

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

PROCESSO CIVIL  
E  
IDEOLOGIA

Subsídios estratégicos ao advogado do contencioso

 Marcial  
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

## SUMÁRIO

Apresentação.....	7
-------------------	---

- I -

<b>Contra o processo autoritário .....</b>	<b>19</b>
1. Premissas .....	19
2. Essência do processo civil liberal .....	20
3. Ampliação dos poderes do juiz norteada pelo princípio da legalidade .....	21
4. Tendências autoritárias da jurisprudência.....	26
5. Técnicas arbitrárias em busca da celeridade processual .....	30
6. Crítica ao julgamento “piloto” do Tribunal Constitucional europeu .....	31
7. O novo CPC: inaceitável transformação do processo individual em processo coletivo .....	33
8. À guisa de conclusão .....	34

- II -

<b>Garantias constitucionais do processo civil nas três décadas de vigência da Constituição Federal .....</b>	<b>35</b>
---	-----------

- III -

<b>Apontamentos sobre as <i>Normas fundamentais do processo civil</i> .....</b>	<b>47</b>
---	-----------

- IV -

<b>O elogio de Piero Calamandrei como uma perene homenagem aos juízes de todas as épocas .....</b>	<b>85</b>
--	-----------

## - V -

<b>Protagonismo do juiz e das partes no saneamento e na organização do processo</b> .....	91
1. Aproximação dos regimes processuais europeus.....	91
2. Audiência de saneamento sob a perspectiva da comparação jurídica	93
3. Antecedentes da reforma brasileira .....	97
4. Regramento do vigente CPC .....	99
5. Resolução de questões processuais pendentes .....	100
6. Fixação das questões de fato e deferimento dos meios de prova .....	100
7. Distribuição do ônus da prova .....	101
8. Delimitação das questões de direito .....	103
9. Designação de audiência de instrução e julgamento .....	103
10. Previsão de pedido de esclarecimento formulado pelas partes.....	104
11. Delimitação consensual acerca das <i>questiones facti e iuris</i> .....	105
12. Complexidade da causa e imposição de audiência para o saneamento compartilhado .....	107
13. Procedimento para a futura produção de prova testemunhal .....	110
14. Procedimento para a futura produção de prova pericial .....	111
15. Intervalo mínimo entre a realização das audiências de instrução e julgamento .....	111
16. Limites da eficácia preclusiva da decisão de saneamento .....	112

## - VI -

<b>Audiência de instrução e julgamento no novo CPC</b> .....	117
1. Introdução: audiência de instrução e julgamento na tradição do processo civil brasileiro .....	117
2. Generalidades.....	120
3. Pregão e declaração de abertura da audiência .....	121
4. A arbitragem não constitui método de solução consensual de conflitos	123
5. Preservação da ordem e do decoro .....	124

6. Comportamento inconveniente e requisição de força policial .....	126
7. Tratamento urbano .....	127
8. Documentação dos requerimentos deduzidos na audiência .....	128
9. Cronologia da produção da prova oral .....	129
10. Palavra pela ordem com autorização judicial .....	131
11. Causas determinantes do adiamento da audiência .....	131
12. Responsabilidade pelas despesas .....	133
13. Nulidade decorrente da falta ou da inexatidão da intimação .....	134
14. Debates orais .....	135
15. Substituição dos debates orais pela apresentação sucessiva de memoriais escritos .....	136
15.1. As “razões finais escritas” em nossa tradição jurídica .....	136
15.2. Precisa redação do art. 364, § 2º, do CPC .....	140
16. Continuação da audiência em data próxima .....	140
17. Abandono da regra da identidade física do juiz .....	141
18. Documentação em autos físicos .....	143
19. Documentação em autos eletrônicos .....	144
20. Registro da audiência em vídeo e áudio .....	144
21. Autorização <i>ope legis</i> da gravação da audiência .....	145
22. Publicidade da audiência .....	145
23. Restrição legal à publicidade .....	147

- VII -

<b>Breve perfil histórico dos procedimentos no processo civil brasileiro</b> .....	<b>149</b>
1. Introdução .....	149
2. Primeiras leis atinentes ao processo civil .....	150
3. Regulamento 737 (1850) .....	151
3.1. Considerações prévias.....	151
3.2. Estrutura.....	152
3.3. Atos, procedimentos e fases do processo.....	152
4. Consolidação Ribas (1878) .....	155

5. Literatura processual da época .....	157
6. Período da dualidade processual (1890-1934) .....	158
7. Unificação do direito processual (1934-1938).....	161
8. Literatura processual da época.....	161
9. À guisa de conclusão .....	162

- VIII -

<b>A liberdade do juiz e o problema da requalificação jurídica da demanda .....</b>	<b>163</b>
1. Introdução .....	163
2. O art. 10 do novo CPC.....	165
3. <i>Iura novit curia</i> , requalificação jurídica e <i>ratio decidendi</i> .....	167
4. Conclusão .....	171

- IX -

<b>Estrutura dos precedentes judiciais no CPC: entre técnica e ilusão ..</b>	<b>173</b>
1. Generalidades .....	173
2. Função e relevância dos pronunciamentos decisórios dos tribunais ..	174
3. Jurisprudência, precedente judicial e súmula .....	177
3.1. Jurisprudência .....	177
3.2. Precedente judicial (em sentido estrito) .....	178
3.3. Súmula .....	180
3.4. Súmula vinculante .....	180
3.5. Dos fatos à regra sumulada .....	181
4. Repercussão do precedente judicial nos futuros julgamentos .....	182
5. Duas palavras sobre a melhor técnica de citação das decisões judiciais	183
6. Esboço de uma teoria geral dos precedentes judiciais .....	185
7. Horizontes do art. 927 .....	188
8. Tipologia da eficácia das decisões dos tribunais na experiência jurídica brasileira .....	189

8.1. Súmulas com eficácia vinculante .....	189
8.2. Súmulas e precedentes com relativa eficácia vinculante (“ <i>force de facto</i> ”) .....	193
8.3. Precedentes e jurisprudência com eficácia meramente persuasiva..	195
9. Proibição de decisão proferida com base em “fundamento-surpresa” e imposição do dever de motivação .....	196
10. Possibilidade de participação da sociedade no procedimento de revisão do precedente .....	198
11. Determinantes do superamento do precedente e modulação temporal da eficácia .....	199
11.1. O problema da eficácia retroativa do precedente .....	199
11.2. Anacronismo do precedente e modulação temporal da eficácia....	200
12. Ônus da justificação adequada .....	204
13. Ampla publicidade dos pronunciamentos dos tribunais .....	206
14. Influxos dos precedentes nos casos repetitivos .....	207
15. Objeto do julgamento dos casos repetitivos.....	207

- X -

<b>O STJ e a relevância dos precedentes judiciais como fenômeno de transformação do direito .....</b>	<b>211</b>
1. Valor do precedente no discurso judicial.....	211
2. O dogma da coisa julgada e a força do precedente judicial .....	213
3. Antecipação à lei e ruptura dos paradigmas .....	216

- XI -

<b>Regime da coisa julgada no CPC de 2015 .....</b>	<b>223</b>
1. Estabilidade e segurança jurídica .....	223
2. Eficácia da sentença e delimitação da coisa julgada .....	227
3. Conceito legal de coisa julgada material .....	229
4. Coisa julgada sobre decisões parciais de mérito e inconstitucionalidade do art. 975 do CPC/2015 .....	232

5. Limites objetivos da coisa julgada: questão principal .....	235
6. Questão principal, questão autônoma e questão prejudicial .....	237
7. Questão prejudicial expressa e incidentalmente decidida e coisa julgada .....	238
8. Requisitos para a extensão da coisa julgada à questão prejudicial ....	239
9. Incontornável problema prático .....	239
10. Situações excluídas: restrições probatórias e limitações à cognição	240
11. Arguição incidental da falsidade de documento .....	241
12. Viabilidade (ainda) da ação declaratória incidental.....	241
13. Incidência imediata das regras de direito processual.....	241
14. Distinção formal entre motivos e dispositivo .....	243
15. Função instrumental dos motivos .....	246
16. Motivação e coisa julgada.....	248
17. Veracidade dos fatos .....	249
18. Extensão da preclusão .....	251
19. Inexistência de preclusão <i>pro iudicato</i> acerca de questão de ordem pública.....	252
20. Coisa julgada e relação jurídica de trato continuado .....	253
21. Previsão legal determinante da revisão da coisa julgada .....	255
22. Alusão à denominada flexibilização da coisa julgada .....	256
23. Limites subjetivos da coisa julgada .....	257
24. Conceito processual de parte e de terceiro .....	259
25. Terceiros beneficiados pela eficácia da sentença transitada em julgado .....	264
26. Questões resolvidas no curso do processo .....	268
27. Indiscutibilidade das questões já decididas .....	269
28. Eficácia preclusiva da coisa julgada .....	270
29. Âmbito de abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada .....	270

## - XII -

<b>Reflexões sobre a estrutura formal da sentença arbitral</b> .....	275
1. Aspectos gerais .....	275
2. Relatório .....	276
3. Motivação .....	277
3.1. Garantia constitucional da motivação .....	277
3.2. Significado e conteúdo da motivação .....	277
3.3. Proibição do “fundamento-surpresa” e requalificação da demanda pelo tribunal arbitral .....	279
3.4. Escopos da motivação .....	282
3.5. Decisões consideradas nulas por defeito de motivação .....	283
3.5.1. Nulidade decorrente de mera reprodução de fundamento legal (art. 489, § 1º, I) .....	284
3.5.2. Nulidade decorrente da fundamentação genérica em “conceitos jurídicos indeterminados” (art. 489, § 1º, II) .....	285
3.5.3. Nulidade decorrente de fundamentação padronizada (art. 489, § 1º, III) .....	285
3.5.4. Nulidade decorrente de motivação insuficiente (art. 489, § 1º, IV) .....	285
3.5.5. Nulidade decorrente de invocação impertinente de súmula ou precedente (art. 489, § 1º, V) .....	286
3.5.6. Nulidade decorrente do desrespeito injustificado a súmula, jurisprudência ou precedente (art. 489, § 1º, VI) .....	287
3.5.7. Nulidade decorrente de motivação <i>aliunde</i> ou <i>per relationem</i> ....	288
3.6. Exigência de justificação na hipótese de colisão de normas (art. 489, § 2º) .....	288
3.7. Consequência da sentença considerada desmotivada .....	292
4. Dispositivo .....	293
5. Dissenso entre os árbitros .....	294
6. Complementação da sentença arbitral .....	294
7. Aspectos conclusivos .....	295



## - XIII -

<b>Perspectivas dos honorários de sucumbência no novo CPC .....</b>	<b>297</b>
1. Pressupostos da revisão de honorários advocatícios de sucumbência pelo STJ .....	297
2. Definição dos honorários advocatícios de sucumbência pelo STJ ....	302
3. Honorários do advogado não podem suplantam o benefício do vencedor.....	306

## - XIV -

<b>Os advogados vão ao cinema: <i>class action</i> .....</b>	<b>309</b>
--	------------

## - XV -

<b>Colar do mérito judiciário</b>	
Discurso de agradecimento .....	319
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>327</b>

## APRESENTAÇÃO

Encilhada por um verdadeiro sistema autopoiético, a ciência processual civil de época contemporânea tem ensejado, nas mais diferentes experiências jurídicas, de matriz anglo-saxônica ou de estrutura romano-canônica, invejável contribuição para o aperfeiçoamento da dogmática.

Hoje, os estudiosos do processo têm a exata dimensão da necessidade de um processo despido de prolixidade, ágil no que respeita às formas, em busca de um objetivo comum colimado por todos, qual seja uma projeção temporal mínima, que assegure às partes as garantias do devido processo legal, respondendo prontamente às suas respectivas expectativas.

É certo que esta patente evolução, norteadada sobretudo pela instrumentalidade das formas, tem trazido ampla repercussão no plano da praxe forense, a partir do ideário de um processo mais simplificado, rápido e econômico, em prol do cidadão que anseia tutela jurisdicional eficiente e tempestiva.

A valorização e a redefinição da atuação do juiz e, de um modo geral, do papel do Poder Judiciário despertam, nos dias atuais, múltiplas interrogações que culminam inserindo, no epicentro do direito processual, importantes problemas que decorrem do denominado ativismo judicial.

De uma perspectiva historicamente estática, a partir das duas últimas décadas do século XX, observa-se radical mudança de rumo nos estudos de direito processual: a ciência do processo, civil e penal, passou a ser redimensionada sob enfoque constitucional. Na Itália, as obras seminais de referência, que constituíram o marco fundamental para essa inescandível guinada, foram as de Luigi Paolo Comoglio e Nicolò Trocker, ambas editadas no início da década de 1970.

Desde então, novas vertentes se descortinaram, gerando, a seu turno, intenso debate sobre vários temas, em particular, acerca de uma concepção dinâmica do princípio do contraditório, considerado como a pedra angular do alicerce do método moderno de desenvolvimento do processo.

Ademais, muitas outras polêmicas suscitadas e que ainda rondam a doutrina e a jurisprudência concernem à amplitude dos poderes do juiz, aos problemas da tutela de urgência em juízo de cognição sumária, do direito à prova, do conteúdo mínimo da motivação da sentença, da eficácia persuasiva e vinculante dos precedentes judiciais, da objetivação dos recursos excepcionais, enfim, uma miríade de questões relevantes que instigam todos nós, estudiosos e estudantes, a desvendar o melhor caminho a ser seguido, não apenas sob o aspecto técnico, mas, igualmente, numa direção estratégico-política.

Como bem pontua Cecília Café-Mendes, no século em que vivemos, aos poucos, o conceito de ideologia ganhou matizes diferentes no âmbito de cada área do conhecimento humano. Para historiadores e filósofos da ciência, é possível fazer clara distinção entre ideias verdadeiras e falsas. Para Karl Popper, por exemplo, ideologia, pura e simples, sem investigação mais acurada, é, na verdade, pseudociência, uma vez que pressupõe adesão não-crítica a determinada posição, sendo, assim, protegida de qualquer método refutatório dentro do pensamento racional. E, assim, por esta razão, o cientista pouco ou quase nenhuma contribuição oferecerá à sua comunidade de trabalho.

É preciso, pois, para que se colham bons frutos, hipotizar uma determinada situação, analisá-la, enfrentá-la sob diferentes ângulos e opiniões, e, depois, escolher a mais adequada solução do ponto de vista teórico e prático, embasando-a tanto quanto possível numa tese, sedimentada em argumentos sustentáveis.

Aduza-se que, em nossa experiência jurídica, muitos problemas se dilataram em virtude da promulgação e ulterior vigência do Código de Processo Civil de 2015, alargando o campo de discussão e entrelaçando mais de uma possibilidade, que têm merecido grande atenção dos cultores da ciência processual.

De minha parte, buscando separar o que é aceitável dentro de parâmetros básicos que são ministrados pela legislação e pela dogmática, tenho procurado me envolver nesse profícuo debate acadêmico, sem perder de vista a minha atuação profissional diuturna como advogado.

Não posso afirmar que tenho acertado todas as vezes na escolha das soluções a que cheguei... Muitas delas, agora reunidas nesse livro, submeto, com redobrada satisfação, à apreciação dos meus estimados Colegas,

Orientandos e Alunos, ao mesmo tempo em que os convido a participar de profícua e consistente reflexão, visando a encontrar, em conjunto, pontos de convergência que possam aperfeiçoar e iluminar a exegese das leis que regem o processo civil!

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

## CONTRA O PROCESSO AUTORITÁRIO

SUMÁRIO: 1. Premissas. 2. Essência do processo civil liberal. 3. Ampliação dos poderes do juiz norteadada pelo princípio da legalidade. 4. Tendências autoritárias da jurisprudência. 5. Técnicas arbitrárias em busca da celeridade processual. 6. Crítica ao julgamento “piloto” do Tribunal Constitucional europeu. 7. O novo CPC: inaceitável transformação do processo individual em processo coletivo. 8. À guisa de conclusão.

*“Judicium est in qualibet actione trinus actus trium personarum: judicis, actoris et rei” (Bulgarus, 1163 – ?)*

### 1. Premissas

O presente artigo visa a reafirmar um dos fundamentos dogmáticos mais importantes do processo civil de índole liberal, consistente na ideia de que *nemo iudex sine actore*, vale dizer, de que o processo se origina por iniciativa exclusiva da parte.

Ademais, o profícuo debate teórico – ainda hoje atual – acerca da amplitude dos poderes do juiz deve sempre ser examinado, qualquer que seja a opção ideológica do intérprete, sob a égide da legalidade, ou seja, não é tão relevante a atribuição de maior ou menor atuação oficiosa do juiz, em matéria probatória, desde que norteadada nos quadrantes das garantias do devido processo legal.

A moderna concepção publicística do processo civil não implica dilação do poder estatal, mediante o exercício ilimitado da atividade jurisdic-

cional, mas, sim, pressupõe a existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutelar direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder Judiciário por exclusiva iniciativa dos respectivos titulares ou de quem é legitimado a agir em nome próprio defendendo interesses alheios. Viceja destarte a instrumentalidade do processo como vetor institucionalizado em prol da efetivação do direito material.

Assim, firme nesse postulado, acredito que deve ser combatida qualquer tentativa de romper o paradigma da inércia da jurisdição, com a imposição de um processo de matriz autoritária, que, a pretexto de prestigiar os princípios fundamentais da duração razoável e da economia processual, vulnere o direito individual do cidadão, a exemplo, aliás, da regra que restou vetada, ao ensejo da sanção presidencial, do art. 333 do nosso novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que viabilizaria a abominável conversão *ex officio* da ação individual em ação coletiva.

É sempre importante frisar que a celeridade deve servir às partes e não ao Estado!

## 2. Essência do processo civil liberal

A atividade dos órgãos do Poder Judiciário é eminentemente caracterizada pela inatuação (“*wo kein Klager ist da ist kein Richter*”),<sup>1</sup> afirmando-se, pois, pelo princípio da demanda (art. 262 CPC), sempre imprescindível a provocação do Estado, a fim de que este, substituindo a atuação dos interessados, possa, de modo imparcial, declarar o direito, satisfazer o direito declarado ou, ainda, assegurar o direito cuja declaração é invocada.

Com a ação da parte, fundada no exercício do direito à jurisdição, ativando os órgãos estatais, detentores da função judicante, na busca de tutela estatal, irrompe também o monopólio de disposição, reconhecido ao demandante.

Com efeito, tal concepção, vigente na generalidade dos ordenamentos processuais democráticos, exprime a supremacia do litigante para instaurar o processo, determinar-lhe o objeto e, ainda, dispensar a proteção jurisdicional pleiteada.<sup>2</sup> Em idêntico sentido, José Roberto dos Santos Bedaque assevera que: “o monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso. Ainda que indisponível

---

1. Cf. conhecida máxima cunhada por Nicolaus T. Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, v. 1, p. 180.

2. Robert Wyness Millar, *The Formative Principles of Civil Procedure, A History of Continental Civil Procedure*, p. 14.

o direito subjetivo material, persiste o princípio da inércia da jurisdição. Em outras palavras, mesmo em relação a essa categoria de direitos, o interessado tem o monopólio da demanda. E se o Estado tem interesse direto ou indireto na relação, ainda assim não se confere poder de iniciativa ao juiz”.<sup>3</sup>

Isso tudo significa que o litigante tem “full control” sobre o seu direito material e as suas respectivas garantias processuais e, outrossim, bem revela o poder da parte de livre escolha para o exercício ou não-exercício destas prerrogativas;<sup>4</sup> o juiz, por outro lado, nos limites da lei, detém poderes de direção material do processo e de iniciativa probatória, simplesmente porque deve estar comprometido com a solução mais justa possível da controvérsia.

### 3. Ampliação dos poderes do juiz norteadas pelo princípio da legalidade

A doutrina processual se preocupou no passado e ainda hoje debate a opção do legislador pela ampliação dos poderes do juiz, seja no que se refere à produção da prova, seja no que concerne à direção do processo.

Examinando as tendências políticas que inspiraram a elaboração do projeto do Código de Processo Civil italiano, sob a égide do regime fascista, Piero Calamandrei, no parecer que preparou, emitido em nome da *Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Firenze*, no qual reconhecendo o mérito do *progetto Solmi*, elogiou a simplificação das formas e a instituição da oralidade, desdobrada na concentração e na imediatidade, tal como preconizada por Chiovenda.

Já no que se refere a questão bem mais delicada, qual seja, a atinente à ampliação dos poderes do juiz, Calamandrei afirmou – no § 3º, sob a rubrica *Observações sobre as premissas políticas do projeto* – que, segundo o Ministro da Justiça,

---

3. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 99. Enfatiza, a propósito, Hélio Tornaghi que, em nosso sistema processual civil, “o juiz, além de não poder tomar a iniciativa do processo (*ne procedat iudex ex officio*) e de ficar na dependência da do autor (*nemo iudex sine actore*), também deve conformar-se ao que foi pedido, sendo-lhe defeso conhecer de matéria estranha à demanda e à contestação” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 399).

4. V., a respeito, J. A. Jolowicz, *The Active Role of the Court in Civil Litigation*, Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation, p. 199 e s.

Quanto à orientação oposta, seguida pelos sistemas jurídicos totalitários, nos quais, em muitas hipóteses, são consideravelmente ampliados os poderes do juiz, em detrimento da liberdade de disposição das partes, v. Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 61 e s.; M. A. Gurvich, *Profili generali del processo civile sovietico*, Ricerche sul processo – I. Il processo civile sovietico, p. 15 e s.; V. K. Poutchinski, *Princípios de processo civil da URSS e das Repúblicas Federadas*, p. 45 e s.; Rafael Grillo Longoria, *Derecho Procesal civil – I* (Teoría general del proceso civil), p. 82 e s.; Mauro Cappelletti, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, Processo e ideologie, p. 182 e s.

“(…) o problema ‘essencialmente político’ que está na base da reforma é ‘um aspecto do vasto problema da restauração do princípio da autoridade. Até no campo do processo civil, o Estado deve reassumir a sua posição preeminente; deve reafirmar a indeclinável superioridade que lhe compete de executar o direito’. Trata-se, em outras palavras, de projetar no campo do processo os princípios autoritários em que se inspira a organização constitucional do Estado: e como, no processo, o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário introduzido no processo significa logicamente a ampliação dos poderes do juiz. Ainda sobre este ponto fundamental, a reforma encontrou na Itália o terreno perfeitamente preparado pela doutrina: a concepção do processo civil como matéria de ordem pública, a qual importa dar ao juiz uma posição preeminente, já foi sustentada na obra de Lodovico Mortara e tornou-se, depois, como é sabido, um dos dogmas da lição de Chiovenda, cuja proposta de reforma, em fins de 1919, partia da premissa de que ‘o conceito renovado da justiça como função do Estado... restitui ao juiz, no processo moderno, uma posição central de órgão público interessado em distribuir justiça da melhor e mais rápida maneira possível’... Na verdade, esta tendência publicística que encontra no atual texto legal projetado uma afirmação tão enérgica, não é senão um aspecto, inserido na restrita esfera processual de um fenômeno mais vasto que se vem desenvolvendo por diversas formas nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e tem como diretriz comum a prevalência do interesse social sobre o interesse individual. Diante do sistema baseado no chamado ‘princípio dispositivo’, que se pode em certo sentido considerar como a expressão processual do individualismo liberal, o ‘princípio inquisitório’ afirma-se como expressão do autoritarismo, que não pode deixar à mercê das iniciativas individuais a consecução dos fins individuais, mas como fins do Estado. Verifica-se, assim, paralelamente a essa progressiva absorção do direito privado pelo direito público, que se realiza aos nossos olhos em todos os campos do direito substantivo, a gradual demolição das barreiras que tradicionalmente separavam o processo civil do processo penal e pareciam intransponíveis...”<sup>5</sup>

Seja como for, na visão de Calamandrei, inspirada na doutrina de Chiovenda, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz não enfraquece o princípio dispositivo, uma vez que permanecem salvaguardadas a proibição de julgamento *ultra petita* e o dever de decidir *secundum allegata*.<sup>6</sup>

Ademais, em continuação, sobre o denominado princípio de autoridade e a concessão de poderes mais amplos ao juiz (§ 3º, n. 6), acrescentou Calamandrei que:

---

5. Calamandrei, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul Progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, p. 24-26; *Opere giuridiche*, v. 1; Processo oral (obra coletiva), p. 165-166.

6. V., a respeito, as importantes considerações de Michele Taruffo, *Calamandrei e le riforme del processo civile*, Piero Calamandrei – Ventidue saggi su un grande maestro, coletânea Per la storia del pensiero giuridico moderno, p. 160-161.



“A concepção restaurada do fim publicístico do processo civil importa naturalmente reforçar os poderes do juiz; com efeito, numerosas disposições do projeto visam a este objetivo. Mas aumento dos poderes do juiz não significa necessariamente aumento da indeterminação dos mesmos, nem é necessário, para ampliar a autoridade do juiz, alargar a esfera dos seus poderes discricionários, ou seja, do seu arbítrio. Fazemos esta observação porque nos parece que aquela premissa geral de restauração da autoridade do Estado no processo civil, em que se funda o projeto, não pode significar de forma alguma renúncia do Estado à regulamentação legal do desenvolvimento do processo e conseqüente transferência para o juiz do poder de criar, em cada caso, a regra processual que lhe pareça mais apropriada à controvérsia. Restauração da autoridade do Estado tem significado sempre, na Itália, restauração da autoridade da lei, compreendida como manifestação de vontade do Estado, emitida de modo geral e abstrato; também o projeto, justamente porque alvitra a restaurar no processo a autoridade do Estado, não pode ter pretendido abrir a porta àquela tendência malsã seguida por algumas leis estrangeiras (da qual constitui expressão mais típica a lei sobre processo civil da Rússia soviética, reduzida a 473<sup>7</sup> artigos esquemáticos, que deixam vastíssimo campo ao arbítrio do juiz), tendência que procura reduzir as leis processuais a poucos princípios diretivos, baseado nos quais poderia o juiz (à semelhança de quanto podem fazer os árbitros pelo art. 17 do CPC) criar para cada processo o rito que mais lhe agradasse...”<sup>8</sup>

Verifica-se, pois, que, para Calamandrei, “autoridade do Estado” tem o significado de “autoridade da lei”, o que, intuitivamente, exclui a criação judiciária do direito, e, portanto, qualquer manifestação de poder discricionário do juiz sobre o procedimento!

Oportuno é observar que esta lição se amolda perfeitamente à moderna dogmática processual, no sentido de que a “ampliação dos poderes do juiz”, ou seja, a concepção de um juiz proativo, não implica, *tout court*, a instituição de um processo necessariamente autoritário. Com efeito, hoje, a dilatação dos poderes judiciais de direção e de instrução deve ser sempre equacionada com as garantias constitucionais do processo (“autoridade da lei”), a permitir que as partes possam participar – cooperando com o juiz, em constante contraditório – de todos os rumos que o procedimento venha a trilhar, por força de decisão judicial, incluindo-se, aí, por óbvio, toda a atividade relacionada à produção da prova (consulte-se, *e. g.*, o art. 6º do nosso novo CPC, com a seguinte redação: “*Todos os sujeitos do processo*

---

7. Hoje, o CPC da Federação Russa contém 446 artigos, em vigor desde 1º-2-2003. O art. 8º desse diploma processual confere amplos poderes instrutórios ao juiz, que encontram limites no texto constitucional.

8. Calamandrei, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul Progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, cit., p. 27-28; *Opere Giuridiche*, cit., v. 1, p. 306-307; *Processo oral (obra coletiva)*, cit., p. 167.

*devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*).<sup>9</sup>

Nessa linha de raciocínio, numa notável palestra de Moacyr Amaral Santos, atualmente adormecida, infere-se que a ampliação dos poderes do juiz, em especial, aqueles de direção do processo, de modo a assegurar andamento rápido da causa, nada tem de autoritário, se a atuação judicial não produzir qualquer prejuízo à defesa dos litigantes. Invocando lição de Pontes de Miranda, ressalta Amaral Santos, que a direção supõe arbítrio, porém esse arbítrio é limitado pelas regras técnicas que dispõem sobre a sucessão de atos procedimentais; ou seja, no exercício da direção do processo, o juiz poderá imprimir-lhe celeridade que se coaduna com o desenvolvimento regular das fases processuais, na conformidade da sua disciplina legal, pois, do contrário, do desrespeito da direção a esta disciplina, resultará prejuízo à defesa dos interessados. De tal modo, ampliando-se embora os poderes do juiz na direção do processo, o legislador deve condicionar o exercício destes à conformação com as normas processuais, o que redundará na negação da discricionariedade, que caracteriza o juiz autoritário. De outra parte, a ingerência e atuação do juiz na direção do processo, a dar-lhe uma alma atualizada com a doutrina publicística, tem, entretanto, que se acomodar aos princípios cardeais do processo de natureza dispositiva.<sup>9</sup>

Mais recentemente, ainda sobre essa importante temática, registra-se acirrada polêmica teórica, que envolveu inúmeros processualistas.

A partir de um livro escrito por Juan Montero Aroca, intitulado *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*,<sup>10</sup> de 2001, no qual vem repudiada, de forma veemente, a opinião de quem sustenta que o processo está a serviço de determinados fins estatais e que a função jurisdicional é o meio para alcançar os escopos políticos do Estado democrático, o debate se instaurou com a posição crítica assumida por Giovanni Verde, então Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura italiana, no artigo *Le ideologie del processo in un recente saggio*.<sup>11</sup>

Embora sobrelevando as garantias processuais, Montero Aroca resume o seu ponto de vista, quanto ao exercício dos poderes instrutórios atribuídos ao julgador, afirmando que a chamada “publicização” do processo civil tem origem na ideologia fascista e totalitária, sendo certo que a concessão de

---

9. *Contra o processo autoritário*, aula inaugural do ano letivo de 1959, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1959, p. 222-223.

10. Publicado em Valencia, pela editora Tirant lo Blanch.

11. Rivista di diritto processuale, 2002 (3), p. 676-687. Reproduzido em espanhol, sob o título *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, Proceso civil e ideología, p. 67 ss.

amplos poderes discricionários ao juiz – especialmente nos sistemas processuais austríaco, soviético, alemão e italiano –, não se sustenta, visto que o processo civil tem por objeto direitos subjetivos privados, de interesse exclusivo dos litigantes e não do Estado. Assim, o juiz jamais pode ter maior protagonismo do que a atuação das próprias partes.<sup>12</sup>

Ora, como destaca Joan Picó y Junoy, a tese dos “revisionistas”, de que a inatividade do juiz se justifica pelo caráter privado do objeto discutido no processo civil encontra-se completamente ultrapassada, diante de uma perspectiva “publicista” ou “social” do processo, que o concebe como instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional do Estado. Mesmo que o cerne dos litígios discutidos no âmbito do processo civil tem natureza, em regra, privada ou disponível, dúvida não há de que o modo de o processo desenvolver-se não comporta ingerência das partes, mas, sim, do Estado-juiz, “único titular da função jurisdicional, que se serve do processo como instrumento para garantir a efetividade desta função”.<sup>13</sup>

Ademais, cumpre salientar que a atividade probatória *ex officio* vem contemplada na grande maioria das legislações processuais do mundo ocidental, como importante regra técnica, quando reputado necessário o seu emprego, de complementação da produção da prova, em prol da adequada solução do litígio.

Frise-se, por outro lado, que o denominado processo de âmbito coletivo apresenta uma ruptura à barreira imposta pelo art. 18 do Código de Processo Civil: aquela percepção herdada da Idade Média, coroada no direito alemão, em que o processo era instituto entre partes (*Sache dei Parten*), no qual o juiz, inerte, ficava observando o duelo judiciário entre os litigantes, com poderes instrutórios mínimos, limitando-se tão somente a proferir uma sentença em consonância com o que havia ficado provado nos autos. Essa visão individualista que marcou o direito civil e o direito processual civil no século XIX, obviamente, influenciou a legislação do século XX.

---

12 . *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, cit., *passim*; *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, Proceso civil e ideología, cit., p. 130 ss.; *Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil*, Teoría & Derecho – Revista de pensamiento jurídico, 7, p. 15 ss.

A discutível posição de Montero Aroca foi secundada por Franco Cipriani, *Prefazione* à edição italiana do livro de Montero Aroca, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, ESI, 2002; e por Girolamo Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisionista”*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2003, 2, p. 575 ss.; reproduzido em espanhol, sob o título *Principios e ideologías del proceso civil: impresiones de “un revisionista”*, Proceso civil e ideología, coord. Juan Montero Aroca, cit., p. 97 ss.

13 . *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, Proceso civil e ideología, p. 121-122.