

Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo ^(*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ^(**)

1. GENERALIDADES.

O processo civil está atravessando período de intensa atividade reformadora. Só nos últimos oito anos surgiram três novos códigos importantes: o japonês, de 1996, em vigor desde 1998 (e já emendado em 2003), as *Civil Procedure Rules* inglesas de 1998 (na verdade um código processual ¹ de traços próximos, em certa medida, aos dos códigos da Europa continental) e a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000. Reforma parcial, mas extensa, sofreu a *Zivilprozessordnung* alemã em 2001. Trabalhos do gênero acham-se em curso na França, e em Portugal dois decretos-leis de 2003 alteraram profundamente a disciplina do processo de execução. Na Itália, está em foco projeto de lei delegada tendente a introduzir numerosas modificações no ordenamento processual. E é ocioso recordar as sucessivas ondas de reformas que, sem dar repouso a juízes, advogados e doutrinadores, vêm atingindo, desde 1992, o nosso próprio código – para não falar das repercussões da emenda constitucional relativa ao Poder Judiciário, ora em fase conclusiva de tramitação no Congresso Nacional.

Quem se interesse pelo funcionamento da máquina judiciária não pode deixar de sentir-se curioso a respeito de todas essas mudanças e de interrogar-se acerca dos pontos de convergência e de divergência que emergem da comparação entre elas. Os problemas que afligem a Justiça civil – sobretudo o da excessiva duração dos pleitos, permanentemente em evidência nas preocupações gerais – não são, com efeito, exclusivos de tal ou qual sistema jurídico: manifestam-se com características mais ou menos semelhantes em todos ou quase todos. É natural, portanto, que os legisladores dos diferentes quadrantes se vejam desafiados a enfrentar as mesmas questões e tenham de proceder a escolhas análogas. Ora, no receituário disponível encontram-se com facilidade propostas diversificadas

^(*) Texto de conferência pronunciada no Rio de Janeiro, em 6.5.2004, no congresso comemorativo do centenário da Editora Forense. Acrescentaram-se as notas.

¹ Assim reza o próprio texto: “*These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly*” (Rule 1.1 (1)).

e até radicalmente conflitantes. Aos estudiosos importa confrontar as soluções preferidas, não só para identificar as tendências predominantes, mas também, na medida do possível, para desvendar os pressupostos políticos ou ideológicos em que elas lançam raízes.

São várias, evidentemente, as perspectivas adotáveis no confronto. Por outro lado, como ninguém ignora, o nó vital do processo civil localiza-se quase sempre na prova. Raríssimos, para não dizer excepcionais, os casos de pleitos que se decidem à luz de puras questões de direito. Em geral, as controvérsias que o juiz tem de enfrentar referem-se a questões de fato; e, para resolvê-las, o instrumento de que ele normalmente se vale são as provas. Bem se compreende, pois, que a disciplina dessa matéria sugira ao observador ponto de vista de especial relevância. A problemática da prova, contudo, desdobra-se ela mesma em diversos tópicos, cada um dos quais comporta exame em separado, sem embargo das recíprocas influências e implicações. Vamos deter-nos aqui em dois dos mais importantes: o atinente à repartição de atribuições entre partes e juiz na atividade instrutória e o relativo ao modo pelo qual se introduzem no processo as informações ministradas por terceiros e pelos próprios litigantes.

2. PARTES E JUIZ NA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA.

Que papéis devem caber às partes e ao juiz na atividade instrutória? Habitualmente se tem distinguido entre duas visões opostas dessa problemática: uma que reserva aos litigantes a iniciativa de reunir e apresentar as provas de suas alegações; outra que confere mais ativa função ao órgão judicial. Convencionou-se falar, ao propósito, de princípio dispositivo e princípio inquisitivo; em inglês, usam-se as expressões *adversarial* e *inquisitorial* para designar, respectivamente, o sistema tradicional dos países anglo-saxônicos, do chamado *common law*, em que protagonistas incontrastados seriam os litigantes (ou, mais exatamente, seus advogados), e o apontado como característico da Europa continental e dos ordenamentos dela tributários (entre outros, os da América Latina) - na expressão consagrada, do *civil law* - onde a atuação do juiz sobreleva à das partes.

Essa maneira de considerar o assunto tem sido criticada, com razão, por demasiadamente esquemática e, em boa medida, despistadora.² Ela pretende constranger em moldes de rigidez artificial uma realidade matizada e ondulante. Já se observou muitas vezes que nenhum ordenamento processual pode regular a instrução probatória em termos de exclusividade absoluta, quer em favor das

² O reparo é tão difundido, que a rigor dispensa citações. Em todo caso, na literatura contemporânea, *vide*, com ênfase aqui e ali talvez excessiva, TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Sui confini*, Bolonha, 2002, pp. 73/5 (ou, em tradução do autor desta palestra, sob o título *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*, in *Rev. de Processo*, nº 110, pp. 144/5).

partes, quer do juiz: ³ necessariamente se concede algum espaço àquelas e a este, e a respectiva dosagem varia até no interior de um mesmo sistema jurídico, ao longo do tempo, ou de acordo com a matéria.

O gume da crítica torna-se mais agudo à vista de evoluções recentes. Para começar, mudanças sensíveis vêm afastando o mundo anglo-saxônico do modelo clássico do *adversary system*, para dar ao órgão judicial função de maior relevo na atividade de instrução. A figura do juiz "passivo", que se limitava a receber dos litigantes os elementos de convicção sobre os fatos, já não corresponde, por exemplo, àquela que se desenha no vigente direito inglês. É certo que as *Civil Procedure Rules* não chegam a atribuir expressamente ao órgão judicial o poder de determinar de ofício a realização de provas; mas decerto lhe outorgam amplas faculdades de controle da atividade probatória, notadamente:

- a) a de indicar às partes as questões a cujo respeito entende necessitar de provas (*Rule 32.1, (1), a*;
- b) a de especificar a natureza da prova de que carece para resolvê-las (*Rule 32.1, (1), b*;
- c) a de determinar o modo pelo qual a prova deve ser produzida (*Rule 32.1, (1), c*;
- d) a de excluir prova que de outra maneira seria admissível (*Rule 32.1, (2)*;
- e) a de limitar a chamada *cross-examination*, isto é, o interrogatório da testemunha pelo advogado da parte contrária à que a convocou (*Rule 32.1, (3)*;
- f) a de ordenar, em qualquer tempo, que a parte ministre esclarecimentos sobre assunto controverso ou preste informação adicional a respeito (*Rule 18.1, (1)*;
- g) a de emitir, no caso de perito único, instruções sobre inspeção, exame ou experiência que ele queira realizar (*Rule 35.8, (3), b*).

De outra banda, adotam as *Civil Procedure Rules* disciplina mais minuciosa – e, em alguns aspectos, restritiva – da atuação dos advogados na pesquisa de material probatório. O mecanismo tradicional dessa pesquisa era a denominada *discovery*, mediante a qual cada advogado podia obter, fora do âmbito judicial, dados de fato para fundamentar suas alegações, nomeadamente examinar documentos do adversário. Antes do advento do novo código, abusos comuns tinham efeitos negativos na duração e no custo do processo. Advogados pouco escrupulosos, remunerados por horas de trabalho, alongavam e complicavam

³ Categórico, entre outros, JOLOWCZ, *On Civil Procedure*, Cambridge, 2000: "... no system of civil procedure can in the nature of things be wholly adversarial or wholly inquisitorial" (p. 175); "A balance between adversarial and inquisitorial elements in any system of civil procedure is inevitable, and that balance is reflected in the division of labour between the parties and the judge" (p. 182).

desnecessariamente o procedimento da *discovery*, que chegava às vezes a produzir uma “avalanche de papel”.⁴ Isso podia também contribuir para acentuar a disparidade de armas entre litigantes de recursos financeiros muito diferentes. As *Civil Procedure Rules* trataram de pôr cobro a tais excessos, intensificando o controle judicial sobre a referida atividade, à qual se deu até denominação nova: *disclosure*.⁵ Também nos Estados Unidos, onde se continua a empregar o termo *discovery*, reformas legislativas têm aumentado o peso daquele controle.⁶

Seja como for, essa atuação extrajudicial dos advogados, em busca de elementos probatórios, vinha constituindo traço característico dos ordenamentos de *common law*; no universo de *civil law*, toda a atividade instrutória leva-se a cabo em juízo, ou pelo menos sob a direção do juiz, e em regra na sua presença. É estranha ao nosso sistema, por exemplo, a idéia de um depoimento tomado, sob juramento, no escritório do advogado de uma das partes, na ausência do magistrado – prática familiar aos norte-americanos. Pois bem: o projeto italiano de lei delegada para reforma do *codice di procedura civile* pretende consagrar, no art. 20, algo de semelhante à *discovery*: a faculdade, para os advogados, de colher, antes mesmo do início do pleito, entre outras coisas, depoimentos escritos e laudos periciais, munindo-se assim de documentos depois utilizáveis no processo.⁷ Ademais, o art. 22 contempla a possibilidade de que a produção das provas na audiência, se concordes as partes e mediante autorização do órgão judicial, se realize fora da sede do juízo.⁸

⁴ A expressão é de ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, p. 601.

⁵ Sobre a atual disciplina da matéria, amplamente, ANDREWS, ob. cit., pp. 595 e segs.; ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, Londres, 2003, págs. 462 e segs.; DENNIS, *The Law of Evidence*, 2ª ed., Londres, 2002, pp. 288 e segs.

⁶ Vide em FRIEDENTHAL/ KANE/ MILLER, *Civil Procedure*, 3ª ed., 1ª reimpressão, St. Paul, 2001, pp. 437 e segs., a exposição das reformas efetuadas ou propostas nos últimos anos. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. di dir. e proc. civ.*, vol. LVII (2003), pp. 161 e segs., oferece útil resumo das principais modificações introduzidas a partir dos anos 80 no sistema norte-americano. Cf. ainda CORSINI, *Le proposte di “privatizzazione” dell’attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della “discovery” anglosassone*, in *Riv. di dir. e proc. civ.*, vol. LVI (2002), pp. 1.282 e segs., espec. 1.293 e segs.

⁷ A proposta da atividade instrutória sem a participação do juiz vem sendo criticada em sede doutrinária: v.g., PROTO PISANI, *Attualità e prospettive per il processo civile*, in *Foro it.*, 2002, p. 7 da separata; CORSINI, art. cit. em a nota anterior, pp. 1.274, 1.301/3.

⁸ Eis os textos originais: “Art. 20 (*Attività istruttoria di parte*) – Prevedere la possibilità che i difensori delle parti possano assumere, anche prima dell’inizio del processo, dichiarazioni testimoniali scritte ed eventualmente autenticarle o farle autenticare da soggetti muniti di poteri di certificazione, nonché relazioni peritali e attestazioni di fatti e situazioni constatati da pubblici ufficiali, riconoscendo all’ufficiale giudiziario tale potere di attestazione. Prevedere l’utilizzabilità di tali documenti nel processo, con il potere per il giudice di disporre, anche su istanza delle parti, accertamenti istruttori”. “Art. 22 (*Udienza di discussione*) – Prevedere che l’udienza si svolga con discussione orale delle questioni trattate ovvero indicate dal giudice il quale, ove nel decreto abbia disposto in ordine all’ammissibilità delle prove, conferma o revoca, in tutto o in parte, il proprio provvedimento e procede all’assunzione delle prove stesse, salvo che le parti concordemente non chiedano di assumerle in sede extragiudiziaria ed il giudice le autorizzi, dando le opportune disposizioni circa le modalità di assunzione e documentazione e fissando l’udienza di discussione con termine, anteriore all’udienza, per il deposito di memorie conclusionali”.

O confronto entre essas propostas e a evolução do direito anglo-saxônico revela um duplo movimento de mão e contramão. O papel do juiz na atividade instrutória vê-se incrementado no mundo do *common law* e ameaçado de redução em ordenamento que historicamente vem ocupando posição central no âmbito do *civil law*. Fala-se, na Itália, de tendência à “privatização” daquela atividade; aliás, a rigor, não só dela, mas de vários aspectos do direito processual constituindo.⁹ Não se surpreende muito com isso o observador ciente da inclinação a minimizar o elemento publicístico do processo civil, movimento hoje em maré montante num setor da doutrina peninsular.¹⁰

A Espanha é outro país do continente europeu onde ganha terreno a propensão a confinar em âmbito estreito a participação do juiz na instrução probatória. Já na Exposição de motivos da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, nº VI, lê-se que ela se inspira no “*principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias*”. Uma dessas conseqüências consistiria em negar ao órgão judicial a função de “*investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho*”. Em obediência a tal diretriz, eliminou-se um dos instrumentos de que, no direito anterior, podia valer-se o juiz para tentar, de ofício, preencher eventuais lacunas do material probatório: as chamadas “*diligencias para mejor proveer*”.¹¹ De acordo com o disposto no art. 282, só nas hipóteses taxativas previstas em lei será lícito ao órgão judicial determinar a produção de provas por sua própria iniciativa. O art. 435 confere-lhe o poder de ordenar “*diligencias finales*”, mas em regra apenas a requerimento de parte; tão restrita é a possibilidade de serem elas ordenadas de ofício – “*excepcionalmente*”, como reza o texto (nº 2) –, que a nova disciplina equivale na prática à abolição da iniciativa probatória *ex officio*.¹² Resta ao juiz, em todo caso, a faculdade de indicar às partes os fatos controvertidos a cujo respeito considere insuficientes as provas já colhidas e apontar as que ainda convém produzir (art. 429, nº 1, 2ª alínea).

Consta que, no curso dos trabalhos legislativos, se manifestou contraste entre os partidários de uma atuação mais intensa do órgão judicial na matéria e os defensores do sistema restritivo consagrado no projeto. Ao ver do mais ferrenho adversário daquilo a que chama a “concepção autoritária” do processo civil, ter-se-ia adotado “uma solução de compromisso”.¹³

⁹ Vide, em termos específicos, o título do artigo de CORSINI, cit. em a nota 6, *supra*; emprega genericamente a locução, a respeito do projeto de lei delegada (que submete a dura crítica), TARUFFO, em conferência pronunciada no simpósio florentino de dezembro de 2003, sob o título *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy* (texto não publicado na data em que se escreve).

¹⁰ Autêntico manifesto da posição antipublicística encontra-se em CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. di dir. e proc. civ.*, vol. LVI (2002), pp. 1.243 e segs.

¹¹ VÁZQUEZ SOTELO, *El proceso civil y su futuro* (relatório apresentado às XVIII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual de 2002), in *Cuadernos procesales* (México), nºs 17/18, pp. 41/2, enxerga nessa inovação “*una regresión histórica verdaderamente increíble*”.

¹² Vide os reparos constantes do vol. coletivo *Los poderes del juez en materia probatoria* (coord. de LLUCH e PICÓ I JUNOY), Barcelona, 2003, pp. 37, 56, 108, 114, 118.

¹³ MONTEIRO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. ital. de Vittorio Bratelli e Nicoletta Magrino, Nápoles, 2002, p. 113 (na p. 112, a informação relativa aos debates parlamentares).

Vaticina ele que “o juiz espanhol não fará uso dos poderes outorgados pelo art. 429, 1, II da nova LEC”.¹⁴ Claramente se trata antes de um voto que de simples predição: quem assim se expressa é porta-voz de algo em que, conforme o ponto de vista, se enxergará corrente ou contracorrente do pensamento processual contemporâneo.

3. DEPOIMENTOS: ORAIS OU ESCRITOS?

A palavra oralidade tem servido de *leitmotiv*, por muitas décadas, a sucessivas clarinadas da doutrina do processo civil. A primeira metade do século passado viu irromper na Itália enérgica pregação em favor do denominado processo oral.¹⁵ Essa onda propagou-se a países, como o nosso, de portas sempre abertas, na matéria, à influência italiana. Na preparação do primeiro código nacional, de 1939, viu-se a oportunidade de consagrar os princípios relacionados com o ideário em voga.¹⁶

A realidade forense não correspondeu às expectativas despertadas. O próprio momento emblemático do novo sistema – a audiência de instrução e julgamento – converteu-se, na maioria dos casos, em formalidade anódina e vazia de sentido: é compreensível a boa acolhida que teve o Código de 1973 ao dispensá-la nas hipóteses dos arts. 329 e 330.

O culto da oralidade, porém, subsistiu em mais de um reduto. No universo anglo-saxônico, onde por muito tempo reinou incontrastada,¹⁷ ela tem sido posta em correlação com uma peculiaridade histórica: a implantação, na Idade Média, do julgamento por júri no campo civil não menos que no penal. A prestação oral de depoimentos afeiçoava-se muito melhor a um sistema que confiava a decisão

Esse autor é notoriamente infenso à concessão de poderes instrutórios *ex officio* ao juiz: *vide*, anteriormente, a conferência pronunciada por ocasião das XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (San José, 2000), sob o título *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, no vol. das *Relatorias y ponencias*, t. II, pp. 285 e segs., espec. 318 e segs., 332 e segs.

¹⁴ *Id.*, *I princ.polit.* cit., p. 113.

¹⁵ Obrigatória a referência, no particular, à campanha movida por CHIOVENDA: *vide*, especialmente, o projeto de reforma processual aprovado pela “*Commissione per il dopo guerra*” e o panegírico da oralidade contido na respectiva *relazione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milão, 1993, vol. II, pp. 1 e segs. Mas o assunto continuou a ocupar espaço, ao longo da centúria, nas preocupações da mais autorizada doutrina: *vide*, por exemplo, o relatório geral de CAPPELLÉTTI sobre o tema *Procédure écrite et procédure orale* para o VIII Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado (1970), publicado sob o mesmo título, Milão, 1971.

¹⁶ Na Exposição de Motivos com que o então Ministro da Justiça apresentava o projeto ao Presidente da República, todo um tópico é dedicado a justificar a adoção do princípio da oralidade e dos correlatos princípios da concentração e da identidade física do juiz (de passagem, também se alude à imediação), e outro a rebater as “críticas e objeções ao sistema oral”. No plano doutrinário, *vide* por exemplo o artigo de MACHADO GUIMARÃES *O processo oral e o processo escrito*, publicado na *Rev.For.* em 1938 (vol. 74) e incorporado ao vol. *Estudos de direito processual*, Rio de Janeiro–S. Paulo, 1969, pp. 117 e segs.

¹⁷ Com a importante ressalva do processo da *equity*, como lembra TARUFFO, *trab. cit.* em a nota 2, *supra*, p. 72 (ou, na tradução, p. 144).

sobre os fatos a leigos, no começo predominantemente iletrados, incapazes de compreender (e talvez até de ler) documentos.¹⁸ Já no terreno do *civil law*, a batalha em favor da oralidade assumiu mais o aspecto de uma reivindicação de ordem doutrinária, inspirada na pretensa superioridade prática do procedimento oral pelo ângulo da eficiência. Durante muito tempo exaltou-se, à guisa de símbolo do movimento, a audiência preliminar (*erste Tagsatzung*) da *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895, fruto do gênio de FRANZ KLEIN. Já no fim do século XX, o Instituto Ibero-americano de Direito Processual elaborou um Código-modelo de processo civil para a América Latina, que tomou como padrão um procedimento “por audiências”. Essa obra serviu de protótipo, no Uruguai, para o *Código General del Proceso* de 1988,¹⁹ de funcionamento, ao que se diz, coroado de êxito, e exerceu influência em subseqüentes reformas processuais nesta região do planeta.²⁰

No entanto, a trajetória da oralidade, ainda modernamente, nem sempre se vem desenvolvendo sob céu límpido. Antes de mais nada, vale recordar que, na Inglaterra, o julgamento por júri, na esfera civil, acabou por ficar restrito a raríssimos casos.²¹ Ele subsiste nos Estados Unidos, onde constitui até garantia constitucional (7ª Emenda à Constituição); mas esse fato perde muito de sua possível significação quando se atenta em que só pequena percentagem dos feitos chega, na prática, até o *trial*: a maioria deles extinguem-se antes, as mais das vezes em virtude de acordo das partes.²²

O direito inglês, adite-se, vem evoluindo, desde as últimas décadas do século XX, no sentido de mais larga utilização de peças escritas na atividade instrutória.²³ Para dar exemplo sugestivo: hoje em dia, cada uma das partes apresenta

¹⁸ Cf. JOLOWICZ, *A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao adversary system?*, trad. de Barbosa Moreira. in *Rev. For.*, vol. 328, p. 62: “A inutilidade de exigir que os membros do júri formassem sua convicção à luz de provas escritas, sobretudo numa época em que era generalizado o analfabetismo, acarretou a preferência muito marcada do *common law* pela prova testemunhal”.

¹⁹ Na respectiva *Exposición de Motivos*, item 4, lê-se que “la moderna orientación es la de implantar un proceso de tipo oral”, (na realidade, “mixto”); nele, “la función más importante le está asignada a la AUDIENCIA PRELIMINAR” (em maiúsculas no original), entre cujos antecedentes se menciona o austríaco (citamos o texto publicado em 1988, em Montevidéu, pela *Fundación de Cultura Universitaria*, onde os passos reproduzidos se encontram nas pp. VII/VIII).

²⁰ Ao propósito, BARBOSA MOREIRA, *Le Code-modèle de procédure civile pour l'Amérique Latine de l'Institut Ibero-américain de Droit Processuel*, in *ZJP International*, n° 3 (1998), ou in *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, São Paulo, 2001, pp. 191 e segs.

²¹ Vide BARBOSA MOREIRA, *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*, in *Temas, Sét. Série*, cit., p. 162, nota 13, para referências bibliográficas, às quais se pode acrescentar, na literatura posterior, JOLOWICZ, ob. cit. em a nota 3, *supra*, pág. 29: “Today, and for a considerable period in the past, the number of civil cases tried by jury is an extremely small proportion of the whole”.

²² Remete-se ainda o leitor, para indicações de doutrina, ao trab. cit. em a nota anterior, p. 166, nota 21; cf., mais recentemente, JAMES/HAZARD/LEUBSDORF, *Civil Procedure*, 5ª ed., Nova Iorque, 2001, p. 43: “... the great majority of suits are settled before trial”.

²³ Sobre as sucessivas etapas dessa evolução, vide o art. de JOLOWICZ cit. em a nota 17, *supra*, e o de ZUCKERMAN, *English Civil Procedure - The Shift away from Party Control and Orality*, in *ZJP International*, n° 1 (1996), pp. 65 e segs.

previamente ao tribunal e ao adversário declarações escritas (*witness statements*) que antecipam o que vai ser dito por suas testemunhas no *trial*; daí normalmente resulta a abreviação do depoimento oral, que se limitará à chamada *cross-examination* pelo advogado *ex adverso* e, eventualmente, a reperguntas de quem convocou a testemunha.²⁴ Em certos casos, tal prática pode até tornar dispensável a tomada do depoimento oral. Disciplina igual aplica-se aos peritos, que são considerados como uma espécie de testemunhas (*expert witnesses*). Semelhantes inovações, registre-se de passagem, vieram proporcionar ao juiz oportunidades, que a tradição lhe recusava, de inteirar-se dos fatos da causa antes do *trial*.²⁵

Também na França é nítida a evolução da oralidade para a escritura em matéria de depoimentos de terceiros. Já há bastante tempo se registrava que a prática forense vinha abandonando o emprego da prova testemunhal em moldes tradicionais, vista como dispendiosa e causadora de retardamentos, em favor de declarações escritas – as chamadas *attestations*.²⁶ Trata-se de modalidade probatória utilizada sem apoio legal no direito anterior, à qual o código de 1975 veio dar foros de cidadania, regulando-a expressamente nos arts. 200 a 203. Informações recentes de fontes autorizadas confirmam a preferência do foro por essa forma de comunicação escrita, dirigida ao juiz.²⁷

Para surpresa de muitos, a oralidade foi golpeada no berço mesmo do instituto que, em boa medida, lhe servia de bandeira: a audiência preliminar. Com efeito, o legislador austríaco, persuadido de que em muitos casos a respectiva realização só concorria para diminuir a rapidez do pleito, sem vantagem que o compensasse, tornou-a facultativa, em determinadas condições.²⁸ É interessante registrar a coincidência entre essa oscilação e a verificada em nosso próprio ordenamento: a audiência a princípio denominada “de conciliação”, depois preliminar, nasceu com feição obrigatória sempre que se cuidasse de relações jurídicas disponíveis,

²⁴ Cf. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, Londres, 2003, p. 601: “Today, witness statements normally stand in place of oral evidence in chief, so that oral testimony in open court is usually confined to cross-examination of witnesses on the contents of their pre-trial statements”. O capítulo 19 dessa obra (pp. 600 e segs) é excelente fonte de informação acerca de toda a problemática referente aos *witness statements*. No texto das CPR (que não cobre inteiramente a matéria), vide sobretudo as Rules 32.4 e 32.5.

²⁵ Abandonou-se, pois, a regra, vigente até o início dos anos 80, segundo a qual “a civil judge was expected (...) to know little or nothing about a case before trial” (ANDREWS, ob. cit. em a nota 4, p. 777).

²⁶ NORMAND, “I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse”, trad. ital. de Maria Francesca Ghirga, in *Riv. di dir. proc.*, vol. XLIII (1988), p. 672.

²⁷ CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2ª ed., Paris, 1998, observa que a modalidade tradicional (ouvida das testemunhas pelo juiz) “est assez peu utilisée en pratique” (p. 525) e que sobre ela a *attestation* “présente assurément l’avantage d’une plus grande souplesse et d’une plus grande économie” (p. 527). Em conferência pronunciada no simpósio florentino de dezembro de 2003, sob o título *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, reitera FERRAND que, “most of the time, witnesses are not directly heard by the judge of the preparation or by the court during the final hearing” e que a prática freqüente é a do “written testimony” (trabalho ainda não publicado na data em que se escreve, mas gentilmente transmitido pela conferencista; o trecho cit. está no item 34).

²⁸ Vide a 4ª alínea acrescentada ao § 243 pela *Zivilverfahrens-Novelle* de 1983. Cf., na doutrina, FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2ª ed., Viena, 1990, p. 617.

mas passou a ser dispensável, a critério do órgão judicial, “se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável” a obtenção de acordo (Código de Processo Civil, art. 331, § 3º, acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

Como se vê, no confronto entre oralidade e escritura igualmente se podem discernir, no panorama atual, correntes e contracorrentes.

4. SIGNIFICADO DESSAS CONTRAPOSIÇÕES.

Que cabe inferir de tudo isso? As questões atinentes à variável dosagem de oralidade e escritura têm significação predominantemente técnica, embora não se deva esquecer que a pregação em favor do processo oral esteve muitas vezes associada à valorização do elemento publicístico no fenômeno processual: basta recordar que o mais estrênuo defensor da oralidade na Itália no começo do século XX era também o estudioso que exaltava o “renovado conceito de jurisdição como função do Estado” e a “posição central” do juiz no processo moderno.²⁹

Já no que tange à repartição de atribuições entre o órgão judicial e os litigantes na atividade de instrução, nem ao mais superficial observador escapará a dimensão política – ou, se se preferir, ideológica – da problemática. Cercar a participação do juiz e confiar às partes (ou melhor: aos advogados) a condução do mecanismo probatório é opção que transcende com absoluta nitidez o plano da técnica: põe de manifesto a adesão a um ideário, ao ideário liberal, tomada a palavra no sentido individualístico – no sentido em que era costume usá-la para designar o pensamento dominante na maior parte do século XIX e atualmente é lícito usá-la para designar o pensamento dominante no início do século XXI.³⁰

Esse pensamento parte de uma premissa: a melhor solução para as questões da convivência humana é a que resulta do livre embate entre os interessados, com a presença do Estado reduzida à de mero fiscal da observância de certas “regras do jogo”. Projetada na tela da economia, semelhante idéia leva à glorificação do mercado como supremo regulador da vida social. Projetada na tela da Justiça, fornece apoio a uma concepção do processo modelada à imagem de duelo ou, se se quiser expressão menos belicosa, de competição desportiva.³¹

O grande problema é que, para funcionar de maneira eticamente aceitável, semelhante gênero de mecanismos pressupõe ao menos uma relativa paridade de forças. Infelizmente, a realidade nem sempre satisfaz esse pressuposto. É suficiente lembrar o fator de desequilíbrio com frequência resultante da

²⁹ Assim se manifestava CHIOVENDA na mesma *relazione* ao projeto de 1918 em que sustentava com energia a superioridade do processo oral: *vide* o vol. II dos *Saggi* cit. em a nota 15, *supra*, p. 38.

³⁰ PROTO PISANI, *trab. e lug. cit.* em a nota 7, *supra*, usa ao propósito a expressão “*liberismo sfrenato*”.

³¹ Seja-nos permitida a remissão ao nosso escrito *Duelo e processo*, in *Temas de Direito Processual, Oitava Série*, São Paulo, 2004, p. 211 e segs. A locução “*sporting theory of justice*”, de cunhagem atribuída a ROSCOE POUND, em conferência de 1906, sobre as *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, tornou-se encontrada na literatura de língua inglesa.

possibilidade que tem a parte mais forte de contar com os serviços de melhor advogado. Maior habilidade na inquirição de testemunhas, sem a correção que um juiz atento e empenhado em fazer justiça pode trazer, é capaz de dar aparência enganosa ao resultado da prova.³²

Há nisso tudo aspecto curioso. Considera-se o universo anglo-saxônico, em geral, como o domínio por excelência do liberalismo individualístico, refletido na área da Justiça sob a figura do *adversary system*. Pois bem: justamente lá se vêem manifestando sinais – mais ostensivos na Inglaterra que nos Estados Unidos – de um deslocamento da ênfase posta de hábito no papel dos litigantes, ou de seus advogados, para o do órgão judicial. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, países da Europa continental dão a impressão de deixar-se tentar pela idéia de um movimento em sentido oposto.³³

Nesse jogo de correntes e contracorrentes são sempre arriscados os prognósticos. Talvez não seja arbitrário, em todo caso, divisar no que está acontecendo mais um sintoma de certa propensão à convergência das duas famílias tradicionais no universo processual do ocidente: bem pode suceder que um dia o processo de *civil law* e o processo de *common law* venham a caracterizar-se mais por aquilo em que se assemelham do que por aquilo em que contrastam.

Abril de 2004

³² Judiciosamente adverte DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven / Londres, 1997, p. 101: "... it is important to keep in mind that a competitively organized fact-finding enterprise requires a rough equality of the two sides in dispute in order to be fair. (...) Absent this condition, the resultant force of the two partisan vectors, so to speak, is likely to deviate from the correct view of reality. A weak case brought by a resourceful litigant can appear unduly strong".

³³ O ponto não escapou à argúcia de DAMASKA, ob. cit., p. 150: "Ironically, in their search for new solutions, Continental lawmakers are frequently attracted to the Anglo-American procedural culture – including some aspects that are domestically falling out of favor".

(*) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor na Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ
