

A AUTONOMIA DAS PARTES E OS PODERES DO JUIZ ENTRE O PRIVATISMO E O PUBLICISMO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

ROBSON RENAULT GODINHO*

“Diz-me que processos impõem através das tuas leis e eu dir-te-ei se tens cidadãos ou súbditos”¹.

1. Introdução

O processo civil inicia-se por um ato volitivo da parte² e também por manifestações de vontade pode se encerrar. Ainda assim, quando se pretende estudar os acordos processuais³, parece que a vontade privada torna-se uma intrusa no processo e que a subtração parcial do comando judicial sobre todos os atos praticados após a demanda soa como heresia imperdoável.

A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica⁴.

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP, Promotor de Justiça - RJ.

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. “Direito de acesso à justiça constitucional” (Palestra, p. 8). *Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa*, Luanda, junho de 2011. Disponível em www2.stf.jus.br/cjclp/presidencia/GomesCanotilho_junho2011.pdf, acesso em 13/10/2012.

2 Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 3/4. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 159/164. Sobre a vontade no ato postulatório, conferir, por todos: SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. Trata-se de estudo complexo e denso, mas, para ilustrar, segue a transcrição de um excerto: “Admitir que para a lei é irrelevante a finalidade do autor do acto é negar a própria natureza do acto postulativo. O efeito final pode ser decretado porque a parte quer e pede que ele seja decretado. O efeito final não resulta de uma qualquer disposição da lei, olhando ao acto postulativo, que lhe faça aderir um qualquer efeito tabelado” (p. 266).

3 Relembrem-se as linhas gerais do tema expostas por STEFANO, Giuseppe de. *Studi sugli Accordi Processuali*. Milano: Giuffrè, 1959. Ainda BARBOSA MOREIRA, que apontou silêncio sobre o tema na doutrina: Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas...cit. Terceira Série*, p. 87.

4 “liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. Do ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e efeitos determinados, com o reconhecimento a proteção do direito” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 344). Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: RT, 2013, p. 160 ss.

Nesse contexto, não soa exagerado afirmar que a divisão de trabalho⁵ entre o juiz e as partes é um tema que revela a um só tempo a evolução teórica do direito processual e sua dimensão ideológica e cultural⁶.

Trata-se, indubitavelmente, de uma discussão clássica que exige e suporta cores absolutamente novas, afastando-se definitivamente o receio de que a publicização do processo não possa conviver com a autonomia privada.

O amadurecimento da teoria processual deveria implicar uma aversão a sectarismos e maniqueísmos doutrinários; além disso, deveria assimilar, com desconcertante naturalidade, a efetiva participação das partes nos momentos relevantes do processo, mas não é o que se verifica no atual debate⁷.

O estudo do processo como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo que vem sendo denominado de “publicismo” e “privatismo” processual⁸.

A participação das partes no processo vem sendo objeto de novas abordagens, sobretudo com publicações acerca da cooperação ou colaboração no processo e uma nova visão acerca do princípio do contraditório. Decorre dessas discussões a necessidade de se estudar o âmbito normativo da autonomia privada no processo e, correlatamente, os limites e possibilidades da atuação do juiz⁹.

5 Cf. BARBOSA MOREIRA. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989, *passim*.

6 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, disponível em www.abdpc.org.br, consultado em 20 de outubro de 2012.

7 Para um panorama sobre o atual debate, com ênfase em argumentos favoráveis ao “privatismo”, mas com trabalhos contrários a essa ideia, vale conferir a coletânea *Processo Civil e Ideologia: um prefácio, uma sentença, dos cartas y quinze ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em “Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *Revista de Processo*, nº 145. São Paulo: RT, março de 2007. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em “Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *Revista de Processo*, nº 145. São Paulo: RT, março de 2007.

8 Além do livro citado na nota anterior, registre-se importante referência bibliográfica sobre o debate recente: GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº 164. São Paulo: RT, outubro de 2008. Também a versão escrita da conferência proferida por Eduardo José da Fonseca Costa: Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 82. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2013. E a recente coletânea que apresenta amplo panorama sobre o debate: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramo, José Renato Nalini e Wilson Levy (org.). Salvador: JusPodivm, 2013.

9 “Ora, a idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um pont o de equilíbrio. Esse objetivo impõe -se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel

Os poderes instrutórios do juiz, por exemplo, assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema. Trata-se, na verdade, de discussão que dominou boa parte do século passado, mas, inegavelmente, é renovada com força nova a partir da própria modificação sócio-cultural que, forçosamente, afeta o modelo de processo compatível com o Estado Constitucional.

Há que se trabalhar, evidentemente, com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico¹⁰, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade.

Como desdobramento desse panorama, a autonomia das partes e a existência de um processo cooperativo devem ser confrontadas, para que se examine se os modelos se aproximam ou se repelem.

O estudo sobre os fatos jurídicos processuais¹¹, mais precisamente sobre os negócios jurídicos processuais¹², mostra-se fundamental, na medida em que se devem mensurar precisamente os limites e as possibilidades da atuação das partes, não mais, repita-se, com uma visão privatística, e muito menos com um viés estatizante, que rechaça a participação dos destinatários do resultado do processo, como se fossem figuras incapazes e, até, inconvenientes.

Na realidade, superada a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo¹³, deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais.

Há que se rechaçar, portanto, uma cultura processual paternalista, em que aniquila a autonomia¹⁴ das partes para lhes oferecer a salvação por

do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores" (OLIVEIRA, Poderes do juiz...cit., p. 8).

10 Na própria teoria clássica do negócio jurídico privado já se via essa limitação da autonomia privada (cf., entre tantos, BETTI. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Fernando Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra, 1969, pp. 107 e 118/119). Confira-se, ainda, com profunda construção crítica, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo XII. Ainda: PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, capítulo 1. Confira-se, ainda, a evolução do conceito de autonomia provada em DUQUE, Marcelo Schenk. *Ob. cit.*, p. 150 e ss.

11 Cf., DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

12 Cf., especificamente, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese de Doutorado. Salvador: UFBA, 2011.

13 Sobre a separação entre o público e privado, confira-se, com extremo proveito: ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, capítulo 5. PISANI, Andrea Proto. *Público e privado nel processo civile*. *Revista de Processo*, nº 207. São Paulo: RT, maio de 2012.

14 Sobre a autonomia pessoal, o paternalismo estatal e a democracia: DAHL, Robert. A. *A Democracia*

meio de um poder revelado e revelador¹⁵. Deve-se evitar uma espécie de “patrimonialismo” processual, em que há, na linha conceitual de Raymundo Faoro, violação da “igualdade jurídica e das garantias institucionais contra o arbítrio” e “torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta”. Esse patrimonialismo “aponta, em consequência, para um sistema autocrático, que, em lugar de se desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade”¹⁶.

Nesse sentido, o paternalismo e o messianismo se aproximam, sempre por meio de uma postura solipsista, e o processo democrático se afasta. Se a publicização do processo¹⁷ ensejou indiscutíveis conquistas, o rechaço à ideia de efetiva participação das partes e da formulação de negócios jurídicos processuais, como se integrassem uma espécie de trauma epistemológico, não encontra mais lugar nesta quadra histórica.

Não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser *coisa das partes*¹⁸ e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*.

e seus Críticos. Patrícia de Freitas Ribeiro (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2012, especialmente capítulo 7, em que se expõe “a presunção de autonomia pessoal”, que consiste na seguinte sentença: “na falta de uma prova definitiva em contrário, todos são, em princípio, os melhores juízes de seu próprio bem e de seus próprios interesses” (p. 155).. Sobre o processo e democracia: ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; Nunes, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito, 2011.

15 Lembra-se da figura alegórica de Júpiter como modelo de juiz tal qual exposto por François Ost: Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Isabel Lifante Vidal (trad.). *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993. Para uma apreciação crítica desse modelo, vinculando o juiz Júpiter como modelo liberal-socialista: ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional...cit.*, item 3.1.4.

16 FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista USP*, nº 17. São Paulo, 1993, p. 16.

17 JARDIM, Afrânio Silva. *Da Publicização do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

18 Para uma visão do pensamento do processo como coisa das partes, em 1865, TARUFFO. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980, pp. 128/129 e 142/149). Colhe-se, na p. 188 da referida obra, este excerto que bem revela o pensamento que levou à “reação” publicista: “Il mutamento di indirizzo della dottrina che in questi anni si verifica non discende invero dall’assunzione esplicita di un’ideologia politica diversa da quella liberale, e tanto meno dei principi socialisti, bensì da un’evoluzione che si colloca essenzialmente sul piano della cultura giuridica, e solo indirettamente contiene implicazioni ideologiche. Il centro del problema è rappresentato dalla definizione della natura publicista del processo civile, e dalla definizione del concetto del ‘diritto di azione’. [...] In ogni caso, la c. d. ‘publicizzazione’ del processo civile inverte e presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un ‘affare delle parti’ ma un luogo in cui si esprime l’autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l’interesse pubblico all’amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l’iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l’autonomia privata nell’esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell’attuazione della legge”. E, na p. 191 da mesma obra, uma fundamental observação, mas pouco referida: “L’obbiettivo della polemica di Chiovenda non è l’autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l’andamento del processo, congegnando quest’ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un’arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo”.

O afirmado nas linhas anteriores não prejudica a ideia de que o processo pode e deve ser um espaço democrático e, na companhia de Ovídio Baptista da Silva, este texto possui “o propósito de assumir uma posição decidida na defesa da jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático”¹⁹.

Em relação aos métodos de resolução de conflitos, fala-se que no Brasil prevalece a “cultura da sentença”²⁰, mas talvez seja mais adequado falar em uma cultura burocrática ou cultura da estatalidade, no sentido de Estado provedor de todos os serviços públicos essenciais.

Não se pode utilizar como parâmetro, quando se pretende analisar a situação da litigiosidade brasileira, a realidade existente em ilhas de excelência e de exceção, como os centros de mediação existentes em poucas cidades e faculdades e uma assistência jurídica gratuita eficiente. A arbitragem, em um contexto sócio-cultural como o brasileiro, é uma reserva luxuosa, muitíssimo distante da esmagadora maioria das comarcas brasileiras.

Em regra, tendo em conta que a sociedade brasileira é carente de meios e de informações, temos um país continental desprovido de assistência jurídica em um imenso número de municípios²¹, com comarcas cujas sedes são muitíssimo distantes das demais cidades que a compõem, não raro sem juízes, defensores e promotores de justiça titulares, com precárias instalações físicas e frequentemente com horários de funcionamento bastante limitados.

Numa situação desse tipo, pensar em meios alternativos de resolução de conflitos é uma realidade muitíssimo remota. Não é necessário contemplar realidades distantes dos grandes centros para se atestar essa penúria assistencial, bastando conferir algumas comarcas no estado do Rio de Janeiro, que, mesmo tendo poucos municípios e contando com um bem estruturado serviço de Defensoria Pública, não possuem um sistema de conciliação e mediação próximo de ser satisfatório.

Em pesquisa divulgada em março de 2013, a Associação Nacional dos Defensores Públicos e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada constataram que faltam defensores públicos em setenta e dois por cento das comarcas brasileiras, ou seja, apenas um quarto das comarcas conta com a prestação desse serviço²².

Não se pode prescindir desses dados e dessa realidade quando se trata de questões processuais, porque, entre outras razões, “*las formas de solución de*

19 *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. IX.

20 Expressão utilizada por Kazuo Watanabe e muitíssimo reproduzida: *Cultura da sentença e cultura da pacificação. Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes (coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

21 Segundo o III Diagnóstico das Defensorias Públicas do Brasil, divulgado pelo Ministério da Justiça em 2009, metade das Defensorias Públicas estaduais possui apenas quinze anos de instalação formal, sendo que há em torno de cinco mil defensores na ativa em todo o território nacional, com uma média de um defensor para trinta e cinco mil pessoas.

22 A pesquisa está integralmente disponível no endereço www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria.

*conflictos son en gran parte um reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados*²³.

Nesse contexto, não parece adequado demonstrar um entusiasmo abstrato com a ideologia de alternativas em relação ao Judiciário, quando a própria prestação estatal apresenta tais carências que, necessariamente, refletem-se na ausência de profissionais capacitados para o exercício da mediação e da conciliação extrajudiciais.

Vivemos em uma realidade na qual a busca pelo Judiciário não é só natural como é quase obrigatória para significativa parcela da população²⁴.

Isso não significa, contudo, que deva haver uma postura resignada da academia e, em uma espécie de conformismo sociológico, ignorar as formas alternativas de resolução de conflitos, não só porque se trata de uma exigência contemporânea²⁵, como também porque é uma realidade prática, ainda que em escala menor, além do fato de que a relação entre a doutrina e a cultura é de recíproca influência²⁶.

Pretende-se, portanto, propor a valorização do consenso das partes que visa a produzir efeitos em um processo jurisdicional, isto é, aposta no acordo tendo em vista o processo jurisdicional estatal, que, em certo sentido, torna-se uma alternativa às alternativas²⁷.

Como afirma Michele Taruffo, “dado que la jurisdicción sigue siendo la primera y principal alternativa, las técnicas de mediación y de arbitraje pueden emplearse en el contexto de la jurisdicción. En este sentido, hay un espacio amplio para soluciones nuevas, que pongan a los ciudadanos realmente en posición de resolver suas controversias de manera equitativa, legítima y eficiente”²⁸.

23 CHASE, Oscar G. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Fernando Martín Diz (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 21. Sobre a relação entre a cultura e as alternativas para resolução dos conflitos: TARUFFO. *Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

24 Interessante observação de Taruffo no sentido de que o incentivo à utilização dos meios alternativos revela uma face “dramaticamente negativa”, por apostar na disfuncionalidade da justiça estatal e apontar para uma “fuga da jurisdição” (Una alternativa...cit., pp. 115/116 e 120). Essa fuga da jurisdição estatal é bem descrita por Paula Costa e Silva: *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, pp. 19/21.

25 Cf., SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face...* cit.

26 CHASE, ob. cit., pp. 25 e 185/188. E nem há exclusivamente influência cultural na formação dos modelos de prova, mas também incidem outras tantas influências, como o modo com que se administra a atividade judicial, cabendo registrar que, na evolução histórico-cultural, o que se mostra ultrapassado em dado momento foi uma verdadeira evolução no passado. Nesse sentido, por exemplo, o sistema de provas legais foi uma relevante iniciativa para superar os modelos de provas irracionais (DENTI, Vittorio. *La evolución...*cit., pp. 81/81).

27 TARUFFO. *Una alternativa...*cit., pp. 120/125. Trata-se apenas de um jogo retórico, já que não se desconhece que a mediação e a conciliação podem ser obtidas no decorrer do processo, ainda que, repita-se, a qualificação exigida para que seja realizada com técnica adequada é bastante precária. Sobre o uso retórico da situação, mas com enfoque diverso sobre o mesmo texto de Taruffo: SILVA, Paula da Costa e. *A Nova Face...*cit., p. 36.

28 Idem, p. 126. Ressalvo discordância com o autor por ele conferir demasiado protagonismo ao juiz na proposição de adaptações procedimentais (p. 124, especialmente).

Evidentemente a penúria estrutural antes retratada afeta toda e qualquer forma de consenso²⁹, mas, por ser o processo frequentemente o último refúgio da cidadania, com mais razão trata-se de um espaço para que os direitos fundamentais se realizem em sua plenitude, notadamente o exercício de um contraditório efetivo que observe a autonomia das partes.

2. O processo civil brasileiro, a ideologia e a cultura

Não é fácil, “quando se sai dos tipos ideais puros e se entra na história, com suas mesclas e impurezas”³⁰, fixar com exatidão o âmbito ideológico e cultural de um processo estatal, sobretudo porque inexistem compartimentos estanques que forneçam um exato modelo de processo em determinada quadra histórica recente, na medida em que componentes privatistas e publicistas convivem ao longo do tempo, ainda que em uma relação um tanto difícil³¹.

No processo civil brasileiro, há dois dados fundamentais que indicam o caminho cultural e ideológico da formação da teoria processual.

O primeiro relaciona-se com a história política do século vinte, especialmente nos momentos em que houve as codificações processuais, em que havia reconhecida postura autoritária e escopo de concentrar poderes nas mãos do Estado.

O segundo dado vincula-se a uma influência doutrinária europeia que moldou toda doutrina daquele tempo, com evidente influência na doutrina posterior.

Sobre esse específico ponto, vale transcrever excerto de importante trabalho de Daniel Mitidiero sobre o tema:

“É com o Código Buzaid que sentimos, em toda a sua extensão, a força da invasão da cultura jurídica europeia sobre o processo civil brasileiro. [...] O processo civil nasce no final do século XIX, na Alemanha, profundamente influenciado pela

29 Especificamente sobre a mediação, é esclarecedor o estudo de Fernanda Tartuce: *Mediação nos Conflitos Civis*. São Paulo: Método, 2008. Confira-se, ainda, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como o estudo que a contextualiza: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. *Mediação Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Registre-se, porém, que, como qualquer método de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação não são alternativas neutras ou essencialmente benevolentes e podem tornar-se espaço para amplificar a desigualdade entre as partes, com a sobreposição do “mais forte” sobre o “mais débil” (TARUFFO. *Uma alternativa...*cit., p. 117). Acerca de um absoluto ceticismo em relação a qualquer modalidade de acordo, incluindo a mediação: FISS, Owen. *Contra o acordo. Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (trad.). São Paulo: RT, 2004, *passim*, sendo que especificamente sobre o “desequilíbrio de poder” nas pp. 124/128.

30 FAORO, Raymundo. *Ob. cit.*, p. 17.

31 *“dada a impossibilidade de que um processo seja exclusivamente adversary ou exclusivamente inquisitório, o deslocamento do ponto de equilíbrio entre os poderes e as prerrogativas das partes, de um lado, e os do juiz, do outro, é suscetível de produzir uma reviravolta no espírito de um sistema jurídico no que concerne ao verdadeiro caráter do processo civil”* (JÓLOWICZ, J. A. *A reforma do processo civil inglês: uma interrogação do adversarial system?* José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994, p. 61). Cf., ainda, PISANI. *Pubblico e privato nel processo civile*. *Revista de Processo* nº 207. São Paulo: RT, maio de 2007, *passim*.

pandectística. Isto irremediavelmente marca o direito processual civil com uma característica cientificista, que acaba por determinar sua neutralidade em relação à cultura. O programa alemão para ciência do processo é encampado pela doutrina italiana da primeira metade do século XX, daí aportando para o direito brasileiro. O Código Buzaid marca a consagração do Processualismo no Brasil, relevando na sua disciplina as lições da Escola Histórico-Dogmática italiana, de que tributário. Do ponto de vista estrutural, organiza-se de modo a propor como esquema padrão para tutela dos direitos o trinômio processual cognição-execução forçada-cautela. Ao lado desta estrutura, o Código Buzaid acaba tendo em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial substancial o Código Bevilacqua, o que redundou na construção de um processo civil individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva”³².

Esse trecho transcrito fornece valiosos subsídios para uma análise inicial. O primeiro ponto está precisamente na demonstração da influência da doutrina europeia do final do século XIX, mas, ao contrário do que sabidamente ocorreu no início do século XX naquele continente, com o início da preocupação com o publicismo e com a visão social do processo a partir de Klein³³, aqui se buscou uma mescla entre o processo liberal com uma postura autoritária.

Note-se que um dos argumentos mais utilizados para se afastar a efetiva participação das partes no processo civil é a ruptura com uma “visão liberal do processo”, mas o processo civil brasileiro é pródigo em estruturas liberais³⁴. Pois a codificação processual brasileira, sem que tenha havido um efetivo Estado liberal no país³⁵, afastou a prominência privada própria do liberalismo

32 Prossegue o autor: “Utilizamos a expressão Código Buzaid, a uma, para denotar a existência de um verdadeiro sistema processual proposto por Alfredo Buzaid, e, a duas, para separar este sistema do modelo processual hoje vigente, para o qual reservamos a expressão Código Reformado. O Código Buzaid, como sistema, teve vigência entre nós de 1974 a 1994, ano em que se iniciaram as reformas estruturais do Código de Processo Civil. Ultimadas estas reformas em 2006, pode-se cogitar hoje de um novo sistema processual civil, o Código Reformado, a que a doutrina vem tentando incansavelmente imprimir ordem e unidade” (O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, nº 183 São Paulo: RT, maio de 2010, pp. 185, 190/191 e 176, nota 30, respectivamente).

33 Cf. OLIVEIRA, Carlos Albero Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, especialmente itens 4.5 e 4.6. Amplamente: NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. Sobre o tema: “o grande êxito de Klein consistiu na compreensão sociológico-econômica da instituição processual [...] Das normas processuais modernas, o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social das massas e deveria ser organizado como instituição de bem público” (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual austríaco. *Revista de Processo* nº 17, São Paulo: RT, janeiro/março de 1980, p. 149).

34 Além do referido trabalho de Mitidiero, há o fundamental *Processo e Ideologia*, de Ovídio Baptista da Silva, já citado, e a coletânea de estudos de sua autoria publicada como *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Veja-se, também, o capítulo 2 de NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Luiz Corção (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

35 CLARO, Roberto del. *Direção Material do Processo*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo: 2009, pp. 203/206 (nessa tese encontra-se interessante estudo sobre os poderes do juiz na Alemanha, onde o autor estudou e onde efetivamente o pensamento liberal se fez presente em sua plenitude).

e instituiu o publicismo para garantia do próprio pensamento liberal³⁶, em uma miscelânea ideológica difícil de catalogar.

Quanto ao reforço da autoridade estatal, nada mais ilustrativo e eloquente do que a transcrição de trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, de autoria de Francisco Campos:

“O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica. Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juízes na Inglaterra: esta, a situação pleiteada para eles, nos Estados Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual”.

Antes de prosseguir na análise dessa postura ideológica, convém estabelecer desde já que inexistente relação entre privatismo e democracia e publicismo e ditadura ou qualquer outra combinação entre esses esquemas políticos³⁷. Isso

Outro ponto a ser questionado é o conceito de liberalismo do qual se faz uso. Na realidade, não houve apenas um único pensamento liberal e a análise do Liberalismo se mostra bastante complexa: MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo Antigo e Moderno*. Henrique de Araújo Mesquita (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Álvaro de Vita (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

36 Acerca dessa “miscelânea ideológica”, convém consultar as observações de Cappelletti em *Processo, Ideologias, Sociedad*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1974, pp. 99/100.

37 Cf., TARUFFO. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba*. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltran (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 160/164. Análise sucinta e precisa em CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, nº 153. São Paulo: RT, novembro de 2007, pp. 37/38. Também BARBOSA MOREIRA: O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, item 4. Se nos valermos do sintético conceito de ditadura elaborado por Franz Neumann,

é importante sobretudo para não vincular os pensamentos doutrinários que propugnaram o publicismo processual e foram contemporâneos de governos totalitários, sem que haja uma necessária relação entre as situações³⁸.

veremos que esse sistema é possível tendo como base o privatismo e o publicismo: “governo de uma pessoa ou de um grupo de pessoas que se arrogam o poder e o monopolizam, exercendo-o sem restrições” (*Estado Democrático e Estado Autoritário*. Luiz Corção (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 257). Pense-se, por exemplo, nos processos em países comunistas, em que a publicização atingiu grau máximo (cf. CAPPELLETTI. *Processo, Ideologias, Sociedad*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 86/87).

38 Insuperáveis, no ponto, as observações de TARUFFO, cujas transcrições, posto longas, mostram-se fundamentais: “Ciò che il fascismo apporta di proprio sotto questo profilo è essenzialmente il riferimento, frequente e diffuso con varia intensità nella dottrina degli anni trenta, al principio autoritario; nel processo civile, ciò significa da un lato l’adesione alla concezione pubblicistica del processo - che esalta il ruolo dello Stato nella soluzione dei conflitti -, e dall’altro la tendenza ad un consistente rafforzamento dei poteri del giudice rispetto a quelli delle parti. Tuttavia, se si trascurano le formule derivanti dal linguaggio dell’epoca - spesso usate come mere clausole di stile apposte per piaggeria o conformismo anche a trattazioni di contenuto strettamente tecnico -, è facile osservare che su entrambi i punti il fascismo non inventa nulla di nuovo, e si limita a dare una riverniciatura terminologica a principi ormai ampiamente elaborati e diffusi nella dottrina sul processo civile, indipendentemente dall’orientamento ideologico dei suoi esponenti. Già con Chiovenda, come si visto più sopra, l’ultima dottrina liberale aveva posto il problema della riforma del processo nei termini della concezione pubblicistica e dell’aumento dei poteri del giudice, ravvisandovi i principi necessari per la razionalizzazione e l’ammodernamento funzionale del processo civile. Come pure si è visto, l’importanza e il successo dell’impostazione chiovendiana derivano soprattutto dal fatto che nei termini della concezione liberale ‘pura’ i problemi della semplicità e rapidità del processo possono trovare soluzione, sicché l’alternativa diventa quella di risolvere questi problemi superando i limiti della tradizione ottocentesca, o rimanere nel solco di questa tradizione senza però affrontare seriamente la crisi endemica della giustizia civile. Ne deriva che quando il fascismo - soprattutto con i progetti Solmi - recepisce i temi della pubblicizzazione del processo e dell’aumento dei poteri del giudice, lo fa in quanto essi sono compatibili con la concezione che il regime ha dello Stato, ma contemporaneamente si allinea su quelle che ormai sono le uniche soluzioni praticabili sul piano tecnico per uscire dall’impasse in cui si era venuta a trovare la concezione liberale ‘pura’, e dal fallimento delle riforme attuate in epoca prefascista. Ciò non implica che Chiovenda, e gli altri autori che accolgono la concezione pubblicistica del processo, siano oggettivi precursori o fiancheggiatori del fascismo; significa invece che il fascismo recepisce idee e soluzioni che appaiono le uniche - sul piano tecnico e indipendentemente da opzioni ideologiche - capaci di ispirare riforme potenzialmente efficaci. Certo, il fascismo esalta queste idee e le traduce in termini più consoni alla sua ideologia (oltre che alla sua retorica e al suo gusto letterario quanto mai mediocre), ma si tratta appunto di una recezione, no di una creazione dell’ideologia fascista, né di concezioni definibili come ‘oggettivamente fasciste’” (*La Giustizia Civile in Italia dal 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980, pp. 244/245). Prosegue o autor: “L’obbiettivo della polemica di Chiovenda non è l’autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l’andamento del processo, congegnando quest’ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un’arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo. Per contro, l’idealae di Chiovenda è quello di un processo rapido, semplice e concentrato, e dunque efficiente: l’ormai lunga esperienza compiuta sul codice del 1865 mostra però che per giungere a questo scopo il far perno sull’autonomia delle parti private è il mezzo sbagliato, sicché altro non rimane che affidarsi ad un deciso ampliamento dei poteri del giudice [...] Non si è però ad un’ideologia autoritaria dello Stato e della società civile, ma solo al convincimento che il funzionamento del processo non debba essere valutato solo nell’ottica della parte cui prodest una giustizia lenta e inefficiente, bensì dal più generale punto di vista di un interesse pubblico a che il diritto sostanziale lesa trovi rapida ed efficace attuazione. Al di là delle sovrastrutture dogmatiche e sistematiche che a volte appesantiscono l’elaborazione chiovendiana non si può d’altronde negare che essa sia storicamente giustificata [...] Il programma di Chiovenda è dunque consono allo ‘spirito del tempo’, ma non perché sia pervaso da un’ideologia autoritaria precorritrice del fascismo, bensì perché interpreta coerentemente la crisi della ideologia liberale ‘pura’ applicata al processo civile” (pp. 191/192). Cf., ainda, CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. TARELLO,

Acerca do impacto doutrinário e ideológico decorrente da codificação brasileira antes citada, é bastante eloquente a apreciação de Machado Guimarães:

“Temos para nós, porém, que esse caráter inquisitório do processo resulta do reconhecido bom-senso inglês, sempre tão sensível às necessidades de ordem prática, e que empresta às suas concepções filosóficas e jurídicas uma acentuada coloração pragmática. Reconhecendo que o processo autoritário é mais apto à consecução do seu escopo, adotam-no convictamente os ingleses, sem abjurar os seus velhos e caros princípios liberais”, afirmando expressamente que a experiência demonstra que a liberdade individual das partes não ensejava a consecução do escopo de pacificação social, razão pela qual deveria “ceder o passo à autoridade do Estado, manifestada através do órgão de jurisdição”³⁹.

Esse trecho é bastante ilustrativo daquilo que foi observado por Mitidiero e também do que foi dito acerca da mescla entre liberalismo e autoritarismo (no sentido processual do termo), aproximando-se do que se pode chamar do “mito do bom juiz”, que habitou boa parte da doutrina, como se pode ver em Friedrich Stein: “solo mediante la más absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de já justicia toda la formación, experiencia y ciência que nuestros jueces poseen”⁴⁰. A origem de tal pensamento foi muitíssimo bem detectada por Castro Mendes: “A luta que a doutrina processualista, sobretudo alemã, travou no século passado contra o regime da

Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: il Mulino, 2010 (1976). *Dottine del Processo Civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, cuja apreciação sobre a obra de Chiovenda, especialmente nas pp. 200/214, difere-se da elaborada por Taruffo. Sobre a influência política na história do direito, além do aspecto cultural: CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Luís Carlos Borges (trad.). São Paulo: Campus, 2010, *passim*, com ênfase da ideia na p. 76.

39 Processo autoritário e regime liberal. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, pp. 133 e 136 (o ensaio foi originalmente publicado em 1940). Não deixa de ser curiosa a referência ao processo inglês, que, ao menos na época em que o artigo foi publicado, era clássica a passividade judicial (cf. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). São Paulo: RT, 2012, p. 58. BARBOSA MOREIRA. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de Direito Processual: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 182/187. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007). Uma abordagem crítica sobre o CPC de 39 pode ser lida em SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 1º. São Paulo: Saraiva, 1960, pp. 30/44. CHASE, ob. cit., pp. 94/95.

40 STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. 2ª ed. Andrés de la Oliva Santos (trad.). Bogotá: Temis, 1999, p. 124. E ainda dizia Stein: “La prueba que hay que practica en el proceso no es una prueba dialéctica, lógica, que simplemente pasa de unos supuestos dados a unas conclusiones determinadas, sino una prueba histórica que pretende despertar en su receptor, el juez, mediante percepciones sensoriales, la representación de lo que se trata de probar” (p. 7). “La libre valoración da prueba ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad” (p. 41). “Solo mediante la más absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de já justicia toda la formación, experiencia y ciencia que nuestros jueces poseen” (p. 124). Esses trechos bem ilustram o impacto ideológico-cultural na evolução do estudo do direito probatório e a necessidade de contextualizar um estudo que é extremamente importante, mas, como não poderia ser de outra forma, foi um produto de seu tempo.

*prova legal e a favor do regime da livre apreciação das provas, levou à aceitação, muitas vezes meramente subconsciente, da ideia de que basta livrar o juiz de todas as cadeias que o prendiam e permitir-lhe procurar a verdade, para esta ser atingida. Era ainda o mito romântico da bondade, da perfeição inata do Homem*⁴¹.

O processualismo brasileiro prosseguiu nessa assepsia cultural⁴² e, ainda que apostando na preeminência judicial, concedendo, ao menos abstratamente, amplos poderes para juiz, o Código de Processo Civil de 1973 é considerado uma legislação individualista, patrimonialista e, originalmente, com cunho eminentemente repressivo⁴³.

Diante desse cenário, com evidente descompasso entre a ideologia da codificação processual civil e a realidade cultural, houve uma “rebelião da prática”⁴⁴ e entrementes surgiu uma legislação dedicada aos direitos transindividuais a partir da década de oitenta⁴⁵, culminando com a edição da Constituição, que deve – ou deveria – imprimir um novo modelo de processo civil. Entretanto, o que se viu na década de noventa do século XX, ao lado de importantes afirmações de direitos fundamentais e dos direitos transindividuais, foi uma incessante busca pela celeridade, ainda que em prejuízo precisamente de alguns direitos fundamentais, olvidando-se a célebre advertência de Barbosa Moreira: “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”⁴⁶⁻⁴⁷.

Após esse ligeiro panorama sobre o processualismo brasileiro, defende-se neste texto que há maturidade cultural suficiente para receber a autonomia das partes do processo, sem que isso signifique qualquer privatização, mas tão-somente o almejado encontro do processo com a Constituição.

O balizamento à autonomia privada deve ser fornecido pela mesma fonte que a fundamenta, isto é, a perspectiva constitucional, de modo que soa como um desvio de perspectiva pensar o processo hoje em dia sem a inclusão das partes.

41 *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, s/d., p. 389.

42 “É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística alemã, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX” (MITIDIERO. *O processualismo...cit.*, p. 182).

43 *Idem*, pp. 182/190. Cf., também, os trabalhos de Ovídio Baptista da Silva já citados.

44 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 81.

45 Sem olvidar a Lei de Ação Popular, mas que teve seu estudo renovado a partir da legislação da década de oitenta.

46 O futuro da justiça: alguns mitos” (*Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5. Os “mitos” tratados no referido texto são: 1) “a rapidez acima de tudo (ou: quanto mais depressa, melhor)”; 2) “a fórmula mágica (ou abracadabra)”; 3) “supervalorização de modelos estrangeiros (ou a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha”); 4) “onipotência da norma (ou vale o escrito)”, pp. 2/13).

47 Cf., NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional...cit.*, pp. 154/155.

Como assinala Dierle Nunes, “uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação, ou melhor, da comparticipação que permita o exercício pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo. Não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela”⁴⁸.

O verdadeiro cisma existente entre o cidadão e processo estatal deve encontrar alguma alternativa para ser superado, o que não será possível por meio da exclusão continuada da autonomia da parte no contexto processual⁴⁹, permanecendo atual a impressão de Nelson Saldanha: “O que tem faltado ao privatismo brasileiro é uma delimitação histórico-social, que deveria provir do espírito público e que temperaria e reordenaria suas manifestações. Ao estatismo brasileiro o que tem faltado é uma identificação maior com a realidade nacional e com as necessidades populares – raramente consultadas –, de onde lhe proviria uma maior substancialidade histórica e também uma flexibilidade mais eficiente: tem-lhe faltado ser publicismo”⁵⁰.

Como já mencionado, parece que grassa no estudo do processo uma espécie de trauma que o modelo processual do século XIX causou na doutrina, porque, mesmo se admitindo que o modelo compatível com a atual quadra histórica vincula-se a garantias constitucionais, reserva-se exclusivamente à jurisdição estatal a função de tutora.

Com efeito, persiste a ideia de que a solução para uma atuação jurisdicional estatal eficiente e constitucionalmente adequada se encontra no próprio robustecimento dos poderes judiciais, como se a hipertrofia fosse a terapia para a dismorfia.

Reitero que não se trata de desacreditar o processo jurisdicional estatal como local apropriado para a realização de direitos, tanto assim que este texto tem seu objeto delimitado precisamente por uma espécie de acordo que só se justifica em virtude de um processo estatal. Entretanto, o que motiva o presente artigo é justamente a desvinculação prática e discursiva das partes do processo estatal, radicalizando a aversão ao pensamento de que o processo é coisa das partes e as excluindo definitivamente da disciplina de fases processuais fundamentais.

48 Idem, p. 198.

49 Como afirmam DENTI e TARUFFO: “il rapporto tra il cittadino e la giustizia deve ancora trovare un modo di essere che superi la separatezza e la condizione alienante che tuttora in larga misura lo caratterizzano [...] Probabilmente, una delle vie per superare questa frattura è quella di recuperare un più ampio spazio alla partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia, sai nella fase organizzativa che nella fase propriamente giurisdizionale” (La Giustizia Civile: lezioni introduttive. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 43).

50 O Jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 29.

3. Um exemplo paradigmático: a distribuição “dinâmica” do ônus da prova

Se o processo atual fosse comparado à imagem de uma equação matemática, as partes assumiriam a função do “fator comum em evidência” e permaneceriam externas à relação que se desenvolveria entre parênteses.

Soa-me heterodoxo, por exemplo, a ênfase que, corretamente, voltou a ser dada ao contraditório e à cooperação e, entretantes, não se conferir também enfaticamente um papel preeminente às partes em tantos outros momentos processuais, especialmente em questões probatórias. Nada mais eloquente nesse sentido do que o debate sobre a “teoria dinâmica” do ônus da prova⁵¹, em que praticamente não se vê a referência à participação das partes

51 Para fins de ilustração, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos da doutrina brasileira: SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *RT*, vol. 788, junho de 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, pp. 137/146. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005. CAMBI, Eduardo. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, pp. 340/346. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivum, 2006, pp. 519/522. SOARES, Fábio Costa. Ob. cit., pp. 176/182. CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. CARPES. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 204. São Paulo: RT, fevereiro de 2012. GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012. COUTO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do Ônus da Prova: teoria e prática*. Doutorado (tese). Universidade de São Paulo, 2011. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. Sérgio Cruz Arenhart menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação “modificação necessária” do regime do ônus da prova (ob. cit., pp. 357/362). Ada Pellegrini Grinover noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, “a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova” (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (coord). São Paulo: RT, 2005, p. 14). NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 75. São Paulo: Dialética, junho de 2009. REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 93. São Paulo: Dialética, dezembro de 2010. LOPES, João Batista. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz, as regras sobre o ônus da prova e a teoria das cargas dinâmicas. *Panorama Atual das Tutelas Individual e Coletiva*. Alberto Camina Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ônus da prova e teoria das cargas

na fixação da disciplina concreta de seus encargos, quando existe uma norma expressa nesse sentido (art. 333, parágrafo único do CPC)⁵². Rigorosamente, em todas as situações em que é possível a inversão dinâmica do ônus da prova igualmente permite-se o estabelecimento de sua fixação convencional, já que não se vislumbra situação em que os requisitos previstos no parágrafo único do artigo 333 do CPC possam ser ignorados pelo juiz, a menos que se entenda que pode o juiz inverter dinamicamente o ônus da prova em casos de indisponibilidade do direito⁵³ ou em casos que se torne impossível o exercício do direito. Sendo assim, é paradigmática a exclusão das partes do regramento da distribuição concreta do ônus probatório.

Ao se buscar uma engenharia normativa para justificar o poder do juiz para distribuir o ônus probatório de acordo com o caso concreto, desprezando-se a norma positivada que autoriza o regramento pelas partes e, *a fortiori*, conjuntamente pelo juiz, revela-se a persistência cultural de um processo sem partes, mesmo em um momento histórico em que a cultura adquirida autoriza, recomenda e até exige o retorno das partes ao processo estatal sem que isso signifique a recusa a toda evolução conquistada com o publicismo. É sintomático o panorama: reconhece-se a insuficiência do regramento abstrato sobre ônus da prova, mas não se busca alternativa na solução normativa já existente. Trata-se, sem dúvida, de uma encruzilhada cultural, em que a herança dificulta o encontro com o presente.

dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 204. São Paulo: RT, fevereiro de 2012. SILVA, Bruno Freire. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *A Prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. LAGASTRA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos. *A Prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, ob. cit., pp. 101/108. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, produziu-se uma recente e importante obra coletiva que bem releva a aceitação da teoria: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande. Mais recentemente, em uma espécie de resposta aos críticos: PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, nº 217. São Paulo: RT, março de 2013.

52 Esse tema, precisamente a partir das convenções das partes sobre o ônus probatório, foi objeto de exame da tese de doutoramento que apresentei na PUC/SP: *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese. PUC/SP, 2013.

53 A indisponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, vale conferir: OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti: analisi di una categoria*. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSI, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra, 2004. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Por isso é que se adota a ideia neste texto de que as convenções sobre ônus da prova simbolizam a atual quadra cultural, que, nesse sentido, mostra-se claudicante: valoriza-se o contraditório, mas excluem-se as partes.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça contemplou os temas ora tratados e, pela pertinência temática, devem ser transcritos trechos da ementa:

*"[...] O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. [...] No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope iudicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009)⁵⁴.*

Trata-se de julgado inegavelmente relevante, simbólico e que está de acordo com a maioria da doutrina brasileira contemporânea que escreve sobre o tema, especialmente por estender a inversão judicial do ônus da prova à matéria ambiental e por sufragar a insuficiência das regras estáticas que atribuem referido encargo.

Entretanto, do trecho transcrito decorrem algumas características que mais me preocupam do que animam: 1) a miscelânea de princípios invocados, que vem se tornando uma prática comum na jurisprudência e na doutrina brasileiras⁵⁵, como se, por meio de palavras mágicas, as portas da tutela jurisdicional se abrissem para o lado que declamasse mais princípios, quase recriando a clássica sentença literária,

54 REsp 883.656/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012.

55 Cf., a crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

que agora seria algo como “se os princípios existem, então tudo é permitido”; no caso citado, no erudito e fundamentado voto, cujo mérito não é o importante a se discutir nesta sede, invocam-se os princípios da “solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda” e ainda o “princípio da precaução” e o “princípio *in dubio pro natura*”. Questiono se é necessária essa profusão principiológica para permitir a inversão concreta do ônus da prova ou se os princípios são utilizados com a finalidade de conferir autoridade retórica ao argumento; 2) atribuir ao legislador o abrandamento genérico da fixação abstrata do ônus da prova, quando, na realidade, trata-se de uma decisão tópica do juiz, sem autorização normativa expressa *de lege lata*, tanto assim que tantos princípios foram invocados para fundamentar a inversão; questiona-se, pois, a necessidade de compartilhar com o legislador o que, corretamente ou não, deve ser assumido pelo julgador; 3) conferiu-se larga amplitude à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, afirmando-se na ementa que a providência é possível “no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo”; vê-se, pois, que os poderes judiciais genéricos autorizariam a inversão do ônus da prova, o que me parece um perigoso tratamento da matéria; 4) por fim, nota-se uma vez mais o aspecto ideológico de centrar no juiz uma espécie de heroísmo processual, mas na condição de solista, já que a partes são simplesmente ignoradas na exposição genérica que se faz acerca dos critérios para inversão do ônus da prova (na leitura do inteiro teor verifica-se que o ministro valeu-se em boa medida de uma exposição genérica e teórica sobre a teoria dinâmica, com ampla citação doutrinária).

Além disso, a diversidade de critérios utilizados pelos juízes para a inversão dinâmica do ônus da prova, como hipossuficiência, proximidade com a prova, facilidade para obtê-la, “normalidade” ou “anormalidade” do fato a se provar, entre outras, pode significar uma fragilidade sistêmica e uma insegurança processual indesejáveis, sem contar a possibilidade de a imparcialidade restar arranhada⁵⁶. Essa inversão afeta igualmente a dimensão subjetiva do ônus da prova, porque elimina toda a previsibilidade necessária para a avaliação das chances e riscos no decorrer do processo. O problema se agrava profundamente se o juiz entender que essa inversão do ônus da prova integra a decisão final, surpreendendo as partes, o que faz do processo uma cilada ritualística ante a ausência de qualquer norma preexistente nesse particular. Mas a principal crítica que vislumbro nesse contexto é o completo solipsismo do juiz em que apostam a doutrina e a jurisprudência favoráveis à ampla flexibilização do ônus probatório. Impressiona que não se mencione a possibilidade, ou melhor, a necessidade de o juiz não só comunicar às

56 Aqui a situação é diversa da que incide na discussão sobre os poderes instrutórios, na medida em que a inversão do ônus da prova sabidamente pode definir o julgamento. Cf. TARUFFO. *La Semplice Verità: Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 234 (essa obra recebeu tradução para o espanhol e para o português, ambas editadas pela Marcial Pons).

partes, mas principalmente integrá-las da tomada de decisão sobre a distribuição concreta do ônus probatório.

Defender a possibilidade de o juiz inverter topicamente o ônus da prova, mas não mencionar a participação das partes nesse contexto decisório, é sintomático e revela muito de nossa cultura processual.

Note-se que, mesmo diante de uma norma expressa no Código de Processo Civil brasileiro há décadas que autoriza convenções sobre o ônus da prova e que tais disposições não podem impossibilitar a defesa do direito em litígio, o critério para a inversão do ônus da prova no caso concreto continua a ser considerado como ato exclusivo do juiz.

Poder-se-ia argumentar que, se as partes mantiveram-se silentes, não houve interesse na disciplina privada das regras sobre ônus da prova. Esse argumento impressiona, mas não convence. Entre as funções do juiz está o respeito e o estímulo da participação das partes, inclusive quanto à conciliação em relação ao mérito do processo, não soando razoável entender que a distribuição do ônus da prova não possa ser decidida de modo compartilhado. Além disso, vem sendo construída toda uma argumentação principiológica para demonstrar que é necessário um modelo cooperativo do processo, com uma atuação paritária do juiz e das partes, o que é adequado também para a administração das regras sobre ônus probatório. Na realidade, a rigor, a possibilidade de convenções sobre ônus da prova deveria servir como mais um componente para fundamentar um processo cooperativo e não se valer de uma construção teórica para justificar a máxima efetivação de um dispositivo já existente, mas, diante do esquecimento da possibilidade convencional, vislumbra-se aqui mais um argumento para a utilização do instituto. Acrescente-se, ainda, que o protagonismo judicial que impera em nosso sistema processual, ao menos desde o Código de 1939, e toda a construção da doutrina processual brasileira formada em meado do século passado, que, por sua vez, formou todas as gerações seguintes dedicadas ao apuro conceitual e ao estabelecimento de bases publicistas do processo, a autonomia privada foi praticamente excluída da prática forense – houve uma espécie de extromissão da autonomia – e a possibilidade de convenções processuais caiu em uma espécie de esquecimento normativo, como se não constasse da legislação.

Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha com a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção “liberal” e o retorno ao protagonismo – sempre parcial – das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX e que, reconhecidamente, redundou em um processo constitucionalmente inadequado, o que configura uma confusão epistêmica com desdobramentos psicanalíticos, razão pela qual se mencionou que há uma espécie de trauma cultural.

Vejam-se, por exemplo, estas passagens de Barbosa Moreira:

“Vale a pena recordar que, em época não muito distante – à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma –, o processo civil costumava ser visto como ‘coisa das partes’. Tal concepção, que prevaleceu

na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnavam os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado – ao contrário, assinala-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à ‘soberania das partes’ – reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a ideia de ressuscitar essa moda⁵⁷. “Enquanto se considerava o processo como ‘coisa das partes’, era natural que se entregasse a estas – ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados – o comando do ritmo processual e a possibilidade de manejar a seu exclusivo critério outras alavancas importantes, como a colheita do material destinado a ministrar base à solução do litígio. Tal concepção foi denunciada e combatida ao longo de muitas décadas, por juristas inconformados com o amesquinamento que ela impunha à função jurisdicional. [...] Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto em realce o elemento publicístico do processo. [...] Dir-se-ia consolidada a mudança, e desnecessário qualquer esforço suplementar a seu favor. Eis senão quando o pensamento antigo ameaça querer ressuscitar. [...] Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não de valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina servir. É o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade⁵⁸. “Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de privatismo. Sejamos, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em que parecia jazer –, numa época em que o processo civil era tido e havido como ‘coisa das partes’, tomamos a liberdade de chamar-lhe *neoprivatismo*, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas⁵⁹.

Verifica-se, nesses excertos ora transcritos, que a reação ao “privatismo” é bem mais forte do que a preocupação com a participação das partes do processo, que ainda parece figurar como uma ameaça a todas as conquistas, quase universais⁶⁰, acumuladas nessas décadas em que o processo, ao menos

57 Privatização do processo? *Temas de Direito Processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.

58 O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 33/36 e 40.

59 O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

60 Cf., TARUFFO, quatro ensaios publicados em *Páginas...cit.*: La recolección y presentación de las

formalmente, consolidou-se como instituição de interesse público. Ao querer assegurar benefícios, fecham-se os olhos para a incontrastável realidade de que o processo se tornou um instrumento em que às partes se reserva o papel de incômodo ainda necessário, ao menos para, em regra, iniciá-lo e custeá-lo. A dificuldade em se trabalhar com o retorno da autonomia das partes, em conjunto com a autoridade judicial, resta patente nos trechos antes transcritos.

O déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos.

Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.

4. Os “modelos” de processo

Ainda que inexistam nos modelos organizacionais de processos e até mesmo se discuta a permanência de sensíveis diferenças entre tipos de modelos⁶¹, persiste relevância teórica na presente explanação, sobretudo porque

pruebas en el proceso civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas. La justicia civil. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de *civil law* y de *common law*. La cultura de la imparcialidad en los países de *common law* y de derecho continental. Ainda, do mesmo autor, Poderes probatorios...cit. 61 Sobre o tema, inclusive com outras tantas indicações bibliográficas: TARUFFO. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003. *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008. La cultura de la imparcialidad en los países de *common law* y de derecho continental. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009. *Icebergs de common law e civil law? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade*. Hermes Zaneti Júnior (trad.). *Temas Atuais de Direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Francisco Vieira Lima Neto e outros (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Também em *Revista de Processo* nº 181. São Paulo: RT, março de 2010. DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Andrea Morales Vidal (trad.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. NUNES, Dierle. THEODORO JR, Humberto. BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, nº 189, novembro de 2010. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003. BARBOSA MOREIRA. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. Veja-se ainda a reflexão sobre uma tradição jurídica brasileira em DIDIER JR.

consiste em um desdobramento natural do que foi exposto nos itens antecedentes, mas também porque os critérios distintivos entre eles situam-se fundamentalmente na divisão de funções entre o juiz e as partes.

Costuma-se classificar os modelos de processo, tradicionalmente, em adversarial⁶², acusatório⁶³ ou dispositivo e inquisitivo⁶⁴, sendo que segundo notícia Michele Taruffo, rigorosamente a designação de “inquisitivo” não é precisa, porque tal modelo só teria existido, em sua forma plena - isto é, iniciado de ofício, desenvolvido em segredo, com provas exclusivamente obtidas pelo juiz e sem respeito a garantias processuais -, na Prússia, na segunda metade do século XVIII⁶⁵.

Como já mencionado, há aproximações entre os países que adotam, em princípio, modelos distintos e, após a reforma processual inglesa⁶⁶, profundas divergências se aprofundaram entre os modelos que, em princípio, compartilham a ideologia adversarial⁶⁷, ainda que, na legislação formal, haja normas que autorizem uma atuação ativa do juiz⁶⁸.

Em síntese, considera-se que no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo e no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo⁶⁹,

Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 41/44.

62 Correto panorama em BARREIROS, ob. cit., pp. 65/109, embora sem apresentar o aprofundamento das divergências entre os processos inglês e norte-americano.

63 É o termo proposto por Taruffo também para o processo civil: Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

64 DIDIER JR. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, nº 198. São Paulo: RT, agosto de 2011. Para um panorama sobre o modelo inquisitivo: BARREIROS, ob. cit., pp. 111/166.

65 *Cultura...cit.*, p. 199. Adolfo Shönke Prefere denominar de Princípio da livre investigação a princípio inquisitivo (*Derecho Procesal Civil*. Prieto Castro e Víctor Fairén Guillén (trad.). Barcelona: Bosch, 1950, p. 38). Sobre o processo inquisito na história: FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile: contributo al chiarimento del dibattito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 11/56.

Registrem-se, também, as críticas de Damaska a essa dicotomia (*Las Caras...cit.*, p. 12 e ss.).

66 cf. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). São Paulo: RT, 2012, p. 58. BARBOSA MOREIRA. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de Direito Processual: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 182/187. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

67 Cf. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003.

68 “[...] resulta la diferencia substancial que existe entre la imagen del juez que surge de lãs *Federal Rules of Evidence* y la realidad del comportamiento de lós jueces estadounidenses: la amenaza que constituye el parecer parciales por ser activos en la búsqueda de la verdad lês induce a la pasividad” (TARUFFO. *La cultura de la imparcialidad...cit.*, p. 50).

69 Observa corretamente Didier Jr. que “princípio”, nesse contexto, não é utilizado 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

sempre tendo em conta a atribuição de poderes ao juiz ou às partes. Precisamente no ponto de equilíbrio dessa divisão de funções é que se situa o moderno debate entre o publicismo e o privatismo ou garantismo⁷⁰, mas, reiterar-se uma vez mais, é grave equívoco vincular a adoção de um desses modelos processuais com o regime autoritário ou democrático *tout court*. Com efeito, além de inexistir a mencionada vinculação, o mero desenho normativo não é suficiente para ensejar a aplicação de um daqueles modelos e a previsão abstrata, por exemplo, de amplos poderes instrutórios servir mais de uma carta de compromissos do que de modo efetivo de condução processual.

O modelo acusatório, portanto, confere às partes a preeminência na condução do processo, sendo que, no modelo adversarial “puro”, há uma competição entre as partes perante um juiz passivo e não há preocupação com o conteúdo da decisão ou o resultado das provas, bastando que se observe a gestão do processo de acordo com a vontade das partes⁷¹.

Já no que pode ser denominado de modelo acusatório de garantias, em que se observam os direitos fundamentais, oferecendo uma tutela jurisdicional efetiva e de acordo com a conformação constitucional do processo, deslocando-se assim, de certa forma, a discussão da divisão de funções entre as partes e o juiz, por inexistir incompatibilidade entre a observância de garantias e a gestão oficial do processo⁷². Trata-se de um equilíbrio entre a autonomia das partes, o modelo constitucional do processo e uma condução ativa do juiz, a fim de obter decisões justas⁷³.

Um terceiro modelo de organização do processo centra-se no princípio da cooperação⁷⁴, cujos contornos decorrem do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, em que se inclui o juiz no diálogo processual, a condução do processo não se mantém ao livre arbítrio das partes e muito menos se outorga um papel inquisitorial ao juiz⁷⁵. O processo mantém-se simétrico até

opção, aparece a “dispositividade” (Os três modelos...cit., p. 215).

70 Cf. o panorama elaborado por RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 70. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2010. Do mesmo autor, que assume radical postura sobre o tema: Repensando a prova de ofício. *Derecho Procesal Contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II. Raúl Tavorlari Oliveros (coord.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

71 TARUFFO. Consideraciones sobre...cit., p. 368.

72 Idem, pp. 369/371.

73 Idem, pp. 372/374.

74 Cf. OLIVEIRA. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 17/09/2012. DIDIER JR. Os três modelos...cit. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra, 2010. MITIDIERO. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo* nº 194. São Paulo: RT, abril de 2011. BARREIROS, ob. cit., pp. 167/228. Por conta da existência de um processo em cooperação, Daniel Mitidiero designa os modelos processuais como isonômico, assimétrico e cooperativo, em que este último confere ao juiz uma dupla posição: paritário na condução do processo, no diálogo processual, e assimétrico na decisão (*Colaboração...cit.*, pp. 101/102).

75 DIDIER JR. Os três modelos...cit., p. 219.

a prolação da sentença, quando, por se tratar de ato exclusivo da autoridade estatal, incide uma função eminentemente assimétrica, mas que está submetida igualmente a deveres decorrentes do devido processo legal⁷⁶.

A colaboração ou cooperação atribui deveres aos sujeitos do processo, que podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção⁷⁷.

O denominado “garantismo processual”⁷⁸, que reavivou de forma radical o debate entre o publicismo e o privatismo⁷⁹, e conseqüentemente, entre os

76 Idem, p. 220.

77 Idem, p. 221. Mitidiero fala em deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio (*Colaboração...cit.*, p. 102). Em relação a esses deveres, exemplifica Didier Jr., inicialmente 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 conseqüência 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 juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas. 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 conseqüência 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 dever. 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 partes. [...] 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, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. [...] 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 processo. 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 (idem, pp. 221/224).

78 Cf., o panorama fornecido por BARREIROS, ob. cit., pp. 154/166.

79 O centro do debate pode ser conferido no já célebre livro *Proceso Civil e Ideologia*, coordenado por Juan Montero Aroca (ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), com ensaios de Franco Cipriani, Giovanni Verde, Girolamo Monteleone, Joan Pico i Junoy, José Carlos Barbosa Moreira, Adolfo Alvarado Velloso, Federico G. Dominguez, Eugenia Ariano Deho e Luis Correia de Mendonça, e duas cartas trocadas por Augusto Mario Morello e Juan Montero Aroca. Ainda: CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. CIPRIANI (coord.). *Stato di Diritto e Garanzie Processuali: atti delle II Giornate internazionali di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. MENDONÇA, Luis Correia de. O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil. *Revista de Processo*, nº 172. São Paulo: RT, junho de 2009. QUIJANO, Jairo Parra. *Racionalidad e Ideología en las Pruebas*

modelos processuais ora mencionados, insere-se justamente na gestão da prova.

Trata-se de discussão que perpassa tudo o que foi exposto ligeiramente neste artigo e se refere diretamente aos poderes instrutórios do juiz, tema para o qual se dedicará o item seguinte.

Com efeito, a divisão de trabalho entre o juiz e as partes, como já referido, é o cerne da conformação ideológico-cultural do processo, cujo pêndulo sempre tende para os extremos em que se situam os radicalismos, não raras vezes embaçando relevantes debates e conferindo um tom passional próximo ao paroxismo e ao maniqueísmo⁸⁰.

5. Poderes instrutórios do juiz

Os diversos problemas envolvendo os poderes instrutórios do juiz

de Ofício. Bogotá: Temis, 2004. VELLOSO, Alvarado. *Debido Proceso versus Pruebas de Oficio*. Bogotá: Temis, 2004. RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Derecho Procesal Contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II. Raúl Tavolari Oliveros (corréd.). Santiago: Puntotex, 2010. COLOMER, VILAR, CUADRADO (coord.). *Juan Montero Aroca - El Derecho Procesal Español del Siglo XX a Golpe de Tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012 (não são todos os artigos que tratam do garantismo processual diretamente, mas, nas mais de mil e trezentas páginas do livro, a grande maioria aborda o tema e oferece um interessante panorama do pensamento sobretudo acerca dos poderes do juiz e sua carga autoritária). Excepcional síntese em GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº 164. São Paulo: RT, outubro de 2008.

80 Ao analisar o debate antes referido, Leonardo Greco observa que "o processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem um fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica", acrescentando que "a força desse fundamento não se concilia com um juiz ou um processo autoritário. Ao contrário, é preciso explorar com mais argúcia os espaços de liberdade que as partes devem poder exercer na relação processual e que foram tão intensamente sufocados pela prevalência de uma sistemática concepção publicista, da qual ainda temos muita dificuldade de nos emancipar, pois somos herdeiros de uma tradição cultural de paternalismo estatal e as deficientes condições de vida e da educação básica da maioria da população brasileira infelizmente não contribuem para que os indivíduos se tornem capazes de dirigir o seu próprio destino, sem necessidade da proteção da autoridade estatal". E prossegue para concluir: "Entretanto, o liberalismo pelo qual precisamos lutar não é mais o do Estado absentista do século XIX, mas o do Estado Democrático de Direito, do 2º Pós-Guerra, ou seja, o que não apenas respeita o livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões relativas à sua esfera privada, mas que, no momento em que estes recorrem ao Estado para a tutela dos seus direitos, este, através dos juízes, controla diligentemente se aqueles estão em condições de se autotutelarem e, em caso negativo, supre moderada e parcimoniosamente as suas insuficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos, tendo em vista que as posições de dominação que prevalecem na sociedade precisam ser neutralizadas, sob pena de entregarem os mais fracos ao jugo incontestável dos mais fortes, em total desrespeito às promessas de construção de uma sociedade erigida sob a égide da dignidade humana e do pleno respeito aos direitos fundamentais. [...] Justiça rápida, sim, para todos e com qualidade. Justiça boa não para os juízes ou os advogados, como meio de vida, muito menos para os governantes, como meio de retardar o cumprimento dos seus deveres, mas para os cidadãos" (Publicismo...cit., pp. 55/56).

originaram diversos estudos nas últimas décadas⁸¹⁻⁸²⁻⁸³, não sendo esta a sede

81 Cf. BARBOSA MOREIRA, o autor brasileiro que mais cuidou do tema: O juiz e a prova. Revista de Processo, nº 35. São Paulo: RT, julho/setembro de 1984. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. Temas de Direito Processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984. Breves reflexões sobre a iniciativa oficial em matéria de prueba. Temas de Direito Processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. Temas de Direito Processual (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. Temas de Direito Processual (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. Temas de Direito Processual (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989. O processo, as partes e a sociedade. Temas de Direito Processual (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004. Por um processo socialmente efetivo. Temas de Direito Processual (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil brasileiro entre dois mundos. Temas de Direito Processual (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004. Reformas processuais e poderes do juiz. Temas de Direito Processual (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004. Duelo e processo. Temas de Direito Processual (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004. O novo Código Civil e o direito processual. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007. O neoprivatismo no processo civil. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007. Em célebre conferência, afirmou Barbosa Moreira: “estou, e tenho a certeza de que ficarei até a morte, seguramente, inabalavelmente, convencido de que é preciso que o juiz se comprometa da necessidade de que ele assuma realmente, não formalmente apenas, a sua responsabilidade na direção do processo”. [...] Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria – se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortabilíssima posição de ter de ser sempre parcial, quer atue, quer não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me” (Os poderes do juiz. O Processo Civil Contemporâneo. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, pp. 95/96).
Confirmam-se, ainda: BEDAQUE. Poderes Instrutórios do Juiz. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011. MARGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. A Produção da Prova no Direito Processual: o alcance e os limites do ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. CABRAL, Trícia Nvarro Xavier. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. CASTRO, Daniel Penteado. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 17/09/2012. CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. Revista de Processo, nº 153. São Paulo: RT, novembro de 2007. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Insuficiência probatória, ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 96, março de 2011. WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008. Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O Juiz e o Princípio Dispositivo. São Paulo: RT, 2006, pp. 109 e ss. CAMPO, Hélio Márcio. O Princípio Dispositivo em Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. Para o debate da questão no processo penal: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003. No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados o REsp 17591/SP, o REsp 151924/PR, o REsp 471857/ES e o REsp 1072276/RN. Alguma notícia do tema no direito comparado em: LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). Los Poderes del Juez Civil em Materia Probatoria. Barcelona: JM Bosch, 2003. LLUCH, Xavier Abel. Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil. Barcelona: Bosch, 2005. TARUFFO. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. La Prueba (apêndice I). Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008. SOTELO, José Luis Vásquez. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. Revista de Processo nº 177. São Paulo: RT, novembro de 2009. JUNOY, Joan Pico i. El Juez y la Prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, nonsecundum conscientiam y su repercusión actual, Barcelona: Bosch, 2007, segunda parte. É sabido que na Espanha o artigo 429.1, II e III da Ley de Enjuiciamiento Civil prevê a faculdade, na fase de audiência prévia,

própria para a reconstrução de seus contornos fundamentais. Entretanto, é necessário mencionar algumas linhas gerais sobre o tema, não sem antes assinalar que a tendência atual é o reconhecimento legislativo de poderes instrutórios do juiz⁸⁴.

É conhecida a polêmica sobre a relação entre a imparcialidade do juiz⁸⁵ e sua iniciativa probatória⁸⁶, mas parece-me que esta questão pode ser considerada bem equacionada, em princípio, pela constatação de que tanto a ação judicial quanto a omissão em matéria probatória possui potencial para favorecer alguma das partes⁸⁷.

integrado do juiz, alertando às partes sobre uma possível deficiência das provas propostas, buscando conciliar as profundas divergências ideológicas em matéria probatória na doutrina local; já o artigo 752.1 amplia a atuação probatória oficial nos denominados “processos indisponíveis” (processos que versem sobre incapacidade, filiação e matrimônio, na forma do art. 748 daquela lei). Sobre o tema, além dos textos de Sotelo e Junoy antes referidos, há amplo panorama no recente livro de LLUCHC, Xavier Abel. *Derecho Probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012, capítulo IV. No processo canônico, a regra é o princípio dispositivo, podendo o juiz exercer poderes instrutórios para evitar injustiças e para estabelecer o equilíbrio na distribuição do ônus probatório, com base na equidade (ORDENANA, Juan Goti. *Tratado de Derecho Procesal Canónico*. Madrid: Colex, 2011, pp. 313/315. Em sentido aproximado, TUCCI e AZEVEDO. *Lições de Processo Civil Canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001, pp. 104/105 e 122.)

82 Para o mais profundo exame do tema de que tenho notícia: FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile: contributo al chiarimento del dibattito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

83 Registre-se uma referência histórica: Eduardo Espínola, por expressa influência de Chiovenda e Lessona, elaborou a regra que constou no artigo 127 do Código do Processo do Estado da Bahia, de 1915: “O juiz pode ordenar ex-officio as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade dos factos allegados, depois de realizadas as que forem requeridas pelas partes” (Código do Processo do Estado da Bahia Annotado. Salvador: Typ. Bahiana, 1916, pp. 499/501).

84 Cf. TARUFFO. *Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. La Prueba (apêndice I)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008.

85 Sobre a questão da imparcialidade, ainda que não apenas ligada diretamente aos poderes instrutórios: TARUFFO. *La cultura de la imparcialidade en los países de common law y de derecho continental. Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009. CABRAL, Antonio do Passo. *Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Primeira Série. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (org.). Salvador: JusPodivm, 2008. SOUZA, Artur César. *A Parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: RT, 2008. WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, pp. 156/158. Ver, também, o debate acerca da pergunta “A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade?”, publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 70. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2010, pp. 219/231. “Não constitui uma ameaça à neutralidade do juiz, mas pelo contrário uma ajuda para a resolução racional e objectiva das questões do caso, se o juiz chamar a atenção das partes para aspectos jurídicos pertinentes, para que elas se possam preparar quanto a estes e para que a sentença não atinja as partes ‘inesperadamente como um raio’” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. António Franco. António Francisco Sousa (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 345).

86 “em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior que em qualquer outra atividade processual” [...] “convém, entretanto, salientar que a prova não se faz exclusivamente para o juiz; não se poderia ressuscitar a máxima ‘iudici fit probatio’, nem afirmar como outrora se fazia que destinatário da prova é o juiz e não o adversário (*Fides seu probatio est facienda iudici non adversario*). Cada uma das partes tem o direito de conhecer e criticar a prova produzida pela outra e pode até convencer o adversário de boa-fé” TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 1974, p. 402.

87 Como bem observou Barbosa Moreira, “o uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com

Entretanto, há que se verificar com temperamentos essa imunização da imparcialidade judicial na determinação de produção de algum meio de prova, a fim de que, sob um pretexto democrático e louvável, travestir-se uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca “poppereana”⁸⁸ de provas para preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões⁸⁹ e violando limitações probatórias⁹⁰. Trata-se, evidentemente, de uma patologia

a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará do esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro” (Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual* (Quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48). No mesmo sentido, com enfoque na igualdade e na vulnerabilidade das partes, Teresa Arruda Alvim Wambier equacionou a questão em termos precisos: “O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um espectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, lato sensu, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem ou dá-los a quem não os tem” (Anotações sobre o ônus da prova. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 17/09/2012. Ainda: Reflexões sobre o ônus da prova. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994). Lembre-se, por fim, de Mauro Cappelletti, pra quem é preciso distinguir imparcialidade de passividade: “o juiz deve ser imparcial em relação ao conteúdo da controvérsia, mas não quanto à relação processual propriamente dita”, acrescentando que deve ser respeitado o princípio dispositivo em sentido “substancial ou próprio” (iniciativa de começar o processo e determinar seu conteúdo), não havendo sentido em preservá-lo no sentido “processual ou impróprio” (Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. O *Processo Civil Contemporâneo*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, p. 13).

88 DAMASKA. *Las Caras...cit.*, p. 208.

89 Cf. CABRAL, Trícia. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento...cit.*, pp. 151/166. Entende Heitor Sica que inexistente preclusão em matéria de iniciativa instrutória pelo juiz (*Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 241/243). Assim também Daniel Neves (*Preclusões para o Juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*). São Paulo: Método, 2004, pp. 269/270). Preocupa-me, entretanto, a utilização da iniciativa instrutória como mera demonstração do poder e como meio de burla da segurança do processo, mas, efetivamente, no exercício regular dos poderes instrutórios a ideia de preclusão soaria como obstáculo capaz de tornar letra morta a produção probatória de ofício. Registre-se, contudo, que o raciocínio utilizado para se defender a eficácia preclusiva do despacho saneador (sobre o tema, DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 591/597).

90 Sobre as limitações probatórias, a excelente tese de GUEDES, Clarissa Diriz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013. Ainda: GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, 2009, disponível em www.redp.gov.br, acesso em 19 de dezembro de 2012. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. Sobre o livre convencimento e limitação probatória, é interessante esta distinção: “[Não] parece que o livre convencimento possa traduzir-se na possibilidade de o juiz produzir qualquer prova, ainda que para além das previsões legais específicas. Antes, uma vez esclarecido que ‘livre convencimento’ e ‘liberdade dos meios de prova’ não se colocam numa relação de reciprocidade e que, pelo contrário, livre convencimento e taxatividade de meios de prova não são incompatíveis entre si, é justamente a presença dos poderes discricionários do juiz na avaliação das provas que impõe restrições rigorosas à atividade de seleção dos instrumentos de convicção utilizáveis para fins decisórios. Ainda que se possa discutir sobre as conotações dessas restrições, ora identificando-as

no uso dos poderes instrutórios, mas não se pode ignorar sua ocorrência, assim como também não se deve excluir a utilização da iniciativa instrutória apenas como forma de demonstração de poder⁹¹, com a finalidade de constranger partes e advogados em audiências ou coonestar algum descumprimento de regra processual por uma das partes.

Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões decisórios, por exemplo, que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais, também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária⁹².

A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo⁹³, do que no não

como vedação à admissão de provas inominadas, ora, mais genericamente, qualificando-as na condição de fatores de equilíbrio entre liberdade e legalidade probatória; francamente, não se explica como a proposição argumentativa possa ser revertida ao ponto de inferir-se do princípio da livre convicção a ausência de qualquer formalidade nas atividades de admissão e produção de provas" (DEAN, Giovanni. In tema di 'libertà' e 'tassatività' delle forme nell' acquisizione probatoria a propósito delle 'ricognizione fotografica'. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 834. Tradução de Clarissa Diniz Guedes, para a tese de sua autoria antes citada, que gentilmente me cedeu o texto).

91 Lembre-se a nociva ideia, dita com ares de verdade absoluta por quase toda a jurisprudência e grande parte da doutrina de que "o juiz é o destinatário da prova", o que leva às conhecidas e autoritárias fórmulas pronunciadas em audiências como "não preciso de mais provas" ou "dispensar os testemunhas porque já estou satisfeito", como se produção de prova fosse uma espécie de refeição processual para alimentar o intelecto pessoal do juiz. Sobre o tema: MATTOS, Sérgio. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. De forma mais ampla: STRECK, Lênio. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*^{4a} ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Veja-se ainda a observação crítica e certeira de Maria Elizabeth de Castro Lopes: *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 115/117, com a sempre importante lembrança de que o processo não é coisa das partes, mas também não pertence ao juiz.

92 "Puede suceder, ciertamente, que el juez quiera favorecer a una parte sirviéndose de sus facultades instructivas, pero es dudoso que en este caso se verifique un verdadero abuso de su discrecionalidad: si tal prueba no sirve para nada, la prueba no modifica el resultado de la controversia. Si, por el contrario, la prueba sirve para determinación de los hechos, entonces es relevante y útil para el proceso, y por lo tanto sigue careciendo de importancia la motivación puramente subjetiva con la cual el juez haya decidido ordenar su práctica. De cualquier manera se busca evitar los abusos, pero la posibilidad de que se cometan no puede llevar a eliminación de los poderes del juez" (TARUFFO. La cultura de la imparcialidad...cit., p. 52). Uma abordagem filosófica interessante sobre as atividades judiciais, especialmente sobre a discricionariedade judicial, vê-se em MARÍN, Rafael Hernández. *Las Obligaciones Básicas de los Jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 255/329.

93 Verifica-se efetivamente uma "postura burocrática dos juizes na maioria dos sistemas de *civil law*, em que não se obteve êxito na implantação efetiva da oralidade e imediatidade processuais, já que na prática o juiz permanece como um *sentenciante de gabinete*, que apenas toma conhecimento da controvérsia no momento mesmo de decidir a causa" GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 45. Ainda:

exercício desse poder casuisticamente. Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual⁹⁴. Essa questão refere-se diretamente ao

TARUFFO. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Hermes Zaneti Jr. (trad.). *Revista de Processo* n° 181. São Paulo: RT, março de 2010, p. 171. Como diagnosticou Barbosa Moreira, com permanente atualidade, “cumpro reconhecer que não são muito frequentes, na prática judiciária brasileira, as iniciativas instrutórias oficiais. À luz do que acima ficou dito, seria pouco razoável imputar o fato a eventuais imperfeições da lei. Sem esquecer o comodismo e a ‘abulia profissional’ – defeitos de que os magistrados, seres humanos, não estão necessariamente isentos –, são causas principais: de um lado, a sobrecarga de trabalho e, em termos genéricos, as condições desfavoráveis sob as quais desempenha suas funções a grande maioria dos órgãos judiciais, sobretudo os de primeiro grau; de outro, a mentalidade ainda dominante em certos setores (inclusive da mais autorizada doutrina), que vê com reserva, quando não com aberta desconfiança, a atuação espontânea do juiz na pesquisa da verdade, por suscetível de fazê-lo descambar para a posição ‘parcial’ – como se não existissem outros meios, bastante eficazes, de conjurar o risco, sem desestímulo ao exercício, pelo órgão judicial, de poderes que o ordenamento decerto não lhe atribui sem a esperança de que sejam de fato utilizados” (A função social...cit., pp. 53/54).

94 Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista. Para ilustrar essa situação, vale transcrever o método revelado com extravagante sinceridade e naturalidade pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello: “Costumo dizer que, como magistrado, ao defrontar-me com uma controvérsia, primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para a lide. Somente após, vou à dogmática buscar o indispensável apoio. E ao assim proceder, exerço – porque toda interpretação o consubstancia – um ato de vontade. Vou à dogmática, vou à ordem jurídica em vigor movido por uma inspiração. E essa inspiração atende ao terceiro instituto do trinômio ‘Lei-Direito-Justiça’. É, justamente, a busca da almejada justiça” (Voto proferido no Recurso Extraordinário n° 236948/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 31/08/2001, p. 65 (o trecho transcrito está na fl. 778 dos autos, conforme cópia disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal)). O Ministro, além de se mostrar absolutamente convicto, parece se orgulhar do pensamento, já que o repete há anos, inclusive em ementas de julgamento e no discurso proferido no dia 17 de junho de 2010, em solenidade comemorativa às suas duas décadas como integrante daquela Corte). Para algo ainda mais pitoresco e nocivo para o Estado Democrático de Direito, eis que vizinho da superstitão: Min. Dias Toffoli: “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes (STF - HC 103.412/SP - Publicação DJe: 23/08/12 - Relatora Min. Rosa Weber). Em contraponto a essas declarações, lembro conhecida passagem de Barbosa Moreira: “É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, ‘iluminado pelo Espírito Santo’, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistirá sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno...” (Provas atípicas. *Revista de Processo*, n° 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994, p. 115). Interessante passagem de Canotilho são pertinentes para o debate: existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão “prodüzem-se critérios não codificados” que acabam por se transformar, ao arripio dos critérios formais, nos critérios fundamentadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro *paradoxo da decisão*: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente introduzida, e é mesmo remetida para o “silêncio” na explicitação fundamentadora. Dito por outras palavras: na perspectiva do sistema da informação os critérios invisíveis e os momentos informais são mecanismos de seleção procedimental ou processual conducentes (ou, pelo menos, influenciadores) à decisão sem que em momento formal algum beneficiem de qualquer explicitação. A invisibilidade é total quando se chega à fase da fundamentação. Em grande número de casos de jûris acadêmicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada. (13/14) Exige-se, pois, saber e ciência ao decisor para este decidir com saber e ciência. O decidir é um acto de prudência, pois a prudência outra coisa não é senão a

problema da fundamentação das decisões, já que esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito⁹⁵ do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta, categoria que possui relevância e utilidade apenas em questões religiosas e metafísicas, e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial⁹⁶. A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal. Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação. Perdoe-se o truísmo: para que se preocupe com o conteúdo da motivação, primeiro é necessário que essa motivação exista materialmente, em substância, já que sua existência formal não apresenta maiores problemas.

Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicitando as

decisão justa, sobretudo em situações de incerteza. O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem procedimental ou processualmente, de forma transparente, na produção da decisão (Julgar e decidir as invisíveis manhas da decisão nos “tribunais académicos”. *Revista Julgar*, nº 1, 2007, disponível em sites.google.com/site/julgaronline, acesso em 09 de agosto de 2012, pp. 13/15). Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que se submete a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação que se limita a reproduzir jurisprudência, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto. Ainda se vê em autorizada doutrina que o bom juiz possui algo de divino e misterioso: “Los buenos jueces se convierten en impermeables. [...] Las voces de fuera no deben ya resonar porque la sala de deliberaciones es lugar de autónoma interpretación y elaboración de datos adquiridos ritualmente, no es caja de resonancia. [...] El Tribunal Constitucional es lo que se desarrolla en este círculo cerrado, en este crisol de personalidades, ideas, cultura y relaciones interpersonales. Sólo en una mínima parte depende de reglas escritas. Éstas, como mucho, sirven de marco. Lo que cuenta es la institución y la percepción que de ella tienen los jueces. Esto precede en gran medida a las normas positivas. La institución, más en concreto la idea de institución, condiciona el derecho positivo. El derecho, aunque está contenido en normas del más alto nivel formal, tiene siempre, respecto de la consciencia institucional, un valor subsidiario. En esto subyace una máxima que en materia institucional debería estar clara para todos: a menos que se piense en esclavos o robots, no se puede hacer o deshacer instituciones y ordenamientos como los judiciales sin, o peor, contra la conciencia de los que están llamados a vivificarlos con sus energías espirituales” (ZAGREBLSKY, Gustavo. *Principios y Votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Manuel Martínez Neira (trad.). Madrid: Trotta, 2008, pp. 19/22). Anota Richard Posner que se tem a impressão de que os juízes deliberam em segredo, mas seria mais exato afirmar que o verdadeiro segredo é que não deliberam adequadamente (*Cómo Deciden los Jueces*. Victoria Roca Pérez (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 12/13).

95 NUNES, Dierle. *Processo Jurisdiccional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

96 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme mina consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Flaviane de Magalhães Barros e José Luiz Bolzan de Moraes (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

razões que sustentam racionalmente a conclusão⁹⁷. Oportuna a transcrição deste trecho de Arthur Kaufmann: “Se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz ‘só está sujeito à lei’, e, provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos que formulam a decisão de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízos de valor pessoa” E, após considerar inevitável a carga axiológica do juiz, aponta o autor a existência de “fundamentações aparentes”, concluindo que “censurável é o facto de não argumentarem com clareza, antes proferindo um acto de autoridade/poder (para evitar mal-entendidos; jurisprudência sem autoridade/poder, sem decisão, não é possível; simplesmente, a autoridade/poder deve justificar-se pela argumentação)”⁹⁸⁻⁹⁹.

Argumentar-se que a indiferença instrutória em determinados casos integra a disputa processual é equiparar o processo a uma competição e subverter toda a lógica que fundamenta a efetivação dos poderes instrutórios do juiz.

Um exemplo singelo, mas do qual decorem algumas reflexões relacionadas ao tema: um acidente automobilístico envolvendo três carros, cada qual com um condutor, no cruzamento sem sinalização de determinada comarca, que conta com juízo único. Todas as partes são capazes e os direitos pleiteados são disponíveis (pleiteiam-se apenas indenizações em virtude de danos materiais e leões corporais). Ajuíza-se ação contra um condutor, não se arrolam testemunhas e apenas fotografias são anexadas aos autos e as partes prestam os respectivos depoimentos. Consta no boletim de registro de acidente de trânsito a identificação de um comerciante que estava próximo ao local, além da identificação dos policiais que realizaram a ocorrência. O juiz, apenas com os elementos dos autos e com as regras de distribuição do ônus da prova, julga improcedentes os pedidos. Alguns meses depois, o outro envolvido ajuíza ação semelhante contra o mesmo réu daquele primeiro processo, com as mesmas circunstâncias fáticas e os mesmos elementos de convicção. Dessa vez, o mesmo juiz resolve ouvir como “testemunhas do juízo” os policiais e o comerciante e também determina a realização de inspeção no local do evento, além de determinar expedição de ofício á secretaria municipal competente para que informe sobre detalhes viários daquele trecho. Com as provas produzidas, julga os pedidos procedentes.

97 “Ciò porta a sottolineare che, indipendentemente da eventuali movenze retoriche, l’obbligo di motivazione richiede che la giustificazione dela decisione in fatto *esista*, sia *completa* e sai *altresi coerente*” (TARUFFO. *La Semplice...*, p. 241). Nesse sentido: ABELLÁN. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010,, capítulo IV.

98 Filosofia do Direito, teoria do Direito, dogmática jurídica. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira (trad.). A. Kaufmann e W. Hassemer (org). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 184/185. Veja-se, do mesmo autor, *Filosofia do Direito*. 2ª ed. António Ulisse Cortês (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 84/92.

99 TARUFFO. *La Semplice...cit.*, pp. 241/245.

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrolo do critério judicial é absoluto e o arbítrio será coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensinará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas.

O exemplo antes formulado propositalmente veicula direitos disponíveis, exatamente por ser essa uma outra discussão envolvendo a amplitude dos poderes instrutórios do juiz. A disponibilidade do direito foi um critério relevante utilizado pela jurisprudência brasileira¹⁰⁰ e ainda é um critério que conta com diversas adesões doutrinárias e legislativas, como na já mencionada lei espanhola, mas hoje não conta com intensa adesão da doutrina pátria¹⁰¹. Ou seja: da indisponibilidade do direito decorrem efeitos processuais importantes, como a legitimidade do Ministério Público, a impossibilidade de estabelecimento de negócios jurídicos, a necessidade de formalidades em atos processuais, mas, nessa linha de entendimento, não se distinguiria dos direitos disponíveis para fins instrutórios por meio da atividade judicial¹⁰². Entretanto, nota-se ainda na jurisprudência, se não uma vedação à atividade instrutória do juiz em processos envolvendo direitos disponíveis, uma maior tolerância na omissão judicial, que, nesse contexto, não teria relevância jurídica para fins recursais, por exemplo¹⁰³. Trata-se de entendimento defensável tecnicamente,

100 I - Na fase atual da evolução do direito de família, e injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. III - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes" (STJ - REsp 43467/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18/03/1996, p. 7568). Excelente análise dessa temática em WAMBIER. SANTOS. Ob. cit., item 7.1.

101 Ampla discussão em BEDAQUE, ob. cit., pp. 135/148. CASTRO, ob. cit., pp. 277/298.

102 Cf. ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(In)disponibilidade do Direito Processual Civil: uma análise do seu reflexo sobre a atividade do juiz e das partes à luz dos princípios fundamentais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2002, pp. 143/144 e 177.

103 "Cuidando a ação de direitos disponíveis e não existindo nos autos notícia de significativa desigualdade sócio-econômico-cultural entre os litigantes, não há falar em violação ao art. 130 do Código de Processo Civil pela ausência de produção de provas ex officio" (REsp 242.219/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 01/07/2002, p. 280). "[...] em atenção também ao princípio do dispositivo, convém restringir o uso tradicionalmente indiscriminado do despacho que

mas que acaba por quebrar a uniformidade do sistema e incentivar um indesejável casuismo, na medida em que se considera a atividade instrutória uma espécie de benesse oficial.

Note-se que, em simetria com as regras que fixam o ônus probatório, os poderes instrutórios do juiz somente incidem em casos de incompletude da prova e permanência de dúvida¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

chama as partes a dizerem se têm outras provas a produzir, pois, dogmática e legalmente falando, os momentos para tanto já ocorreram (inicial e contestação). E, ainda, também em observância ao princípio do dispositivo, o magistrado deve ser parcimonioso ao determinar a produção de provas no saneador, evitando tornar controversos pontos sobre os quais, na verdade, as partes abriram mão de discutir - e, portanto, de tornar controvertidos. O objetivo do Código de Processo Civil é claro: evitar delongas injustificadas e não queridas pelos litigantes que, muito mais do que o atingimento da sacrossanta "verdade material" ou o prestígio da igualmente paradoxal "verdade formal", acabam prejudicando as partes interessadas, na medida em que inviabilizam uma tutela adequada e eficiente. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor. [...] (REsp 840.690/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28/09/2010). "[...] A produção de provas no processo civil, sobretudo quando envolvidos interesses dispostos, tal qual se dá no caso em concreto, incumbe essencialmente às partes, restando ao juiz campo de atuação residual a ser exercido apenas em caso de grave dúvida sobre o estado das coisas, com repercussão em interesses maiores, de ordem pública. Impossível, assim, exigir-se a anulação da sentença de primeira instância, mediante a pueril alegação de que ao juízo incumbia determinar a realização de provas ex officio. Tal ônus compete exclusivamente à parte interessada na diligência" (AgRg no REsp 1105509/RN, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 18/12/2012).

104 Valho-me de instigante situação exposta por Eduardo José da Fonseca Costa, juiz federal e ilustre processualista, em grupo de debates iniciado pela Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo: "Se ao cabo da instrução o juiz ordena *ex officio* produção probatória, é porque ainda tem *dúvida*. Isso significa que o autor não se desincumbiu a contento do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito. Após a aludida produção, chegar-se-á a um dos seguintes resultados: 1) provar-se-á fato constitutivo do direito do autor; 2) provar-se-á fato impeditivo do direito do autor; 3) provar-se-á fato extintivo do direito do autor; 4) provar-se-á fato modificativo do direito do autor; 5) não se provará nada. Os resultados (2), (3), (4) e (5) mostram que a dilação probatória foi *inútil*, pois antes dela o juiz já poderia ter proferido *sentença de improcedência por falta de prova*. Isso mostra que, na verdade, o juiz sempre mirou - ainda que inconscientemente - o resultado (1). Indago-lhes: há nisso imparcialidade? O juiz não estaria suprimindo indevidamente a incompetência probatória do autor? Agir com "parcialidade *positiva*" em favor do autor não significa agir com "parcialidade *negativa*" em *desfavor* do réu?". Ainda que a citação peque pela informalidade da fonte, considero oportuna pela originalidade e pela percuciência, além do respeito à autoria.

105 Nesse sentido, pode-se dizer que, em um quadro de penúria probatória, a iniciativa judicial é um antecedente da aplicação das regras que disciplinam a distribuição do ônus das partes. Em sentido contrário: BEDAQUE. *Poderes...cit.*, item 3.4, em que se expõe que as regras previstas nos artigos 130 e 333 do CPC se aplicam em momentos diversos. São coisas distintas a que se refere Bedaque: uma coisa é a situação de incerteza em que se encontra o juiz que determina a produção de provas; outra situação é aquela em que se refere à influência do exercício dos poderes instrutórios na permanência das regras que fixam o ônus probatório. Correto, no ponto, Joan Picó i Junoy: "Así la carga de la prueba no impide que el juez, de oficio, pueda ordenar la práctica de un medio probatorio pues, como he indicado, esta institución entra en juego y adquiere plena eficacia en el momento de dictar sentencia y no con anterioridad, permitiendo saber al juzgador a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de tales hechos. Por ello, correctamente, el art. 217.1 LEC establece que el *onus probandi* debe tomarse en consideración: 'Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerados unos hechos relevantes para la decisión'. En consecuencia, las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos" (La iniciativa probatoria del Juez civil: un debate mal planteado. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 3, 2007, disponível em dialnet.unirioja.es, acesso em 19 de dezembro de 2012). Trícia Cabral enxerga nos poderes instrutórios do juiz a justificativa para

6. Autonomia privada e processo civil

O silêncio sobre a autonomia das partes não é exclusiva da doutrina brasileira¹⁰⁶. *“Sulla categoria degli accordi processuali, in sé e per sé considerata, è calato sostanzialmente l’oblio. Sul punto la letteratura italiana conserva attualmente, di regola, un silenzio, rotto talvolta da qualche breve voce enciclopedica, da qualche nota a sentenza, nonché da qualche osservazione a piè di pagina negli studi monografici dedicati ad altri argomenti”*¹⁰⁷.

Remo Caponi atribui esse silêncio a dois fatores ideológicos opostos, mas unidos para olvidar o tema dos acordos processuais: o primeiro fato deriva de uma concepção clássica do pensamento liberal, que discrimina de forma absoluta a justiça estatal e a arbitragem, em que a intromissão da autonomia privada revelaria uma nostalgia daquela antiga realidade privatística; em segundo lugar, o publicismo processual acolhido na codificação processual da década de quarenta do século passado, que acabou por alijar a autonomia das partes do processo¹⁰⁸.

A tensão entre autonomia privada e as regras institucionais de resolução das controvérsias não é um dado inscrito na natureza das coisas, mas sim um fenômeno historicamente condicionado por dois fatores: primeiro, a concepção do Estado moderno de apropriar-se dos meios e regras de resolução de controvérsias; em segundo lugar, a publicização do processo civil¹⁰⁹.

Conclui Caponi pela maturidade atual¹¹⁰ da doutrina e da jurisprudência

a distribuição dinâmica do ônus da prova (ob. cit., pp. 148/149). Heitor Sica entende que o reconhecimento de poderes instrutórios do juiz implica a atenuação do ônus da prova e também a mitigação do ônus de afirmação, podendo o juiz, ao identificar indícios de determinada matéria de defesa, mesmo não alegada pelo réu, tem o poder-dever de instruir a causa, o que, em sua visão, está incluído, por exemplo, no artigo 265.3 do CPC português: “Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”. Esse raciocínio é estendido por Sica ao autor, a partir das alegações veiculadas na réplica, já que “a posição jurídica do réu, ao rebater os fatos alegados na petição inicial, é igual à posição jurídica do autor em impugnar os fatos alegados na resposta” (*O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 154/163

106 Cf., ainda, HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartir Latin, 2011, especialmente pp. 185/201.

107 CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Accordi di Parte e Processo. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n° 11. Milano: Giuffrè, 2008, p. 105.

108 Idem.

109 Idem, pp. 101/102.

110 *“Fino ai giorni nostri, la teoria e la prassi della protezione giudiziaria dei diritti si sono sentite costrette a muoversi nel campo di tensione provocato da due poli concettuali contrapposti (diritto pubblico, diritto privato). Oggi si deve apertamente riconoscere - per usare una bella immagine di Michael Stolleis- che questa polarità è come la luce di una stella che si irradia ancora, molto tempo dopo che la sua sorgente si è esaurita. È giunto il momento di liberarsi dei riflessi mentali di questa dicotomia per lavorare alla costruzione di un diritto intermedio e interstiziale. Una costruzione di cui si rinvengono tracce nel passato, benché queste siano rimaste sommerse dalla impostazione allora dominante. [...] Piuttosto si deve riconoscere che il sistema normativo processuale, non è chiuso nella propria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall’ambiente circostante. E se si tratta di un ambiente ricco di buone ragioni potenzialmente universalizzabili, come quello che può scaturire da un esercizio equilibrato del potere di autonomia (individuale o collettiva), l’arricchimento del sistema processuale non può essere che notevole. In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l’interprete teorico e l’operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell’esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme*

para admitir uma série de acordos processuais¹¹¹⁻¹¹², com o que este texto concorda e assume como premissa.

Leonardo Greco observa que a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito¹¹³.

Acrescenta o citado autor que os titulares de direitos disponíveis podem dispor no processo do próprio direito material e de todas as faculdades processuais cujo não exercício possa resultar, direta ou indiretamente, em prejuízo ao direito material. Entretanto, “isso não significa que os titulares de direitos indisponíveis não possam praticar atos de disposição, tanto no sentido

processuali, all'interno di un sistema legale che è come un 'polmone aperto sull'esperienza'” (ob. cit., pp. 116/119).

111 “*Proponiamo qualche esempio di accordo processuale, lacui ammissibilità dovrebbe essere prevista una volta per tutte dallaper legge, per sottrarla ad una valutazione in concreto da parte del giudice: a) proposizione di una domanda nuova nel giudizio di primogrado (già ammessa dalla giurisprudenza nel rito ordinario, come «accettazione del contraddittorio»); b) superamento delle preclusioni; c) scelta di un modello di trattazione tra una pluralità dimodelli predeterminati dalla legge, all'interno di una sequenza procedimentale unitaria. La prospettiva è de iure condendo : molti sistemi processual europei tendono ad articolare la disciplina del processo ordinario di cognizione in una molteplicità di modelli di trattazione della causa, calibrati sulla tipologia del valore, della materia o, più in generale, della complessità della controversia dedotta in giudizio [...] La scelta fra un modello di trattazione e l'altro è affidata algiudice, in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti didirezione formale del processo, ma si potrebbe prevedere chel'accordo tra le parti vincoli il giudice.); d) accordo sul processo modello. La prassi e la riflessione scientifica nell'esperienza tedesca riconoscono alle parti, in ipotesi in cui pendono cause seriali, che presuppongono l'esame di identiche o analoghe questioni, la possibilità di stipulare un accordo(Musterprozessabrede, Musterprozessvertrag), sottoposto in via di principio alla normativa del codice civile, in base al quale vengono trattate solo singole cause, viene sospeso il termine di prescrizione dei diritti, oggetto delle cause che viceversa subiscono un provvisorio arresto, e si conviene che il contenuto della decisione resasul processo modello, nella parte in cui esso rileva anche nellecause sospese, vincoli il giudice nella definizione di queste ultime. Sotto questo profilo l'accordo è equiparato ad una transazione intercorsa tra le parti. La nuova disciplina delle impugnazioni agevola l'accesso alla Corte suprema delle cause modello di modesto valore economico, ma di significato fondamentale; e) rientrano nel contesto della valorizzazione dell'autonomiaprivata nel processo civile, sebbene atti unilaterali, il riconoscimento della domanda e la rinuncia all'azione, nei processi relativi a diritti disponibili [...] f) accordo sulla qualificazione giuridica applicabile per risolvere la controversia, sulla falsariga dell'art. 12, comma 3 del codicedi procedura civile francese” (ob. cit., pp. 105/111).*

112 Na doutrina alemã, há manifestação doutrinária expressa no sentido de que, na dúvida, deve-se privilegiar a liberdade das partes; outra orientação doutrinária separa os acordos processuais em dois tipos: no primeiro, há acordos que implicam a disposição de poderes processuais, como *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, renúncia da ação; no segundo, os acordos atingem precisamente as regras processuais, como convenções sobre competência e sobre a distribuição do ônus da prova, que exigem autorização legislativa e razões concretas para, se for o caso, legitimar a autonomia das partes nessas questões (Idem, pp. 102/104). Cf., ainda, PEZZANNI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale dele Prove*. Milano: Giuffrè, 2009.

113 Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 292.

de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos¹¹⁴.

E, com inteira razão, assinala que uma investigação sobre o novo alcance que vão assumindo os atos processuais das partes certamente exigirá uma revisão da doutrina dominante, segundo a qual não cabe perquirir o conteúdo da vontade ou da causa nesses atos, cujos efeitos são pré-determinados pela lei¹¹⁵⁻¹¹⁶.

114 Idem, *ibidem*.

115 Idem, p. 291. Para ilustrar a relevância dos atos de disposição é a variedade de hipóteses em que se preveem a possibilidade de atuação da autonomia das partes, Greco arrola diversos exemplos, nas páginas 303/304: 1) a possibilidade de substituição do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); 2) a substituição do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário (art. 42, § 1º); 3) o reconhecimento do pedido (art. 269, inciso II); 4) a transação judicial (arts. 269, inciso III; 475-N, incisos III e V, e 794, inciso II); 5) a suspensão do processo por convenção das partes (arts. 265, inciso II, e 792); 6) o adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, inciso I); 7) o requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); 8) as convenções sobre prazos (art. 181); 9) as convenções sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1º); 10) a desistência da ação (arts. 267, § 4º, e 158, parágrafo único); 11) a conciliação em audiência (arts. 447/449); 12) a desistência da execução (art. 569), 13) a liquidação por arbitramento por convenção das partes (art. 475-C, inciso 14); o) a administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º); 15) a escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); 16) a escolha da prestação nas obrigações alternativas (art. 571); 17) a escolha do foro pela Fazenda na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); 18) a escolha do meio executório pelo exequente (art. 568); 19) a escolha do bem na entrega de coisa incerta (art. 629); 20) a opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigações de fazer (art. 633); 21) a execução da obra pelo próprio exequente nas prestações de fazer (art. 637); 22) o depósito em mãos do executado com a anuência do exequente (art. 666, § 1º); 23) a desistência da penhora pelo exequente (art. 667, inciso III); 24) a sub-rogação ou alienação judicial do crédito penhorado (art. 673); 25) o acordo sobre a forma de administração na penhora de estabelecimento (art. 677, § 2º); 26) a dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684-I); 27) a opção do exequente pela adjudicação ou pela alienação particular (art. 686); 28) a substituição da arrematação pela alienação via *internet* a requerimento do exequente (art. 689-A); 29) a nomeação do administrador no usufruto (art. 719); 30) a escolha do rito da execução de alimentos (arts. 732/735); 31) a opção do executado pelo pagamento em prestações (art. 745-A); 32) o acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); 33) a escolha de depositário de bens seqüestrados (art. 824-I); 34) o acordo de partilha amigável (art. 1.031); 35) a alienação de bens em depósito judicial (art. 1.113, § 3º). Além dessas hipóteses de atos de disposição, contempla ser possível examinar algumas outras, existentes em outros ordenamentos processuais, mencionadas pela doutrina ou possivelmente compatíveis com o ordenamento brasileiro, como a renúncia bilateral antecipada do recurso futuro, a penhora em lugar inacessível, a não impugnação do valor da causa, a escolha do procedimento, o acordo de alienação antecipada dos bens penhorados e a convenção sobre a escolha do bem a ser penhorado.

116 Registre-se original trabalho de Antonio Cabral, em que, a partir da despolarização da demanda e a incidência de zonas de interesse, vislumbra uma série de situações em que as partes deixam de desempenhar papéis fixos: "Com o desenvolvimento de postulados de cooperação e boa-fé, genericamente aplicáveis aos sujeitos do processo, repercutiu a idéia colaborativa do contraditório que norteia a moderna compreensão do princípio, impondo a co-participação dos sujeitos processuais. Assim, hoje o processo não é mais teorizado em torno do conflito ou da lide, mas a partir da agregação, da boa-fé, da conjugação entre interesses privados e interesses Paralelamente, começaram a ser fomentadas, no Brasil e no estrangeiro, a adoção de soluções processuais cooperativas, como a arbitragem, as convenções sobre a prova, acordos sobre as suspensões do processo e de prazos, etc. Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procedure*, um acordo entre os sujeitos processuais em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele

Constatada essa nova abertura para o ingresso da autonomia privada no processo¹¹⁷, com os atuais contornos e balizamentos normativos e culturais, passa-se a um exame geral acerca da sua noção conceitual e sua inserção no quadro dos direitos fundamentais.

Lembre-se, para evitar qualquer distorção do debate, a distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade: "A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular pelo exercício de sua própria vontade as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real"¹¹⁸.

A autonomia privada trabalha não com a vontade subjetiva soberana, numa exacerbação individualista, mas com o consenso legitimado pela ordem normativa¹¹⁹, que autoriza a formação de normas negociais¹²⁰ e determinação de seu próprio comportamento individual¹²¹.

processo específico, fixando prazos para alegações e julgamento, dispensa de recursos, meios de prova que serão utilizados, etc. Trata-se de instituto através do qual os sujeitos do processo, a despeito dos interesses materiais que os movem, atuam em conjunto para específicas finalidades processuais que a todos aproveitem. Na mesma senda, os ordenamentos francês e belga, já de algum tempo, e o regime processual experimental português, recentemente implementado, admitem, p.ex., a formulação de requerimentos conjuntos pelas partes. Hipótese similar ocorre com a recente disposição do art.114 §2º da Constituição da República de 1988, na redação da emenda constitucional 45/2004, no que se refere a requerimento conjunto de instalação de dissídios coletivos de natureza econômica na Justiça do Trabalho. Ora, em todas estas hipóteses, estamos diante de casos em que, ainda que possuam interesses materiais contrapostos, para aqueles fins específicos e naquele momento processual, a atuação conjunta pareceu a alternativa estratégica mais adequada para os sujeitos do processo. É visível que uma apreensão estática do interesse-necessidade não é possível aqui. Devemos lembrar, com Brüggemann, que há casos no processo, como estes, em que não se observa uma efetiva contraposição de interesses, mas apenas uma "rivalidade formal", casos em que os sujeitos do processo não são oponentes (*Gegenspieler*), mas co-jogadores (*Mitspieler*). Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda. *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org). Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 152/153.

117 Segundo Pedro Nogueira, "pode-se localizar a autonomia privada em quatro zonas de liberdade: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio). Remanescendo um desses níveis de incidência, preserve-se, ainda que em limite mínimo, a "autonomia privada". Por isso, nas situações em que só resta ao sujeito a faculdade de praticar ou não praticar o ato, sobra somente a liberdade de vinculação, mas o negócio jurídico mantém-se de pé, nada obstante com um mínimo de autorregramento" (ob. cit., p. 123).

118 AMARAL, ob. cit., p. 345. Lembre-se das críticas que as concepções voluntaristas no negócios jurídicos recebem há décadas na própria teoria do Direito Privado (cf., AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000).

119 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.

120 O negócio jurídico é o exercício da autonomia privada, podendo ser entendido como "a declaração de vontade que se destina à produção de certos efeitos jurídicos que o sujeito pretende e o direito reconhece", com nítida expressão normativa (AMARAL, ob. cit., pp. 369, 377 e 381/382).

121 MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. *Estudos*

Para a exata dimensão da autonomia privada e sua relação de tensão com direitos fundamentais, considera-se que se trata de um princípio formal, ou seja, uma norma de validade que fornece razões para observância de normas de conduta. Nesse sentido, a autonomia privada é o princípio que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, mesmo restringindo direitos fundamentais, seja estabelecido, aceito e considerado válido¹²².

Há que se verificar, ainda, se entre autonomia privada e direitos fundamentais há efetivamente uma colisão entre direitos que exija sopesamento das conexões de realização ou restrição de um ou outro.

Aponta-se em doutrina que a desigualdade fática entre particulares exige a restrição da autonomia privada¹²³, o que revela um fundamental caráter pedagógico e simbólico da constatação, mas se questiona se efetivamente há sopesamento, considerando-se que inexistente referência ao grau de restrição de outro direito fundamental envolvido¹²⁴. Isso não significa, contudo, a desnecessidade de se estabelecerem critérios de aferição da importância da autonomia privada na relação entre particulares, sobretudo em casos de desigualdades fáticas ou, mesmo, que se estabeleça no interior de uma relação jurídica¹²⁵, gerando uma situação assimétrica, em que se revele a vulnerabilidade¹²⁶.

e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente: o paradigma do tabaco – aspectos civis e processuais. Teresa Ancona Lopez (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 332

122 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 148/150.

123 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303. Em texto mais recente, o autor reforça sua ideia, cuja pertinência de constatação é relevante: “Ademais, só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é considerar também os constrangimentos que lhe são impostos por agentes não-estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos à liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. Portanto, afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atenta contra a autonomia privada, mas, ao inverso, visa a promovê-la no seu sentido mais pleno” (A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF, disponível em www.danielsarmento.com.br/category/artigos/academicos/).

124 “Não é demais salientar, contudo, que não há um sopesamento entre autonomia da vontade e direito fundamental atingido [...] já que o critério ‘autonomia real ou aparente’ é unilateral e diz respeito somente à própria autonomia” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158). Para esse autor, a autonomia privada é um princípio formal, ou seja, uma norma de validade que fornece razões para observância de normas de conduta. Nesse sentido, a autonomia privada (ob. cit., p. 148). Registre-se que Virgílio Afonso da Silva tem uma visão peculiar sobre a teoria dos princípios, que é por ela exposta de modo sistemático no livro *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros: 2009. Há grande divergência com as ideias de Humberto Ávila, por exemplo, sobretudo no campo do “conflito normativo” e especificamente quanto à possibilidade de ponderação no conflito entre regras, que é admitido por este último autor (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*, especialmente item 2.3.3.2) e rechaçada por aquele (*Direitos Fundamentais...cit.*, item 2.3). Sobre a distinção entre princípios e regras constitucionais, há um contraponto teórico importante em NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, *passim*, especialmente capítulo III.

125 SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, p. 155.

126 Cf. MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*.

É necessário aferir o “grau de autonomia real” das partes envolvidas, a fim de se perscrutar se há comprometimento da “autenticidade das vontades”, não se podendo elaborar uma equação automática entre desigualdade material e mitigação da autonomia privada¹²⁷.

Aponta-se como fator decisivo para verificar se restrições a direitos fundamentais no estabelecimento de relações particulares devem ser aceitas precisamente de acordo com o grau da autonomia da vontade verificada no caso concreto¹²⁸.

Um outro ponto a se reforçar é a dinamicidade intrínseca das relações particulares que, com a denominada constitucionalização do direito privado, pode afetar a regulação entre particulares com base na autonomia privada, já que uma relação inicialmente simétrica pode sofrer mudanças fáticas não previstas anteriormente que desequilibrem o negócio jurídico, restringindo ainda mais os direitos fundamentais¹²⁹.

Deve-se mencionar, ainda, o denominado “núcleo irredutível da ‘autonomia pessoal’”, em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas, sob pena de se confiscar referida autonomia¹³⁰. O balizamento desse “núcleo irredutível” é difícil de ser atingido¹³¹, mas, embora verificável no caso concreto, é discutível a criação de uma espécie de escudo imunizante contra direitos fundamentais¹³². O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é marcado por dicotomias: enfoque objetivo/subjetivo e conteúdo essencial e relativo¹³³.

A dimensão objetiva do conteúdo essencial de um direito fundamental ultrapassa a esfera subjetiva de um titular implica não restringi-lo a ponto de afetar seu significado para a sociedade ou parcela dela; já a dimensão subjetiva tem como base uma situação individualizada, tendo em conta que apenas a proteção objetiva pode deixar a descoberto situações individuais que, ainda que sofrendo restrições indevidas no caso concreto, não é suficiente para abalar a dimensão objetiva; o conteúdo absoluto considera a existência intangível de um núcleo, com a evidente dificuldade de se definir o que compreende e o que deve ser excluído desse conteúdo essencial, sendo que há quem entenda que esse núcleo varia com o tempo (absoluto-dinâmico) e outros

São Paulo: RT, 2012. No campo processual, o excelente trabalho de TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Na certa observação de Marcelo Schenk Duque, “relações marcadas por nítida desigualdade de poder hão de ser regulamentadas, preventivamente, de forma a garantir a liberdade de determinação da parte mais fraca. A razão, para tanto, é clara: a liberdade fornece ao seu titular apenas a possibilidade de autodeterminação, mas não direito de usurpar no círculo jurídico dos demais, o que equivaleria a determinação alheia, contrária ao próprio conceito de liberdade e, por isso, contrária ao próprio direito”, configurando o que se denomina de “perversão da liberdade contratual” (*Direito Privado...cit.*, pp. 168 e 177).

127 SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, pp. 157/158.

128 Idem, p. 158.

129 Idem, p. 159.

130 CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1250.

131 Tanto assim que Canotilho, na obra e local citados acima, apenas enuncia o problema.

132 Cf., SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, p. 165.

133 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros: 2009, pp. 26/27 e todo o capítulo 5.

que trabalham como uma ideia de imutabilidade (absoluto-estático)¹³⁴.

Esse núcleo essencial e comum aos direitos fundamentais seria, segundo autorizada doutrina¹³⁵, a dignidade da pessoa humana, cujo delineamento conceitual é complexo¹³⁶ e ainda se discute seu próprio conteúdo essencial¹³⁷.

Trata-se de um tema necessário para reflexão da noção de indisponibilidade do direito que, entre outras consequências, limita a amplitude das convenções sobre ônus da prova. Não se extrai uma noção exata para a definição do núcleo essencial, mas essa abstração é, ao mesmo tempo, fundamental para uma adequação concreta dos termos dos acordos processuais.

7. Considerações finais

A ideia central do presente artigo está na crença de que a evolução cultural da teoria processual brasileira é permite a convivência democrática da autonomia das partes com os poderes do juiz, não havendo espaço para sectarismos e maniqueísmos no fundamental debate envolvendo a divisão do trabalho entre os sujeitos do processo.

Conclui-se este trabalho, portanto, reiterando que a aposta na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final¹³⁸. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada¹³⁹, inaugurando uma nova “fase” da ciência processual, em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*.

Não se propõe uma omissão judicial, mas, sim, um retorno das partes ao processo. As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com a efetiva participação dos litigantes, que, embora desiguais, não devem ser tratados como inimputáveis e muito menos o juiz deve agir como se estivesse municiado com uma espécie de “poder geral de curatela”.

Entre o privatismo (ou garantismo) e o publicismo do processo, não há mais espaço para o paternalismo judicial.

134 Idem, pp. 185/191.

135 Veja crítica em SILVA, *Direitos Fundamentais...cit.*, p. 191/196. Esse autor adota a teoria do conteúdo essencial relativo, que varia a cada situação, dependendo das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto (ob. cit., p. 196), ressaltando que, em relação à dignidade, a própria Constituição pode estabelecer vedação absolutas por meio de regras, como a vedação da tortura (p. 202).

136 Com a evidente dificuldade de se definir o que se entende por dignidade humana. Sobre esse específico tema: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

137 BARROSO, ob. cit., capítulo 2.

138 Cf., com profundidade, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

139 SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coleção “Questões da nossa época n° 134”. São Paulo: 2007, p. 90.