

Reformas processuais e poderes do Juiz^(*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (**)

1. Uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo. Não é concebível, à evidência, que se negue todo relevo ao órgão da jurisdição; mas pode variar, e de fato tem variado, a medida de sua importância. Ordenamentos há em que o personagem confiado ao juiz é, claramente, o protagonista; noutros lhe sobressai menos a atuação. Bem se compreende que, de uma a outra ponta do espectro, se sucedam inúmeros graus intermediários.

A linguagem doutrinária criou expressões, que se tornaram tradicionais, para indicar o nível dessa dosagem. Costuma-se aludir a “processo inquisitivo” para designar o modelo em que se atribui ao órgão judicial maior soma de poderes, e a “processo dispositivo” para indicar aquele em que se lhe impõem limitações mais acentuadas, reservando às partes, na substância, o papel principal.

Tais denominações são bastante equívocas. Com efeito: em primeiro lugar, na faixa contínua que liga os extremos, tem sempre algo de arbitrário o traçado da fronteira entre os dois territórios. Ademais, a divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes não suscita *um único* problema, senão, muito ao contrário, *uma série* de problemas distintos, para os quais é possível adotar soluções também diferenciadas. Por exemplo: fala-se de “princípio dispositivo” a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração. Daí proclamar a generalidade dos estudiosos que não existe processo “puramente” inquisitivo, nem processo “puramente” dispositivo¹.

(*) Texto de palestra proferida em 27.11.2002. Acrescentaram-se as notas.

¹ A afirmação é tão corrente que, a rigor, dispensaria citações; em todo caso, veja-se, por todos, TARUFFO, “La prova dei fatti giuridici”, vol. II, t. 2, do *Trattato di diritto civile e commerciale* de CICU-MESSINEO-MENCONI, Milão, 1992, p. 22.

2. Idéia que se insinuou no pensamento da doutrina é a da existência de uma vinculação entre o modelo processual preferido pelo legislador e o tipo de regime político vigente no momento da opção. A predominância do “princípio dispositivo” corresponderia a um regime “liberal”, a do “princípio inquisitivo” a um regime “autoritário”.

Seria ingênuo negar que a índole do regime político tem reflexos no campo processual. Nenhuma província do direito é politicamente “neutra”. Decerto, o processo penal, por óbvias razões, costuma refletir com maior intensidade as diretrizes políticas vigentes do que o processo civil; mas este de maneira alguma está imunizado a semelhante influência. A observação atenta da experiência histórica, porém, não confirma a tese de uma vinculação constante e necessária entre a prevalência dos traços “inquisitivos” e a feição autoritária do regime político, ou entre a prevalência dos traços “dispositivos” e a feição liberal desse regime.

Dois exemplos ilustrarão suficientemente o dito. Um dos “pontos sensíveis” de nossa problemática é o da iniciativa em matéria de prova. Enxergam alguns traço de autoritarismo na assunção *ex officio* de poderes instrutórios pelo órgão judicial ². Ora, o art. 37, 2ª parte, da lei suíça sobre o processo civil federal, de 1947, autoriza o juiz a “ordenar provas que as partes não hajam proposto”; o art. 10 do Código de Processo Civil francês, de 1975, estatui que “o juiz pode ordenar de ofício todas as medidas de instrução legalmente admissíveis”. A ninguém de juízo são ocorrerá pensar que a Suíça, em 1947, e a França, em 1975, viviam sob regimes políticos “autoritários”.

3. São de natureza diversificada os poderes exercidos pelo órgão judicial no processo. Nem todos, bem se sabe, têm caráter jurisdicional: há os de índole administrativa, como os arrolados no art. 445 do nosso Código de Processo Civil, que usa a expressão “poder de polícia”: “manter a ordem e o decoro na audiência” (inciso I), “ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente” (inciso II), “requisitar, quando necessário, a força policial” (inciso III).

Mais importantes, sem dúvida, são os poderes de caráter jurisdicional. Várias classificações desses poderes têm sido propostas em sede doutrinária. Não vem ao caso passá-las em revista aqui, senão apenas registrar quão difícil é formular uma que na verdade esgote as múltiplas atribuições outorgadas ao juiz. Afigura-se preferível salientar determinadas espécies de maior relevância. Os principais poderes do juiz, compreende-se, são os relacionados com a atividade *decisória*; não é por acaso que ao propósito desta se tem falado de “poder-fim” ³, por oposição aos “poderes-meios”. Dentre estes últimos, de

² Assim, por exemplo, MONTERO AROCA, “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad”, no vol. *Relatorias y ponencias sobre Derecho Procesal* das XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, San José, 2000, t. II, pp. 332/3. A exemplificação do autor recorre a casos em que Estados totalitários abraçaram a orientação de aumentar poderes do juiz; mas isso mostra somente que o fenômeno não é exclusivo de ideologia alguma.

³ V.g., SATTI, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Pádua, 1959 (reimpressão), p. 136, o qual, para sermos exatos, falava, em termos mais amplos, do “*potere di dichiarare e realizzare (coattivamente) il diritto*”.

feição instrumental, merecem ressaltos os poderes de direção do processo, os poderes instrutórios e os poderes de coerção.

4. É intuitivo que, em qualquer ordenamento, o poder de decidir se atribuído eminentemente ao órgão judicial. Com isso não se quer dizer que fique excluída para os litigantes a possibilidade de determinar o conteúdo da solução da lide: sendo disponível a relação jurídica controvertida, pode acontecer que o desfecho resulte de ato unilateral ou bilateral das partes: renúncia à pretensão ou reconhecimento do pedido, no primeiro caso, transação, no segundo. A transação vem até merecendo tratamento particularmente favorável das leis modernas, que estimulam os litigantes à conciliação, à composição consensual do conflito de interesses. De todo modo, quando não se obtém semelhante resultado, é óbvio que no processo caberá ao juiz, e a mais ninguém, proferir decisão. Variam, contudo, os limites postos ao exercício desse poder: a tradição do direito ocidental ⁴, no particular, é a de que, ao menos em regra, o órgão judicial está adstrito a julgar no âmbito do pedido, e só nele (*ne eat iudex ultra vel extra petita*; para a indicação de uma exceção recentemente introduzida no ordenamento brasileiro, *vide, infra*, n° 8).

No que tange à direção do processo e à instrução probatória, é costume opor dois modelos, um que dá primazia ao juiz, confiando-lhe, naturalmente com observância dos parâmetros legais, a marcação do ritmo procedimental e larga iniciativa na coleta de provas, outro que deixa às partes, em maior medida, tais cuidados. Habitualmente se identifica o primeiro modelo com o direito da Europa continental e dos países que em substância o receberam, como os latino-americanos, e o segundo modelo com o chamado *common law*, característico dos povos anglo-saxônicos.

Essa dupla correlação, sem embargo do interesse que possa conservar como índice de tendências gerais, não espelha hoje a realidade de modo inteiramente fiel. Recente evolução do direito norte-americano fez emergir a figura do *managerial judge*, em diversos aspectos distanciada da imagem tradicional de um "árbitro" que assistisse qual espectador passivo à luta das partes e apenas interviesse para assegurar o *fair play* ⁵. Na Inglaterra, a transformação é talvez mais sensível e remonta a época anterior às *Civil Procedure Rules* em vigor desde 1999, cuja edição assinalou o ponto mais saliente, até agora, de um progressivo afastamento das posições clássicas do denominado *adversary system* ⁶. Por outro lado, no continente europeu, notam-se movimentos no sentido

nel caso concreto’, aí compreendidos, por conseguinte, poderes inerentes à atividade executiva.

⁴ O adjetivo não está empregado aí em sentido estritamente geográfico, mas abrange os ordenamentos de países que, noutros quadrantes, adotaram, com maior ou menor rigor, modelos processuais de corte europeu ou americano. Sirvam de exemplo a Turquia e o Japão.

⁵ Cf., recentissimamente, CHASE, "American 'Exceptionalism' and Comparative Procedure", in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50 (2002), p. 298: "To be sure, recent changes in American litigation rules have tended to enhance the role of the court in relation to the parties: the whole concept of 'managerial judging' centers on the power and responsibility of the judge to move the case along, to promote settlement if possible, and at the very least to get to the trial promptly".

⁶ Sobre o referido diploma, *vide* BARBOSA MOREIRA, "Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, S. Paulo, 2001, pp. 179 e segs; na doutrina ingle-

contrário, como o cerceamento das iniciativas instrutórias do juiz na nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, de 2000, que, suprimindo as antigas *diligencias para mejor proveer*, restringe às hipóteses legalmente previstas o poder do órgão judicial de ordenar de ofício a realização de provas (art. 282, 2ª parte) ⁷.

5. Filia-se o ordenamento processual brasileiro, notoriamente, à chamada família romano-germânica ⁸, se bem que exiba, aqui e ali, marcas de infiltrações de origem norte-americana. Na Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Civil lê-se a afirmação de que ele “consagra o princípio dispositivo” (Capítulo IV, nº III, item 18). A imprecisão semântica da expressão, todavia, reclama esclarecimento. É indubitável que o diploma de 1973 segue, em pontos capitais, algumas das diretrizes tradicionalmente vistas como típicas do “processo dispositivo”. A instauração do feito depende, em regra, da iniciativa da parte (art. 262, *principio*); e a exceção aberta para o inventário (art. 989) nenhuma repercussão vem tendo na prática do foro. Também cabe à parte fixar o objeto do processo, vedado o julgamento *extra* ou *ultra petita* (arts. 128, 458, 459, 1ª parte); aí, contudo, tornam-se indispensáveis certos reparos, que virão a seu tempo. É dado aos litigantes pôr termo ao pleito, mediante autocomposição da lide, por ato unilateral – reconhecimento do pedido, renúncia à pretensão – ou bilateral – transação (art. 269, incisos II, V e III, respectivamente), sem que se permita ao juiz, desde que validamente praticado o ato, deixar de chancelá-lo. A interposição de recurso por uma só das partes não abre ao órgão *ad quem* a possibilidade de proferir decisão mais favorável àquela que não recorreu (proibição da *reformatio in peius*) ⁹.

sa, o sugestivo (desde o título) artigo de ANDREWS “A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone””, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 19 (2000), pp. 19 e segs. Acerca das mudanças antecedentes, JOLOWICZ, “A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversary system?”, tradução do autor deste trabalho, in *Rev. For.*, vol. 328, pp. 61 e segs.

⁷ Na Exposição de Motivos, nº VI, está dito que a lei se inspira no “princípio dispositivo” e daí se conclui: “*Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta conforme a Derecho*”. Reparo intuitivo é o de que uma “resposta conforme ao direito” deve basear-se em fatos cuja ocorrência se haja devidamente comprovado, e portanto, para pôr-se em condições de dá-la, é lógico que o juiz inclua entre seus cuidados semelhante comprovação. Em relatório apresentado às XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (Montevideú, 2002), sob o título “El proceso civil y su futuro”, e ainda não publicado, mas do qual gentilmente nos forneceu cópia o autor, VÁZQUEZ SOTELO qualifica a modificação operada na legislação espanhola como “*una regresión histórica verdaderamente increíble*” (item IX, Poderes e iniciativas instrutórias del juez).

⁸ O agrupamento dos sistemas jurídicos em “famílias”, questão de que se ocupam os comparatistas, é naturalmente esquemático e comporta flexibilizações, mas conserva interesse como indicador genérico de afinidades e contrastes; parece exagero relegá-lo à condição de “mito”, conforme quer CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., vol. I, S. Paulo, 2002, pp. 172/3. Aliás, esse mesmo autor, noutros passos da obra, faz uso do conceito, ainda que relativizado: *vide*, por exemplo, as referências feitas na p. 286.

⁹ Apesar da inexistência de disposição proibitiva expressa, o ponto é pacífico: *vide* BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 10ª ed., Rio de Janeiro, 2002, pp. 433 e segs., com abonações jurisprudenciais em a nota 53 à p. 433 (quanto à relação com o chamado princípio dispositivo, pp. 434/5).

Já no que concerne à participação ativa do juiz na instrução probatória, o art. 130 é claro em atribuir-lhe o poder de determinar as provas necessárias, “de ofício ou a requerimento de parte”. Tem esse texto alcance genérico. Outras disposições, que contemplam hipóteses específicas, devem reputar-se meramente explicitantes: assim, o art. 342, que autoriza o órgão judicial a ordenar, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; o art. 355, que lhe faculta determinar a exibição de documento ou de outra coisa, em poder da parte; o art. 399, segundo o qual ele requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, “as certidões necessárias à prova das alegações das partes” e os autos de “procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município ou as respectivas entidades da administração indireta”; o art. 440, que permite ao órgão judicial inspecionar pessoas ou coisas; etc. A mesma orientação, cabe notar de passagem, vê-se corroborada em diplomas processuais mais recentes, por exemplo a Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que regula os Juizados Especiais no plano estadual, e cujo art. 5º, *princípio*, é categórico: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”. Bem se sabe que, na prática, os juízes brasileiros, e não só os brasileiros, fazem escassa aplicação de normas desse tipo e se contentam, as mais das vezes, com a contribuição trazida voluntariamente pelas partes. O fenômeno tem causas diversas, algumas justificáveis, como a sobrecarga de trabalho, outras menos. Nítida, entretanto, é a posição do ordenamento.

6. Ao longo dos últimos dez anos, vem sofrendo o Código de Processo Civil uma série de modificações, que de início visavam a simplificar, a desburocratizar o procedimento, eliminando formalidades inúteis, e a dissipar dúvidas suscitadas por textos obscuros, mas pouco a pouco assumiram iniludivelmente proporções mais vultosas. A faina reformadora, vale observar, não constitui singularidade de nosso país no panorama contemporâneo: por toda parte fervilham anseios de mudança, a refletir uma insatisfação difusa com o funcionamento da Justiça civil, e elaboram-se códigos novos ou alteram-se os existentes ¹⁰.

Importa verificar a direção geral dessas inovações, do ponto de vista que aqui nos interessa, ou seja, no que respeita aos poderes do juiz. Pelo prisma comparativo, vê-se com facilidade que predomina amplamente a tendência a reforçá-los, em mais de um aspecto. Caso sobremodo interessante, pela carga de novidade que levou a sistema tradicionalmente apegado ao *adversary system*, é o já mencionado das *Rules of Civil Procedure* inglesas ¹¹. Também na refor-

¹⁰ Para uma resenha dos principais marcos do movimento reformador, até 1995, vide BARBOSA MOREIRA, “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, S. Paulo, 1997, pp. 45 e segs. À enumeração que ali se fez seria hoje mister acrescentar, entre outros exemplos, o novo Código de Processo Civil japonês, de 1996, as *Rules of Civil Procedure* inglesas, em vigor desde 1999, a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, de 2000, e a recente reforma do processo civil alemão, levada a cabo em 2001.

¹¹ Permitimo-nos remeter o leitor, de novo, ao trabalho cit. em a nota 5, *supra*.

ma alemã há sinais no mesmo sentido: assim, *v.g.*, o poder que tinha o juiz de ordenar à parte a apresentação de documentos em seu poder, aos quais ela houvesse feito menção, estende-se agora aos documentos a que *a parte contrária* se refira, e a ordem de apresentação pode dirigir-se igualmente a terceiros, desde que isso lhes seja exigível e não ocorra qualquer das hipóteses de recusa legítima a depor na condição de testemunha (*ZPO*, § 142, 1ª e 2ª alíneas, na redação dada pela lei de 27.7.2001).

Não surpreende, pois, que as leis modificativas de nosso estatuto processual venham tratando igualmente de incrementar os poderes do órgão judicial. Esse traço ressalta à primeira vista na paisagem desenhada pelas reformas, com particular relevo no que tange à direção do processo. Vejamos alguns exemplos:

a) Embora a tradição do ordenamento pátrio incluía o controle judicial da demanda, a partir do primeiro contacto do juiz com a postulação do autor, na sistemática primitiva do Código, se fosse indeferida a petição inicial, não se facultava ao magistrado reconsiderar o indeferimento, por mais que se convencesse de haver errado ao decretá-lo. De acordo com a redação dada ao art. 296 pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, caso o autor apele, o órgão judicial pode reformar sua própria decisão, para deferir a inicial;

b) O parágrafo único do art. 46, introduzido pela mesma lei, autoriza o juiz a “limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa”. A admissão do litisconsórcio facultativo, com efeito, visa a atender a imperativos de economia processual; sob certas circunstâncias, todavia, pode revelar-se contraproducente, como vinha sucedendo em pleitos de servidores públicos, reunidos às centenas, quando não aos milhares, a tornar extremamente árdua a tarefa de examinar cada situação individual, não só para o réu, ao contestar, senão também para o próprio órgão judicial, no momento de julgar;

c) O juízo *a quo* já tinha competência para apreciar a admissibilidade da apelação, mas só podia exercê-la uma única vez; caso admitisse o recurso, não lhe era lícito voltar atrás, ressalvada a hipótese de deserção. Com o advento da Lei nº 8.950, de 13.12.1994, depois de oferecida a resposta do apelado, passou a facultar-se ao juiz o reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso e, eventualmente, o respectivo trancamento (art. 518, parágrafo único);

d) No segundo grau de jurisdição, assumem realce a possibilidade, aberta ao relator, de dar efeito suspensivo, sob determinadas condições, a recurso que não o tenha por força de lei (arts. 527, n° III, e 558 e seu parágrafo único, desde a Lei n° 9.139, de 30.11.1995), e, mais recentemente, a de converter o agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, n° II, tal qual redigido por força da Lei n° 10.352, de 26.12.2001).

7. Merece consideração especial o caso da audiência a princípio chamada de conciliação e depois rebatizada de audiência preliminar. Foi ela introduzida no procedimento ordinário pela Lei n° 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 331, determinando a realização da audiência nas hipóteses em que fossem incabíveis a extinção do processo nos termos do art. 329 e o julgamento antecipado da lide segundo o art. 330, e além disso versasse a causa sobre direitos disponíveis. Esse último requisito foi objeto de críticas, com o argumento de que o objetivo da audiência não se cingia à tentativa de conciliação; houve até quem sustentasse que, a despeito do teor literal do dispositivo, a audiência deveria realizar-se inclusive nos casos de indisponibilidade do direito controverso, suprimida apenas a tentativa de conciliação ¹². Ao nosso ver, a audiência só cabia quando disponível o direito; por outro lado, em tal hipótese, ela era obrigatória, vedado ao órgão judicial dispensá-la, e de maneira alguma se facultava a este consultar as partes, para que declarassem se a desejavam ou não: os juízes que assim procediam, abdicando de um poder-dever que lhes outorgava a lei, frontalmente a infringiam.

Agora, no entanto, a matéria sujeita-se à nova disciplina estabelecida pela Lei n° 10.444, de 7.5.2002. Consoante a redação por ela dada ao art. 331, § 3º, “se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção de provas, nos termos do § 2º”. Parece-nos que o texto contém duas prescrições distintas: a primeira afasta categoricamente o cabimento da audiência preliminar, sempre que indisponível o direito controverso; a segunda deixa ao órgão judicial uma alternativa entre realizar ou não a audiência mudança que nos interessa particularmente, como sinal de ampliação do poder de dirigir o processo.

A inovação tem precedentes no direito comparado. Sempre que se fala em audiência preliminar, vem à balha o código austríaco de 1895, em que o instituto adquiriu valor emblemático e foi cantado em prosa e verso pelos entusiastas da oralidade. Para surpresa de muitos, uma lei de 1983 veio a tornar facultativa a realização da audiência, a critério do órgão judicial, que passou a poder suprimi-la, quando haja razões para presumir, à vista do conteúdo da demanda e dos documentos apresentados pelo autor, que o réu se disporá a

¹² Assim, CÂNDIDO DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, pp. 124/5.

combater (*"dass sich der Beklagte in den Rechtsstreit einlassen wird"*), isto é, que não propenderá para uma solução consensual (ZPO, § 243, 4ª alínea). Note-se que a opção entre realizar ou não a audiência *precede* a contestação e baseia-se exclusivamente em elementos trazidos *pelo autor*, é de supor que, no sistema brasileiro, o juiz possa ter dados mais consistentes, à vista da resposta do réu, para aquilatar a probabilidade ou improbabilidade de acordo entre as partes.

Também o direito português confere ao órgão judicial a possibilidade de dispensar a audiência preliminar em certas hipóteses. Elas estão previstas nos dois incisos do art. 508-B, introduzido no Código de Processo Civil pelo Dec.-lei nº 180, de 25.9.1996. O denominador comum é a *simplicidade*: ou a da própria causa (inciso I) ou a da apreciação das chamadas exceções dilatórias (inciso II).

Quando o legislador torna facultativa a audiência preliminar, leva em conta que sua realização apresenta vantagens e desvantagens, e portanto é preferível excluí-la nos casos em que estas presumivelmente superarão aquelas. O que chama a atenção, pelo ângulo em que nos colocamos neste trabalho, é o fato de que ele renuncia a enumerar aprioristicamente esses casos, confiando no discernimento do juiz para identificá-los. Como quer que se valore tal solução, não deixa de manifestar-se aí, mais uma vez, a tendência ao incremento dos poderes judiciais de direção do processo. Ressalve-se que no particular não existe, a rigor, *discricionariedade*: a opção do juiz não é inteiramente livre. Uma de duas: ou o material constante dos autos aponta de forma inequívoca no sentido da improbabilidade do acordo, e o órgão judicial *não deve* realizar a audiência, ou se dá o contrário, e o órgão judicial *não pode deixar* de realizá-la. Na primeira hipótese, adite-se, cumpre ao juiz, no ato escrito de saneamento do feito, expor as razões pelas quais lhe pareceu improvável a solução consensual do litígio. Seja como for, não há dúvida de que também aqui se lhe concede apreciável latitude.

8. Aludimos há pouco aos poderes de coerção, isto é, àqueles cujo exercício visa a obter compulsoriamente a prática ou a abstenção de determinados atos. Trata-se de poderes inerentes à condição de órgão público, de que o juiz se acha investido. Por isso mesmo, não os têm os árbitros, que precisam valer-se do auxílio da Justiça estatal quando, por exemplo, querem fazer vir à sua presença uma testemunha recalcitrante (Lei nº 9.307, de 23.9.1996, art. 22, § 2º, *fine*).

O terreno principal em que os ordenamentos costumam recorrer a medidas coercitivas é o dos deveres de fazer ou de não fazer, não cumpridos espontaneamente. Tais medidas podem ser de duas espécies: pessoais e patrimoniais. No direito brasileiro é tradicional a preferência pelas medidas patrimoniais, até em razão da proscricção constitucional da prisão do devedor, salvo hipóteses excepcionais (hoje, Carta de 1988, art. 5º, nº LXVII). A legislação pátria sempre abriu espaço a cominações daquele tipo, notadamente em matéria de execução de obrigações com prestação infungível, como nos exemplos clássicos do pintor famoso que se recusa a pintar o quadro prometido, ou o do pianista renomado que reluta em dar o concerto a que se obriga.

Reformas recentes do Código de Processo Civil vêm aumentando de modo considerável a esfera de atuação das medidas coercitivas. O art. 461, a que a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, deu nova redação, mutuada do Código de Defesa do Consumidor, prevê em termos *gerais*, no campo das obrigações de fazer ou não fazer, a imposição de multa diária, na liminar ou na sentença que acolha o pedido, para o caso de descumprimento do prazo fixado ao devedor renitente¹³. Registre-se que a medida já estava prevista no art. 645, para a execução de obrigações de fazer ou não fazer com fundamento em título extrajudicial. Disposições análogas vieram a ser introduzidas pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, com referência à entrega de coisa, seja por força de sentença (art. 461-A, § 3º), seja em execução fundada em título extrajudicial (art. 621, parágrafo único, nova redação).

Aspecto que cumpre ressaltar é o de que, para impor a multa, o juiz prescinde de pedido do autor, inclusive em caso de imposição na sentença. Nesse sentido é expresso o § 4º do art. 461. Tem-se aí nova exceção, que se soma às já antes previstas no Código (arts. 20, 293), à regra da congruência entre sentença e pedido – e, por conseguinte, nova atenuação do princípio dispositivo, nessa particular projeção¹⁴. Ainda outra manifestação do alargamento dos poderes do órgão judicial é a possibilidade, que se lhe abre, de modificar, também de ofício, o valor ou a periodicidade da multa, nos termos do § 6º, acrescentado ao art. 461 pela Lei nº 10.444, e ao qual faz remissão, por sua vez, o art. 644, na redação dada pela mesma lei.

9. Esta resenha ficaria incompleta se não aludisse, posto que brevemente, à progressiva dilatação dos poderes do relator, no procedimento recursal. A tradição do direito pátrio conferia-lhe exclusivamente atribuições relacionadas com o *processamento* do recurso; reservava-se o julgamento ao órgão colegiado. No texto originário do Código, o art. 557 criava exceção a essa regra, para permitir ao relator do agravo de instrumento indeferi-lo quando “manifestamente improcedente”; mas tratava-se de caso isolado.

Uma série de reformas foi pouco a pouco imprimindo nova feição ao sistema, no particular¹⁵. Culminou o processo evolutivo – por enquanto! –

¹³ Se com isso se ampliou, em nosso direito, o elenco das sentenças (e ações) mandamentais é questão cuja solução depende do conceito que se adote para definir tal categoria; dela não nos podemos ocupar no momento. Para uma discussão do problema, vide BARBOSA MOREIRA, “A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, S. Paulo, 2001, pP. 53 e segs.

¹⁴ Pode suceder, naturalmente, que o autor *haja pedido* a imposição da multa. No sistema primitivo do Código, segundo a melhor doutrina, se o autor pleiteava a tutela específica, *devia*, nos termos do art. 287, de teor imperativo (“constará”), incluir a cominação na inicial; hoje, à luz da nova redação dada ao dispositivo pela Lei nº 10.444, a inclusão é facultativa (“poderá requerer”). A modificação obviamente visou a pôr o art. 287 em consonância com as disposições que atribuem ao juiz o poder de impor a multa *ex officio*. Sobre a evolução do ordenamento, na matéria, vide, antes mesmo da Lei nº 10.444, a exposição de CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1998, pp. 180 e segs.

¹⁵ Para uma resenha, vide BARBOSA MOREIRA, “Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos civis”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série (cit. em a nota 12), pp. 71 e segs., espec. 73/6, e também “Reformas do CPC em matéria de recursos”, in *Rev. For.*, vol. 354, pp. 181/2.

com a Lei nº 9.756, cuja redação, por sinal, se esmerou em desprezar as regras da boa técnica legislativa. Em parágrafo acrescentado ao art. 557 e curiosamente designado como § 1º-A, apesar de situado *antes* do § 1º, esse diploma investiu o relator (de qualquer recurso) do poder de dar-lhe provimento por decisão monocrática, se a recorrida “estiver em manifesto confronto” (leia-se conflito) “com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Caso se persista em caminhar no mesmo sentido, a relação regra – exceção, mais dia, menos dia, estará invertida, e excepcionais passarão a ser os julgamentos colegiados de recursos ¹⁶.

10. Até aqui, procuramos mostrar como o ordenamento processual de nosso país vem evoluindo constantemente no sentido de reforçar os poderes do órgão judicial e o fato de que a evolução se esteja processando à sombra de instituições politicamente democráticas só faz trazer mais um desmentido à tese da vinculação entre semelhante reforço e o caráter *autoritário* do regime vigente.

Uma coisa, entretanto, é o texto legal, outra a maneira como os juízes concretamente o aplicam – ou deixam de aplicá-lo... Já se aludiu à escassez, na prática judiciária, das iniciativas tomadas *ex officio* em matéria de prova. Os poderes de direção do processo nem sempre são exercidos de modo eficaz, por mais de uma razão, entre as quais sobressai o fato de que o pleito não raro passa sucessivamente pelas mãos de vários magistrados. O princípio da identidade física, mesmo restritamente entendido, como identidade entre o juiz “que concluir a audiência” e o que julgar a lide, sofreu atenuações no art. 132 do Código nacional. Para dizer a verdade, o ideal seria que *todo* o processo se desenvolvesse em primeiro grau sob direção única, do primeiro ao último ato. Não se pode esperar que um juiz controle com a necessária firmeza a marcha do pleito, se sabe que, mais cedo ou mais tarde, será substituído no comando. O ideal, por definição, é sem dúvida inatingível: quando nada em caso de morte, sem falar de outros menos dramáticos, inexistente alternativa para a substituição. Seria de desejar, porém, que as normas de organização judiciária cuidassem de impedir que se converta em regra geral um permanente rodízio, consoante vem acontecendo em não poucos casos.

Naturalmente, ponto capital é a preparação dos magistrados para os encargos de direção do processo. Os *erros in procedendo* costumam gerar complicações e incidentes que procrastinam o desfecho do pleito e geram inconvenientes graves, inclusive aumentos de despesa, para o litigante que tem razão. Basta pensar em decisões equivocadas acerca de competência, às quais se segue quase sempre um cortejo de conflitos, recursos, decretações de nulidade, tudo com lamentável desperdício de tempo, energias e dinheiro. À semelhança do

¹⁶ No direito alemão, convém registrar, nota-se tendência análoga a concentrar em membros individuais do tribunal colegiado poderes decisórios em matéria de recursos, nomeadamente da apelação. Nesse sentido, é significativo o § 526, 1ª alínea, da ZPO, na redação dada pela lei de 27.7.2001. A orientação vem sendo ali adotada, no entanto, de modo mais cauteloso: basta ver que o *Einzelrichter* só se investe da função de decidir mediante delegação do colegiado, subordinada a certos pressupostos.

dolo, da fraude, da omissão ou do retardamento injustificável, previstos no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados às partes.

Ainda a propósito dos poderes de direção, se nos permitem um parêntese breve, é oportuno advertir que, mesmo independentemente das reformas do Código, muito era e é possível extrair dos princípios por ele abraçados, notadamente do dever, imposto ao juiz pelo art. 125, n° II, de “velar pela rápida solução do litígio”. Por exemplo: se um dos devedores solidários, demandado pelo credor, requer o chamamento ao processo dos outros devedores, invocando o art. 77, n° III, toca ao órgão judicial verificar se o requerimento porventura não se resolve em simples manobra procrastinatória, conforme ocorrerá, com toda a probabilidade, quando o réu pleiteie o chamamento de pessoa notoriamente insolvente, ou domiciliada em país estrangeiro, onde seja difícil o cumprimento de rogatória para a citação. Em hipóteses do gênero, não deve o juiz hesitar em indeferir o requerimento.

Quanto aos amplíssimos poderes concedidos hoje aos relatores em órgãos de grau superior, impõe-se ao nosso ver discurso matizado. Admita-se que, aliviando a carga de trabalho dos colegiados, disposições do gênero contribuam para abreviar o itinerário do processo e, nessa medida, beneficiem os jurisdicionados. Sobre tal suposição pesa uma hipoteca, porque a decisão do relator comporta necessariamente impugnação perante o colegiado, mediante agravo, e, se a parte se valer desse novo recurso, estará reduzida a nada a pretensa vantagem. É certo que o legislador procurou desestimular a interposição do agravo, cominando, no § 2° do art. 557 (com a redação dada pela Lei n° 9.756), “multa entre um e dez por cento o valor corrigido da causa”, a cujo pagamento se condenará o agravante, sempre que o recurso for “manifestamente inadmissível ou infundado”; além disso, a interposição de qualquer outro recurso ficará “condicionada ao depósito do respectivo valor”. A disposição é criticável por mais de um aspecto, a começar pela escolha da base de cálculo da multa: a essa altura, o valor da causa tem pouquíssima relevância, e nenhuma relação com o problema. Ajunte-se que a cláusula final cerceia com rigor excessivo o direito de recorrer¹⁷.

É de bom alvitre que o relator exerça com algum comedimento os poderes decisórios que se lhe conferem, sobretudo os contemplados no art. 557, § 1°-A. Na aplicação desse dispositivo, deve ele ter em vista, entre outras coisas, que o conceito de “jurisprudência dominante” não possui contornos precisos, que o predomínio desta ou daquela tese pode e costuma variar com o tempo, mesmo no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, e que por conseguinte seria erro grave arvorar sempre em critério definitivo e imutável, digno de sobrepor-se a tudo mais, uma tendência contingente, embora reitera-

¹⁷ Por esse aspecto, não seria desarrazoado cogitar de sua incompatibilidade com a garantia insculpida no art. 5°, n° LV, fine, da Carta da República. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, negou a existência de inconstitucionalidade, no julgamento dos Emb. Decl. no Ag. Reg. no Rec. Extr. n° 244.269, em 22.2.2000, in *Rev. dos Trib.*, vol. 779, p. 169.

da, a dar a tal ou qual norma determinada interpretação. Enquanto nosso ordenamento não incorporar o princípio da eficácia vinculante de precedentes, casos haverá em que se mostre preferível abrir ao colegiado a oportunidade de pesar os prós e os contras da adesão estrita à diretriz neles firmada, por mais alta que seja a fonte de onde emanam.

11. O incremento dos poderes do juiz tem de ser encarado e utilizado como instrumento da boa prestação jurisdicional. O lado mais visível, mas não o único, é o da duração do processo, que tudo se há de fazer para não alongar mais que o necessário. Outros aspectos merecem consideração: facultar ao órgão judicial mais largas iniciativas instrutórias pode concorrer para equilibrar em certa medida as diferenças de recursos das partes, e com isso dar ao contraditório efetividade capaz de fazê-lo descer do plano das puras abstrações dogmáticas para o das necessidades concretas e encarnadas, aqui e agora, da realização da Justiça.

A correta valoração das reformas, aqui como alhures, exigiria que dispuséssemos de dados objetivos sobre o impacto por elas produzido no cotidiano forense. Para avaliar o que realmente vêm significando, precisaríamos saber como estava a situação antes delas e como passou a estar depois. Infelizmente, estatísticas judiciárias não são o nosso forte: ou simplesmente inexistem, ou, quando existem, nem sempre se mostram acessíveis e fidedignas. Ficamos constrangidos, assim, a emitir juízos fundados em meras impressões. Ora, o impressionismo, que produziu obras-primas na arte, em direito nada produz senão chavões sem compromisso com a realidade e cientificamente imprestáveis.

Voltemos ao exemplo da audiência outrora chamada de conciliação, hoje preliminar. Sua inserção no *iter* processual foi e é uma faca de dois gumes: se se consegue promover o acordo das partes, ela abrevia o pleito em medida considerável; no caso contrário, só faz prolongá-lo, sem que outros eventuais benefícios compensem por força a desvantagem. A modificação introduzida pela Lei nº 10.444 no § 3º do art. 331, no sentido de permitir ao juiz que deixe de realizar a audiência, quando as “circunstâncias da causa” tornarem improvável a solução consensual, terá refletido, presume-se, mudança de posição do legislador quanto à obrigatoriedade da realização, no âmbito dos direitos disponíveis. Prevaleceu, salta aos olhos, o entendimento de que os prós não superam sempre e necessariamente os contras. Estamos, porém, condenados a ignorar em que se baseou o legislador para, em 1994, considerar que era aconselhável dar caráter obrigatório à audiência, naquele terreno, e em que se baseou para, em 2002, chegar à conclusão de que mais valia confiar no critério do órgão judicial. Com efeito, não se tem notícia de pesquisas ou levantamentos de dados, anteriores ou posteriores a cada alteração, cujos resultados justificassem o vaivém.

É mais que tempo de mudar de atitude. Uma avaliação digna desse nome pressupõe o conhecimento tão completo quanto possível do objeto avaliado. Urge averiguar, com métodos tecnicamente idôneos, *se e como* estão os juízes exercitando os seus acrescidos poderes em nosso foro civil, e que resultados se vêm colhendo do ponto de vista da efetividade do processo que é, não nos esqueçamos, a causa final e a razão de ser de toda e qualquer reforma processual.

Novembro de 2002.

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