e Reformas processuais e poderes do juiz, ambos in Temas (Quinta Série)*, S. Paulo, 2004, p. 29 e s. e 53 e s., respectivamente.

de querer que ele julgue, tanto quanto possível, *bona informator*; logo, não deve impedir-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão.

Quando o juiz determina a realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, *usurpando* função da parte; não está agindo *in iudicio*, fazendo algo que *a eia, e xó a eia, incumbit iuris*. Sua iniciativa não é, a rigor, um *exercício* da iniciativa da parte; é qualquer coisa de *merente* à sua missão de julgar. Ele não atua *como substituto da parte, situa como juiz* — como juiz empenhado em julgar bem.

De outra banda, se tivéssemos as últimas consequências a separação entre direito e fatos, para excluir toda e qualquer participação do órgão judicial na coleta de dados relativos a estes, por igual razão teríamos de excluir toda e qualquer participação dos litigantes no que concerne a quem. Seria o caso de proibir as partes de invocar disposições legais e de expor argumentações jurídicas... Se o "bloqueio" vale para um lado, há de valer também para o outro!

O segundo argumento é o de que, ao determinar de ofício a realização de prova, o órgão judicial abandona a posição, que lhe é característica, de *terreno imparcial*, torna partido por um dos litigantes — por aquele a quem a prova irá favorecer. Mas, *primo*, o juiz não é advinho; não pode saber de antemão a qual dos litigantes será favorável o êxito da diligência probatória. Pense-se, por exemplo, numa perícia; se a ordem *ex officio* o órgão judicial, tanto pode acontecer que o laudo pericial favoreça o autor quanto pode acontecer que favoreça o réu. Conta-se, naturalmente, que a perícia — sob pena de frustrar-se — acaba por favorecer alguém, na medida em que esclareça o ponto obscuro; quem será esse *alguém*, no entanto, só depois de concluída a perícia é que se vai saber.

Há mais. A supor-se que o juiz se torna parcial por ordenar *ex officio* a realização de prova, assim beneficiando a parte a quem ela resulta favorável, ter-se-á logicamente de entender que *também a contrário em determinar a prova* componente a imparcialidade do juiz. É evidente, com efeito, que a falta da prova beneficiará a parte a quem ela resultaria desfavorável, caso se realizasse. Estará o juiz, então, condenado em qualquer hipótese à pocha de parcialidade? O absurdo da consequência põe a nu a falsidade da premissa.

O resultado da prova determinada de ofício, quando não se frustra, tem um efeito essencial: dar acesso a mais substancial porção da verda-

de. Não é ganho despercebível, desde que se parta da idéia de que interessa tentar descobrir-la. Já se sabe, e talvez seja ocioso repetir, a esta altura, que é sempre imperfeito e incompleto o conhecimento humano da verdade. Mas os ordenamentos jurídicos nem por isso se afastam de sua cogitação, nem recusam a utilizar quanto dela seja possível apreender<sup>11</sup>, do contrário, nem sequer cuidariam de disciplinar as provas, e adotariam com certeza maneiras mais simples e rápidas de decidir litígios, v. g., o sorteio...

7. Alguém se ainda que a atribuição de poderes instrutórios ao órgão judicial é incompatível com a preservação das garantias processuais das partes. O argumento terá alguma consistência se o juiz, ao exercer tais poderes, compromisse indelivavelmente o exercício dos direitos conferidos àquelas pela lei. Pode ser que em algum caso específico se incorra nesse grave erro; mas é claro que se tratará de um desvio, não de ferimento inerente à existência dos ajudados poderes: *acidental*, nunca *substancial*.

Determinar *ex officio* que se ouça o depoimento de alguém não significa necessariamente cercar o direito da parte de nomear e fazer ouvir seus testemunhas. Não fica lida a parte em seus direitos referentes à prova pericial pelo mero fato de ordenar o órgão judicial, *motu proprio*, a realização de perícia. Raciocinam alguns como se cada gesto do juiz houvesse de erguer obstáculo à atuação da parte: se ele se move, impede a com isso de mover-se. O raciocínio é evidentemente ilógico.

O exercício de poderes instrutórios pelo órgão judicial perfeitamente se compatibiliza com a preservação das garantias processuais das partes. Pressupondo-se que, como sempre, elas sejam devidamente identificadas das iniciativas oficiais, e que se lhes abra a possibilidade de participar das diligências, de impugná-las, caso lhes pareçam desvirtuadas, e de manifestar-se sobre os respectivos resultados, não se descobre que garantia terá sido desperdiçada.

Dar-se-á que os litigantes têm de conservar o poder de dispor de seus direitos. Ora, ninguém é forçado a invocar um direito em juízo, nem, por

11. Conforme verba Zuckerman, *Jurice in Crise: Comparative Dimensions of Civil Procedure, no volume coletivo Civil Justice in Crises*, ed. Zuckerman, Oxford, 1999, p. 2, "at the foundation of procedure lies the objective of getting at the truth. This objective lies behind the entire procedural organization". Nossa impotência para chegar a verdade de toda não desincentiva a busca da parte da verdade que está ao nosso alcance, da mesma sorte que nossa impossibilidade de vencer por inteiro a escaridão da morte não torna nossos imperitos o ato de scendar uma lâmpada para iluminar o texto que descejanos ler.



consequente, a alegar o fato de que ele se originaria. Mas aí cessa o poder de disposição. Se a parte alega o fato, é porque quer que dele se extrina esta ou aquela consequência jurídica. Impedir o juiz de fazer o possível — observados sempre os limites do pedido e da causa de pedir — para certificar-se de que o fato alegado realmente ocorreu (ou não ocorreu) será atitude manifestamente contraditória. Caso lhe resulte inconveniente, por tal ou qual motivo, a averiguação, tem ainda o litigante, no âmbito das relações jurídicas dispositivas, a opção de renunciar ao direito postulado, e com isso barrar o caminho à cognição judicial. O que de fato algum se afigura razoável é pretender a tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, obter a que o juiz se muna dos elementos necessários para verificar se deve ou não prestá-la nos termos requeridos.

8. Continua o mantra, todavia: "as partes, e não o órgão judicial, é que sabem o que melhor lhes convém". A esse argumento já se deu resposta em parte, no item anterior, mas há mais que dizer a esse respeito. Proibam-se de tudo, aqui, o juiz, que em todo caso deve ter interesse em que seja justo o resultado do pleito, já que fazer justiça é uma das funções preteritas do Estado, do qual ele é órgão. E considere-se que:

a) em hipóteses cada vez mais numerosas, ficam sujeitas aos efeitos do julgamento e à própria autoridade da coisa julgada pessoas estranhas ao feito, não raro vastos setores da população, é o que se dá, *s. p.*, no Brasil, nos chamados processos coletivos (exemplar: ação civil pública — Lei nº 7.347, art. 16);

b) em certos casos, isso acontece com a totalidade dos jurisdicionados, como nas ações diretas de declaração da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) de lei ou de outro ato normativo (Carta da República, art. 102, § 2º, Lei nº 9.368, de 10-11-1999, art. 28, parágrafo único);

c) com bastante frequência, são atingidos reflexivamente pelos efeitos da sentença terceiros titulares de relações jurídicas conexas com a decidida em juízo, os quais, por isso mesmo, se vêem autorizados (mas não obrigados) a ingressar no processo, na qualidade de assistentes da parte em cuja vitória têm interesse (Código de Processo Civil, arts. 50 e s.), e bem assim a recorrer das decisões a ela desfavoráveis (art. 499);

d) visto que sucessivas decisões no mesmo sentido vão formando um corpo de jurisprudência capaz de influir no julgamento de futuros casos análogos, o resultado do processo é capaz de afetar todos quantos se encontram em situação semelhante à apreciada pelo juiz; o fenômeno alcan-

ça intensidade máxima, é óbvia, nos sistemas jurídicos que atribuem eficácia vinculativa a precedentes judiciais, mas não deixa de manifestar-se nos outros, conforme acima, por exemplo, a proteção dada no Brasil à concubina, por citação jurisprudencial, muito antes que o legislador consagrasse a figura do "único estível".

e) mesmo fora desse âmbito, o fato de um julgamento adotar esta ou aquela tese jurídica pode produzir consequências relevantes para o ordenamento processual, na medida em que de margem, *v. g.*, ao cabimento de recursos circunstanciais e *questões de leis* e a incidentes como o da uniformização da jurisprudência (Código de Processo Civil, arts. 476 e s., 555, § 1º).

Tudo isso justifica amplamente a convicção de que a simples declaração em juízo basta para cobrir de nova tonalidade qualquer conflito de interesses entre pessoas, seja qual for a natureza da relação jurídica que as liga. Litígio submetido ao exame e decisão do juiz deixa de ser, *ipso facto*, litígio cuja repercussão fique restrita ao âmbito puramente privado<sup>12</sup>. É o que explica que, salvo casos excepcionais, o julgamento — ao contrário do que sucede, por exemplo, no arbitragem — haja de realizar-se publicamente (Constituição da República, art. 93, nº IX; Código de Processo Civil, art. 135). É o que explica, também, que a imprensa divulgue decisões dos tribunais, que revistas especializadas lhes reproduzam os textos, que a doutrina as comente e discuta, que advogados, ocultos pleitos, as invocem — e assim por diante.

Não surpreende, a essa luz, ouvir de vezes autorizadas que hoje o papel primordial do processo civil se está deslocando da simples solução de litígios para a geração de benefícios sociais — numerosos e variados, inclusive o desenvolvimento do direito por meio de decisões judiciais<sup>13</sup>.

12. Verjan, na extes dos casos de *Beweislast*. *Der Aufklärung der Sachverhalte im Zivilprozess, in Beiträge zum Zivilprozessrecht (Festschr. zur 40. Jahrestagung des Deutschen Rechtsanwaltsvereins, München, 1969)*, p. 30, que costumamos citar no prelo: "eine Beweislaster, die der moralischen Gerichtsbarkeit vorbehalten ist, keine Privatsache mehr ist (uma lide submetida à justiça moral deixa de ser matéria puramente privada)", e "Zweck der Abklärung der Gerichte ist die Streitsache aus dem privaten Bereich gezogen und in einer öffentlichen Angelegenheit geworden (for força do recurso ao juiz, o lide transmuta-se do terreno privado e converte-se em assunto público)".

13. Austin, recentemente, *litigancy*, art. 20, p. 76. No original: "in [the process] civil litigancy role has become the provision of the benefits to society that come from the operation of an effective system of civil litigation. These benefits are many and various — not only that including the development of the law through judicial decisions".

9. Até agora, abditimos sempre a "partes", conformando-nos a um genérico modo de dizer. É hora de ressaltar que esse tipo de discurso rala muitas vezes pelo irrealismo e pode resolver-se em perversa hipocrisia. Com efeito, na maioria dos ordenamentos processuais contemporâneos, as partes são, em regra, representadas em juízo por advogados. Quase todas as proposições em que a parte figura como sujeito referem-se, na verdade, a ações ou omissões do advogado. Sem dúvida, no rigor da técnica, este atua em nome da parte, e seu comportamento é havido, na maioria dos casos, como comportamento a ela imputável. Por trás desse bloco técnico, entretanto, abre-se profundo abismo.

O advogado prático (ou deixa de praticar) no processo boa quantidade de atos de que a parte por ele representada nem sequer toma conhecimento pessoal; e, ainda quando o tome, nem sempre estará em condições de valorá-los de maneira adequada. Erros profissionais são capazes de repercutir com grande intensidade na sorte do pleito, vão influir na vida do litigante, apesar da nenhuma participação direta deste no episódio respectivo. Até sempre impostos pela chamada "litigância de má-fé" gravam a parte, não o advogado, embora seja este, as mais das vezes, o único verdadeiro responsável, como ocorre — para nos cingirmos a um exemplo — no oferecimento de embargos de declaração prolatórios (Código de Processo Civil, art. 538, parágrafo único).

Orá, se a atuação dos advogados é, por assim dizer, decisiva para o desfecho do pleito, não há desprezar a possibilidade de que a diferença qualitativa entre o serviço prestado por um deles e o prestado pelo outro redunde numa distorção de perspectiva que tem muito pouco que ver com a situação real das partes no que tangue a matéria litigiosa. O litigante munido de maiores recursos, apto a contratar melhor advogado, goza desde logo de vantagens que desequilibra os pratos da famosa balança da Justiça. Nessas condições, sistema que confie plenamente no confronto de litigantes, ao jeito de competição desportiva, com suposto fundamento na ideia de que "as partes" sabem cuidar melhor que ninguém dos próprios interesses — reduzido o juiz ao papel de mero "árbitro" competente apenas para assegurar a observância de certas "regras do jogo" —, é sistema que amni de bom grado em sacrificar as expectativas de equitabilidade no altar de uma vitória<sup>14</sup>.

14. Vide a pena transcorrer entre palavras de Dawaska, *Prozesse: Eine Art, New Haven-Londres, 1997*, p. 101: "Finally, it is important to keep in mind that a competitor

Claro está que semelhante risco só impressionará quem atribua algum valor às noções de verdade e de justiça como ingredientes necessários da composição judicial dos litígios. Para aqueles a quem seja indiferente que se colha ou não a porção de verdade acessível ao espírito humano, e portanto que se faça ou não a justiça possível no plano terreno, tudo quanto ficou dito sonará qual mero *flatus vocis*. Mas, se assim for, que necessidade haverá de movimentar — com o inevitável dispêndio de tempo, energias e recursos financeiros — a máquina judiciária? Será preferível confiar a sorte do pleito a algo mais simples, barato e rápido, como uma trilha de galos.

10. É duvidosa a designação que melhor convém ao pensamento criticado neste trabalho. Visto que seus representantes atuam, com apas manifestamente depreciativas, a processo civil "social", talvez se pudesse cogitar de designá-los, com analogias apas, como processo civil "anti-social". Mas não desajustamos forte, com tão antipático rótulo, as susceptibilidades de juristas ilustres, que nos merecem todo o respeito.

Outra opção, menos áspere, pode basear-se na pecha, que se lança, de exatidão do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: a orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de *privatismo*. Segundo, porém, mais exatos, já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos — e melizmoente, ao que tudo indica, recusada da sepultura em que parecia jazer —, numa época em que o processo civil era tudo e havia como "coisa das partes" (*Sache der Parteien*, segundo a conhecida expressão alemã), tomamos a liberdade de chamar-lhe *neoprivatismo*, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas.

Novembro de 2004.

14. *They organized fact-finding enterprise requires a rough equality of the two sides in ability to gather the facts. Two one-sided accounts can be expected somehow to cancel out and expose the truth only on condition that the contestants can elaborate roughly equal resources in resolving their cases for trial. Absent this condition, the resultant force of the two partisan versions, so to speak, is likely to deviate from the correct view of reality. A weak case brought by a resourceful litigant can appear nearly strong.*