

PROVA E JURISDICIONALISMO NO NOVO CPC BRASILEIRO[®]
EVIDENCE AND JUDICIAL POWER IN THE
NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE

André Cordeiro Leal*
Vinício Lott Thibau**

RESUMO

Com base no método lógico-dedutivo do racionalismo crítico de Karl R. Popper, o texto busca testar a hipótese de que o Novo Código de Processo Civil brasileiro reproduz polissemias em torno da prova já presentes no Código de Processo Civil de 1973, mantendo intocada, exatamente por isso, a impossibilidade de sistematização do instituto. Para tanto, apresenta argumentos que visam a sustentar a afirmação de que as confusões conceituais do novo código derivam, basicamente, de seus fundamentos teóricos, os quais ainda rendem homenagens às lições pseudocientíficas do processualismo de Oskar von Bülow. A partir daí, conclui que o Novo Código de Processo Civil brasileiro apenas radicaliza o solipsismo judicial já presente no Código de 1973, em nada colaborando para a implementação da democraticidade jurídica pretendida pela Constituição de 1988.

Palavras-chave: Novo CPC; prova; jurisdicionalismo; democraticidade jurídica.

ABSTRACT

Based on the logical-deductive method of critical rationalism of Karl R. Popper, the text tests the hypothesis that the New Brazilian Code of Civil Procedure polysemies around the evidence, already contained in the 1973 Code of Civil Procedure keeps untouched the inability to systematize the institute. It presents arguments aimed at supporting the assertion that the conceptual confusion of the new code is derived primarily from its theoretical foundations, which still renders homage to the lessons of pseudoscientific processualism of Oskar von Bülow. From there, it concludes that the New Brazilian Code of Civil Procedure only radicalizes the judicial solipsism already present in the 1973 Code, nothing collaborating for the implementation of the constitutional democracy provided for in the Constitution of 1988.

KEY-WORDS: New Brazilian Code of Civil Procedure; evidence; judicial power; constitutional democracy.

[®] Ensaio publicado originalmente na Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n. 28, p. 99-107, jan./abr. 2016.

* Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular da Universidade FUMEC, onde leciona nos cursos de Graduação (Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil) e Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia). Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil no curso de Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto de Educação Continuada (IEC – PUC Minas). Diretor de Pesquisa do INPEJ – Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Advogado e Economista.

** Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, nas modalidades integral e convencional. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Presidente da Comissão de Estudos sobre o Novo CPC da Escola Superior Dom Helder Câmara. Diretor de Estudos Especiais do INPEJ – Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Ao reproduzir os equívocos e indistincões de que padece o Código de Processo Civil de 1973, um dos pontos mais obscuros do Novo CPC talvez esteja no tratamento que dispensa ao instituto da prova. Vê-se que a prova ora é entendida como meio, ora como atividade ou como resultado, a despeito de, em qualquer dessas significações, estar sempre destinada à formação da convicção judicial sobre a verdade dos fatos afirmados e negados no procedimento.

Essa pseudoconfusão não é casual. Ela deriva, como se demonstrará ao longo do texto, da assimilação, pelo Novo CPC, de uma compreensão jurisdicionalista da decisão jurídica já pressuposta na teoria do processo como relação jurídica de direito público que Oskar von Bülow adota quando propõe a sistematização do direito processual.

É por isso que, ao recepcionar, sem mais, as categorias que se criaram pela dogmática processual de fundo bülowiano, o Novo CPC, longe de apresentar quaisquer inovações teóricas, apenas reproduz a violência estrutural que se oculta no pressuposto de que a jurisdição é atividade monopolística de dicção do sentido fático-normativo pelo juiz, com redução do cidadão à condição de mero destinatário do dizer judicial – ou, como quer a exposição de motivos da Lei nº 13.105/15, ao *status* de mero jurisdicionado.

Embora esteja a merecer aplausos de boa parte da doutrina que se apressa em produzir comentários abonadores da novidade legislativa, é necessário, portanto, investigar se os cognominados fundamentos do Novo CPC são compatíveis com a Constituição brasileira de 1988, apontando-se, a partir daí, como foi possível à codificação recém-publicada permanecer indiferente às complexas indagações que a prova suscita na constitucionalidade democrática.

2 O CONCEITO DE PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Segundo Antonio Dellepiane (2004, p. 21), a diversidade de acepções do vocábulo prova no direito processual é determinativa da primeira dificuldade enfrentada na análise da temática probatória. É que, na dogmática jurídica, embora a prova seja majoritariamente conceituada como meio ou como conjunto de meios tendentes à formação da convicção do

jugador quanto à verdade dos fatos,¹ também é habitualmente definida, ora como a atividade que conduziria a este convencimento, ora como o resultado obtido pelo exercício da atividade ou do emprego de meios, que, igualmente, influi na convicção do magistrado.

Assim é que, pelos escritos a que se faz referência, é instalado “um vocabulário jurídico *multívoco* que conduz inexoravelmente ao *equivoco*” (VELLOSO, 2010, p. 15),² e que, apesar disso, pouco se apresenta como objeto de problematização. Contrariamente, o que se lê na grande parte dos estudos formalizados sobre o tema é uma ausência de análise do hibridismo conceitual de prova³ que, de modo acrítico, é acolhido por legislações procedimentais civis variadas, ainda que recentemente modificadas, como a brasileira.

Entre nós, a polissemia da prova já existente na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, foi integralmente ratificada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Em busca de prometida eficiência, o Novo CPC brasileiro não se ocupou em afastar a diversidade conceitual de prova, vez que, conforme se lê na sua já tematizada exposição de motivos,⁴ o acatamento normativo dos ganhos teóricos obtidos pelo direito processual não se apresentou como um dos principais objetivos buscados pelos juristas que compuseram a assembleia de especialistas nomeada à elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil⁵ e, muito menos, pelos congressistas que atuaram no *iter* procedimental legislativo.

Conforme se estampa na exposição de motivos da Lei nº 13.105/15, que reproduz o texto da exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado Federal, em 8 de junho de 2010, pela comissão de juristas notáveis nomeada pelo senador José Sarney:

¹ Apesar da dogmática processual indicar, frequentemente, os fatos como o objeto da prova, a norma indicada no art. 376, da Lei nº 13.105/15, estabelece que, excepcionalmente, também o direito pode assumir essa condição, quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, e determinar o juiz a demonstração de seu teor e vigência.

² No original: “[...] un vocabulario jurídico *multívoco* que conduz inexoravelmente al *equivoco*”.

³ Para acessar uma análise sobre o hibridismo conceitual de prova, confira, sobretudo, a obra de João de Castro Mendes (1961). Confira, ainda, em especial, os escritos de Moacyr Amaral Santos (1949, p. 4, v. I); Vinícius Lott Thibau (2011, p. 30-36); Eduardo Cambi (2001, p. 47); Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, p.57-61); e Fernanda Gomes e Souza Borges (2013, p. 47-60).

⁴ Uma crítica contundente à existência de uma exposição de motivos para o Novo CPC brasileiro foi formalizada por André Cordeiro Leal (2012, p. 99-102).

⁵ O Senado Federal, pelo Ato do Presidente nº 379/2009, instituiu a comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Ao longo de sua atuação, a assembleia de especialistas contou com a participação de Luiz Fux (presidente), Tereza Arruda Alvim Wambier (relatora-geral), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Elpidio Donizetti Nunes e Benedito Cerezzo Pereira Filho. É o que se registra no *Anteprojeto do novo código de processo civil* – comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil.

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver **problemas**. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de **método** de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam **valores constitucionais**.

Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica.

E, ainda:

Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade.

De fato, essa é uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo. (BRASIL, 2015, p. 25)

No recém-promulgado Código de Processo Civil brasileiro, assim, a prova permanece assumindo as acepções de meio, de atividade e de resultado adstritos à formação da convicção do julgador sobre a verdade dos fatos. Se comparado com o Código de Processo Civil de 1973, modificaram-se os números dos dispositivos que abordam a temática probatória, bem como, parcialmente, a grafia conferida à normatização. Mantém-se intocada, no entanto, a persistente acientificidade conceitual.

2.1 A PROVA COMO ATIVIDADE DE CONVENCIMENTO DO JULGADOR

Na Lei nº 13.105/15, o conceito de prova como atividade destinada à formação da convicção do juiz sobre a verdade dos fatos é identificado nas normas dispostas nos arts. 373, 374, 376 e 379.

Ao aludir à regra geral do ônus probatório e aos requisitos que devem ser preenchidos para o seu eventual afastamento pela convenção das partes, pela distribuição legal ou *ope judicis* do encargo, aos fatos que não se sujeitam à necessidade de fixação procedimental e, ainda, à atuação das partes na demonstração da verdade dos fatos e, excepcionalmente, do direito, o Novo CPC recepciona o significado de prova como atuação humana que conduziria a uma convicção do magistrado sobre o seu resultado.

Em outros termos, nos dispositivos indicados, a Lei nº 13.105/15 acolhe, expressamente, um conceito de prova teorizado por reconhecidos processualistas estrangeiros, dentre os quais se destacam Giuseppe Chiovenda, para quem “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (2002, p. 109, v. III), James Goldschmidt, que conceitua a prova como os “atos das partes, que tem por fim

convencer ao juiz da verdade da afirmação de um fato” (1946, p. 130),⁶ e, ainda, Adolf Schönke, ao afirmar que “Se entende por prova a atividade das partes e do Tribunal encaminhada a proporcionar ao Juiz a convicção da verdade ou falsidade de um fato” (1950, p. 198).⁷

2.2 A PROVA COMO MEIO DE CONVENCIMENTO DO JULGADOR

Pelas normas previstas nos arts. 369, 370 e 372, entretanto, o Novo CPC acolhe, igualmente, o conceito de prova como meio de convencimento do julgador.

As normas referidas estabelecem que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais ou moralmente legítimos à demonstração da verdade dos fatos e à influência eficaz na convicção do julgador; que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar os meios necessários ao julgamento do mérito, bem como indeferir a adoção de meios que se imponham como inúteis ou meramente protelatórios para o alcance desta finalidade. E, também, a possibilidade de utilização, pelo magistrado, de um documento produzido em outro procedimento como meio de fixação de fatos no procedimento judicial em desenvolvimento.

Assim estabelecendo, o que vê é que, nesse aspecto, a Lei nº 13.105/15 oferta ao vocábulo prova o conceito de meio ou meios tendentes ao convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos afirmados e negados no âmbito procedimental, afastando-se do significado que acolheu pelas normas hauridas dos arts. 373, 374, 376 e 379. A prova deixa de se vincular diretamente à atuação humana que conduziria a um determinado resultado mental do julgador relativo aos fatos, para se vincular aos meios utilizados nessa atividade, que se impõem como determinativos da convicção do juiz.

Nesse sentido, portanto, o Novo CPC acolhe um conceito de prova já explicitado por Eduardo José Couture, para quem, quanto às partes, “a prova é também, uma forma de provocar a convicção do magistrado. O regime vigente leva as partes a esgotarem os meios facultados pela lei para formar no espírito do juiz um estado de convicção acêrca da existência ou da inexistência das circunstâncias relevantes do processo” (1946, p.137- 138).

⁶ No original: “[...] los actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho.”

⁷ No original: “Se entiende por prueba la actividad de las partes y del Tribunal encaminhada a proporcionar al Juez la convicción de la verdad o falsedad de un hecho.”

Um conceito que, na dogmática processual brasileira, por mera amostragem, é compartilhado por José Eduardo Carreira Alvim,⁸ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,⁹ assim como por Sergio Bermudes.¹⁰

2.3 A PROVA COMO RESULTADO QUE CONVENCE O JULGADOR

Por fim, o Novo CPC também adota o conceito de prova como o resultado que convence o magistrado a respeito da verdade dos fatos. É o que se extrai da norma prevista no art. 371, de acordo com a qual “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

A disposição examinada explicita que a prova não assumiria a significação de atividade ou de meio destinados à formação da convicção do julgador sobre a verdade dos fatos, mas a do próprio resultado obtido pela atividade direcionada ao convencimento do juiz ou pela adoção dos meios legais ou moralmente legítimos à geração desta convicção.

A Lei nº 13.105/15 encampa, aqui, o conceito atribuído à prova por João de Castro Mendes, que considera “como sentido próprio da palavra *prova* o de resultado probatório. [...] A prova é um resultado juridicamente relevante. Não é efeito jurídico, mas é um fenômeno jurídico. O seu *genus* é, portanto, este: o resultado” (1961, p.273-274), ou, como prefere Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a constatação demonstrada de fato ocorrido” (2001, p.315).

3 A POLISSEMIA DA PROVA E O CONVENCIMENTO DO JULGADOR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A polissemia da prova constante na codificação procedimental civil brasileira recém-promulgada causa um imenso desconforto a quem pretenda estudar a temática probatória em

⁸ Segundo o autor, “Se a prova tem um sentido vulgar, na técnica jurídica o vocábulo pode ser tomado em duas acepções: no sentido objetivo e no sentido subjetivo. Objetivamente, são os meios de demonstrar a existência de um fato jurídico, ou os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo. Neste sentido, fala-se em prova testemunhal, documental, pericial. Subjetivamente, é a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.” (CARREIRA ALVIM, 2005, p.260).

⁹ De acordo com os autores, “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p.349).

¹⁰ Conforme o autor, “O conjunto de meios pelos quais se demonstra a veracidade das alegações produzidas no processo – e também cada um desses meios – recebe o nome de prova (em latim, *probatio*, de *probare*, ensaiar, examinar, cujo étimo é *probus*, o que é de boa qualidade, o que é bom).” (BERMUDES, 2006, p.127).

consonância com a “autonomia do Direito Processual, com o seu bem demarcado campo de investigação, com conceitos e categorias próprias” (GONÇALVES, 2001, p. 13). No entanto, o que desperta ainda maior perplexidade é a ausência de problematização sobre a correlação teórico-normativa existente entre a prova e o convencimento do julgador, que atravessa qualquer das significações anunciadas no item anterior.

Ao que nos parece, a não tematização decorre da manutenção inquestionada de conceitos processuais arcaicos pelo Novo CPC que, embora originalmente anunciado como resultado de reclamos de novos tempos,¹¹ apresenta-se como resultado de um movimento dogmático que teria conseguido criar, com o Anteprojeto que produziu, “um saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado” (BRASIL, 2015, p. 44).

Ao contrário daquilo que fez a assembleia de especialistas nomeada pelo senador José Sarney, contudo, é de se indagar se seria mesmo compatível com o marco teórico inscrito na constitucionalidade brasileira atual o aproveitamento de conceitos que deram suporte às técnicas procedimentais acolhidas pelo Código de Processo Civil brasileiro promulgado em 1973, e tão caras a Alfredo Buzaid que, em tempos de excepcionalidade normativa, foi ministro da justiça de Emílio Garrastazu Médici.

É que a Constituição brasileira de 1988 não pode ser abordada, como fez a exposição de motivos da Lei nº 13.105/15, sem que se considerem os problemas da violência pressuposta na gênese paradoxal do direito dos regimes de exceção de que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 é legatário. É exatamente a ausência de drástica ruptura com o passado e com o presente de legitimidades duvidosas que situa o Novo CPC como hábil reproduzidor de um direito truculento já há muito instalado entre nós.

Como se lê na exposição de motivos do Novo CPC brasileiro, o que se pretende com a Lei nº 13.105/15 é, principalmente, ofertar uma maior eficiência a um sistema jurídico que é, há várias décadas, impeditivo de democraticidade jurídica. Decide-se pela inafastável implementação dos ganhos supostos de “celeridade”, “segurança jurídica” e “justiça”, sem que se instale, antes, uma perquirição acerca da compatibilidade das técnicas instituídas em prol do alcance desses objetivos com as bases normativas do marco teórico (paradigma) previsto na Constituição brasileira de 1988.

¹¹ É o que se vê, expressamente, da mensagem assinada pelo presidente da comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal, Ministro Luiz Fux, quando do encaminhamento do anteprojeto do NCPC ao senador José Sarney: “os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante: *Altro tempo, Altro Diritto*”. (BRASIL, 2010, s.p).

O compromisso com o aumento dos níveis de eficiência sistêmica do direito processual civil, sem a prévia interrogação dos fundamentos de legitimidade da própria sistematicidade de que se parte para a elaboração do texto legal, deixa transparecer que o Novo CPC pode se erigir como uma normatividade apta à viabilização de uma mera legitimação da autocracia que, por milênios, identifica-se no âmbito jurídico-geral e, pelo menos, há cento e cinquenta anos é acolhida pelo Direito Processual, cuja formulação científica é bastante recente (LEAL, 2008), ao contrário do que, frequentemente, explicita a dogmática jurídica.

Em outros termos, extrai-se do Novo CPC que, a pretexto de ofertar respostas às mudanças exigidas pela Constituição a que tanto apela, apenas coloniza a própria constitucionalidade com conceitos arraigados em um direito processual civil tradicional, os quais se apresentam absolutamente desalinhados ao projeto democrático brasileiro, que almeja superar os envelhecidos fundamentos ideológicos dos Estados Liberal e Social de Direito, conforme determina a norma prevista no art. 1º, da CB/88.

Daí, ao se referir à Constituição brasileira, o que anuncia a exposição de motivos do Novo CPC é, como se verá, uma leitura às avessas da constitucionalidade que ele afirma obedecer, porque se ancora em conceitos que, por sua origem, são inconciliáveis com um projeto democrático não acolhedor do viés civilizatório constante das normas hauridas da codificação recentemente promulgada.¹²

O direito processual civil em que se funda a exposição de motivos do Novo CPC e, por desdobramentos lógicos, o próprio texto da Lei nº 13.105/15, é mesmo aquele da suposta cientificidade a que faz referência Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, ao se pronunciar sobre o que denominou evolução da doutrina processual. É o direito processual anunciado por Oskar von Bülow, em obra que já foi qualificada como triunfal:

Se aceite ou se rechace a doutrina de Bülow, ninguém poderá negar ao seu livro duas vitórias decisivas: a) haver buscado uma explicação publicista para a natureza do processo, graças a qual as interpretações privatísticas, ou seja, as que imaginaram o processo como um contrato ou um quase-contrato, restaram definitivamente postas de lado; b) ter provocado um movimento científico processual de magnitude e brilhantismo inigualáveis, que, ao ser irradiado primeiro para a Itália e, depois, para outros países, originou a completa renovação da nossa disciplina no mundo. (CASTILLO, 1992, p. 308, t. II)¹³

¹² Sobre a civilidade referida, confira a obra de Rosemiro Pereira Leal (2005).

¹³ No original: “Se acepte o se rechace la doctrina de Bülow, nadie podrá discutirle a su libro dos triunfos decisivos: a) haberle buscado una explicación publicista a la naturaleza del proceso, merced a la cual las interpretaciones privatistas, es decir, las que o imaginaron como un contrato o un cuasicontrato, han quedado definitivamente arrumbadas, y b) haber provocado un movimiento científico procesal de magnitud y

Conforme aduz Celso Neves (1997), ao analisar, detalhadamente, a estrutura fundamental do processo civil tradicional, os conceitos de processo, de jurisdição e de ação não só orientam a construção do sistema processual, como são determinativos das possibilidades interpretativas de toda a legalidade, de modo a tornar possível a sua operacionalização. A adoção de conceitos processuais já ultrapassados pelo Novo CPC brasileiro, entretanto, repercute, de modo relevante, também na abordagem codificada da temática probatória.

3.1 A JURISDIÇÃO ESTATAL E A DESTINAÇÃO DA PROVA

Embora muito se discuta acerca de ter ou não sido Oskar von Bülow o primeiro autor a compreender o processo como relação jurídica,¹⁴ é pertinente afirmar que o jurista alemão foi primeiro a propor, a partir da concepção de processo que adota, que se construísse um sistema de saber acerca das condições necessárias à superveniência de uma decisão judicial.

Havendo o autor alemão reclamado a criação de uma teoria geral do processo,¹⁵ foi a partir de suas propostas que o direito processual moderno se desenvolveu pela comunidade de estudiosos instada a elaborar a nova disciplina que, por seus conteúdos, propunha a radicalização da cisão entre os denominados direito material e direito processual.¹⁶

É possível afirmar, sobre esse aspecto, que toda a sistematização do direito processual civil tradicional apresenta como núcleo o conceito bülowiano de processo, não obstante o faça a partir de um pano de fundo fornecido pela concepção de jurisdição já pressuposta nesse significado, e sem descurar da importância conferida à temática da ação.

brillantez inigualadas, que al irradiar primero a Italia y después a otros países, ha originado la completa renovación de nuestra disciplina en el mundo.”

¹⁴ É o que se vê, por exemplo, na obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992, p. 308, t. II). Na dogmática processual brasileira, confira, especialmente, as obras de Hélio Tornaghi (1987, p. 5-8); José Eduardo Carneira Alvim (2005, p. 164); e Celso Neves (1997, p. 175-176).

¹⁵ Oskar von Bülow considera, em suas reflexões, aquilo que chama de equívocos cometidos por seus contemporâneos quanto ao que denomina de pressupostos processuais. Para o autor alemão, se verificados os textos da época, identificaremos os pressupostos processuais com o rótulo de exceções dilatórias, em um disfarce que deforma completamente a matéria dos pressupostos e que deve ser afastado antes de se levar a efeito a tarefa de elaborar uma íntegra e ampla teoria geral, a partir do conceito de processo como relação jurídica de direito público. Sobre o assunto, confira a obra *Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais* (BÜLOW, 1964, p. 11).

¹⁶ Apenas por amostragem, o intitulado Novo Código de Processo Civil, em seu art. 1.043, parágrafo segundo, adota essa separação, de modo expresse, quando afirma que os embargos de divergência podem ser utilizados quanto à dissidência na aplicação “do direito material ou do direito processual”.

É o que também ocorre em relação ao Novo CPC, em que o conceito de processo e suas interfaces com a jurisdição e com a ação foram integralmente conservados, a despeito da exigência constitucional de implementação do projeto democrático brasileiro, o qual, pela ruptura explícita com os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, não se compatibiliza com os fundamentos bülowianos de um processo que se pensa e se desenvolve por uma perspectiva de hierarquização dos sujeitos que atuam no âmbito procedimental.

Sem qualquer ressalva, portanto, o Novo CPC brasileiro acolhe a dogmática processual tradicional, e mantém intocado o conceito de processo como relação jurídica de direito público a subordinar as partes ao juiz.¹⁷ A herança bülowiana, aliás, é ainda mais explicitamente assimilada pela Lei nº 13.105/15 do que foi pelo próprio Código de Processo Civil de 1973, apesar dos impactos da excepcionalidade normativa imposta pela ditadura militar que vigorava no Brasil à época de sua construção e da patente fidelidade de Alfredo Buzaid à teoria do processo que tanto serviu aos anseios do estado social totalitário.¹⁸

É que, ao contrário do que dispunha o chamado Código Buzaid, o Novo CPC é inequívoco ao afirmar que a “citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual” (art. 238), confirmando seu tributo a relacionistas bülowianos que, registre-se, também integraram a comissão de especialistas nomeada pelo Senado Federal à elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil brasileiro.

Juristas notáveis que, além de explicitarem a importância do processo bülowiano para a codificação procedimental civil recém-promulgada, mantiveram a articulação da temática do processo com a da ação, ao assegurarem, pelo Novo CPC, que o exercício da ação permita ao julgador positivar os anseios estatais por via decisória, na condição de sujeito especial da relação jurídica de direito público denominada processo.

¹⁷ Celso Neves, cuja obra clássica representa a síntese do pensamento do direito processual moderno, afirma que o processo “É relação jurídica de direito público, de caráter continuativo, resultante do exercício do direito de ação que tem por objeto imediato a realização do direito objetivo e por objeto mediato, ou a *solução da lide*, ou a *satisfação* do interesse do litigante, ou a pretensão cautelar que provisoriamente as assegure, ou a integração de negócios jurídicos que versem sobre direitos indisponíveis, mediante a prestação da tutela jurídica que, como obrigação do Estado, incumbe ao Poder Judiciário” (1997, p. 187). No mesmo sentido, afirma Galeno Lacerda que, “a partir dos estudos dos grandes processualistas alemães do século XIX, passamos a definir o processo como uma relação jurídica de direito público” (2008, p.22). Confirma, ainda, a lição de José Eduardo Carreira Alvim, segundo o qual “A concepção de processo como relação jurídica é dominante na doutrina, sendo que, para uns, o processo é uma relação jurídica (Bülow), enquanto, para outros, ele *contém* uma relação jurídica (Chiovenda)” (2005, p. 169).

¹⁸ Sobre as interfaces existentes entre a teoria do processo como relação jurídica e o Estado Social totalizante, confira, especialmente, a obra de Vinicius Lott Thibau (2015, p. 239-245).

Como afirma Hélio Tornaghi, ao se pronunciar sobre o que chama de problemática da ação, é esta que permitirá ao Estado-Juiz exercer a jurisdição, afastando a autotutela e fazendo justiça:

[...] primitivamente, quando alguém via insatisfeita sua pretensão, agia diretamente contra o adversário para compeli-lo fisicamente à prestação. Um dia, porém, o Estado proibiu de fazer justiça pelas próprias mãos, chamou a si a tarefa de resolver os conflitos de interesse e disse aos particulares: de ora em diante só quem tem o poder de fazer justiça (jurisdição) sou eu; não há mais ação de particular contra outro; a única maneira de agir permitida é esta: vir a mim; de mim é que o particular poderá exigir justiça. E eu farei usando do poder que tenho sobre todos e, portanto, sobre o adversário de que a pede. Dessa forma aquele (que podemos chamar *autor*) nada pode exigir desse (a quem podemos chamar *réu*), mas esse não se poderá furtar ao meu poder.

Ora, essa transformação histórica pode traduzir-se em termos jurídicos da seguinte maneira:

- a) ação era outrora o poder jurídico que tinha alguém (autor, aquele que age, que atua) de sujeitar outrem (*réu*) a alguma coisa;
- b) no dia em que o Estado disse: – não há mais esse tipo de ação, ele está proibido, é ilícito, mas em lugar dela eu instituo outro, permitindo agir perante mim para exigir de mim que eu faça justiça – a ação se converteu num direito subjetivo público: o direito de exigir do Estado que se faça justiça. (1987, p.101-102)

E conclui:

Mas não teria restado ao autor um poder jurídico sobre o réu? Não estaria o réu sujeito à vontade do autor? Não seria, portanto, a ação, também um poder jurídico (ou direito potestativo) do autor sobre o réu? Aparentemente, sim. Na verdade, não. Porque não é à pessoa do autor que o réu está sujeito e sim ao Estado. A sujeição do réu corresponde a esse poder jurídico que é a jurisdição. O que realmente cria para o réu a sujeição (o dever de tolerar) é o poder do juiz. (1987, p.102)

De conseguinte, apesar do infindável debate instalado na dogmática processual sobre limites e conceitos da ação, e embora o Novo CPC brasileiro não faça alusão expressa em seu texto às condições da ação ou à possibilidade da decretação de carência de ação, vê-se que o novo texto legal acolhe as concepções de ação construídas por estudiosos comprometidos com a teoria do processo como relação jurídica, da qual se colhe que a ação é direito de provocar o exercício do poder estatal (jurisdição) mediante demonstração de interesse e legitimidade, como igualmente se extrai do art. 17, da Lei nº 13.105/15.

Apesar do *status* científico conferido por Oskar von Bülow ao processo, assim como as interfaces que este apresenta com a ação, é a jurisdição que sempre se destaca na proposta do jurista alemão. Tendo em vista que os pressupostos da teoria da relação jurídica reduzem o processo à mera tecnologia da jurisdição (LEAL, 2008) e, em sendo a ação compreendida como “o direito público subjetivo abstrato, exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.103), é diante de um

pano de fundo jurisdicionalista não tematizado que os conceitos de processo e de ação se desenvolvem como desdobramentos do denominado processualismo científico.

É o que se estampa, de modo patente, no magistério de Cândido Rangel Dinamarco. Prestando adesão irrestrita ao Estado Social, com desconsideração do disposto no art. 1º da Constituição brasileira de 1988, o destacado integrante da escola paulista de processo chega a apologizar a jurisdição, situando-a no centro do sistema processual:

Por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual. Nem o *processo* merece tal colocação, porque não é fonte substancial de emanação e alvo de convergência das idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é um instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. (2013, p. 92-93)

E arremata:

A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado *Estado social*: é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público, que refletem mais diretamente o modo de ser do próprio Estado em que se inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor. (2013, p. 95)

Daí a exposição de motivos da recém-promulgada Lei nº 13.105/15 não nos causa surpresa ao empregar a expressão jurisdicionado por tantas vezes. Assim o fazendo, o Novo CPC ratifica que, a despeito da democraticidade jurídica exigida pela Constituição de 1988, o cidadão brasileiro permanece reduzido à condição de mero receptáculo dos serviços estatais de dicção fático-jurídica, em consonância com os contornos ideológicos da teoria do processo como relação jurídica.

Condenado o cidadão a ocupar esse lugar, o Estado-Juiz assume, no Novo CPC, funções pedagógicas ainda maiores do que as que exercia quando vigorava a ditadura militar no Brasil.¹⁹ O judiciário ostenta o *status* de guardião do sentido dos fatos e da lei, notabilizando-se como enunciador privilegiado do destino do cidadão-jurisdicionado e consumidor dos serviços estatais.

¹⁹ No Novo CPC, não por acaso, há uma proliferação das penalidades corretivas a serem aplicadas às partes e aos terceiros pela prática de atos solitariamente apurados pelo juiz como passíveis de punição. Exemplos disso são as inúmeras multas aplicadas pela prática de atentatórios à dignidade da justiça e por litigância de má-fé, inclusive no âmbito probatório, como se vê, por amostragem, dos artigos 139, IV, 142, 380, 536, § 3º, e 777.

Um serviço do qual as partes são apenas destinatárias-colaboradoras,²⁰ seja na concretização da jurisprudencialização do direito que busca tornar “[...] ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de suas condutas” (BRASIL, 2015, p. 31), seja na demonstração de uma pretendida verdade dos fatos destinada a influir eficazmente na formação da convicção do julgador.

É possível afirmar, logo, que nenhuma novidade há quando o Novo CPC brasileiro anuncia, em seu art. 16, que “a jurisdição civil é exercida pelos juízes”. Muito menos, quando conceitua a prova como atividade, meio ou resultado aptos à formação do convencimento do juiz a respeito da verdade dos fatos afirmados ou negados em juízo.

Atendendo aos apelos da dogmática tradicional, que se mantém alinhada às bases normativas do Estado Social, a Lei nº 13.105/15 não acolhe os avanços teóricos da constitucionalidade democrática indicada pela Constituição de 1988, à qual, não obstante, a legislação processual recém-promulgada no Brasil faz insistentes referências.

Ao contrário disso, o Novo CPC insiste em ratificar a monologia de um Estado que, além de desvendar solitariamente o sentido normativo (LEAL, 2013, p. 14-23), recepciona, no âmbito do accertamento fático, lições no sentido de que “ainda que apresentadas pelo autor e pelo réu, as provas não se destinam a um ou a outro dos litigantes, mas, somente, ao juiz” (SANTOS, 1979, p.5), ou, como prefere José Roberto dos Santos Bedaque, de que ninguém “melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para formação de seu convencimento” (2011, p. 17).

Pela ausência de drástica ruptura com o conceito de processo como relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, tal qual com o de ação que permite o exercício da jurisdição naquele já pressuposto, o Novo CPC desconsidera que, com o advento da Constituição brasileira de 1988, a cognição “*deixou de ser uma atividade exclusiva do juiz para ser também das partes*” (MADEIRA, 2008, p. 165).²¹

Revela a Lei nº 13.105/15, pelo contrário, ao conceituar a prova como atividade, como meio ou como resultado direcionados a impactar a consciência do julgador para

²⁰ Na obra *Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, publicada originariamente em 1868, Oskar von Bülow já anunciava essa proposta, afirmando que o processo trata da *função dos oficiais públicos*. Por isso é que, embora passe pela existência de uma *colaboração*, tal se dá, unicamente, da *vinculação* das partes ao juiz. (BÜLOW, 1964, p.2). No Novo CPC brasileiro, pelo seu art. 6º, imagina-se uma nova espécie de colaboração (cooperação), embora, no mesmo Código, o juiz continue a ser jurisdizente exclusivo.

²¹ No mesmo sentido, confira as obras de Rosemiro Pereira Leal (2001, p.348-350), André Cordeiro Leal (2002, p. 102-108); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2015, p. 188-192); e Vinícius Lott Thibau (2015, p.53-64).

convencê-lo a respeito da verdade dos fatos, que, além de não afastar uma reprovável polissemia relativa ao vocábulo prova, não recepciona uma teorização desse instituto que possa ser adjetivada como compatível com o marco teórico do Estado Democrático de Direito.

4 CONCLUSÃO

A indemarkação conceitual de prova no Novo CPC é apenas um sintoma que a legislação procedimental civil brasileira de 1973 já apresentava. Embora pretenda ser novo, o Código de 2015 padece da ancianidade fundante do próprio direito processual, que é pensado, desde Oskar von Bülow, em favor de um paradigma de Estado Social radicalizado.

Mantendo intocadas as categorias das quais tem se servido a dogmática tradicional para construir um direito processual que se rotula científico, sem que, no entanto, os seus adeptos tematizem as bases de cientificidade de seu saber, o Novo CPC brasileiro, ao encampar a teoria do processo como relação jurídica, acolhe, simultânea e silenciosamente, um pano de fundo jurisdicionalista da decisão jurídica.

Não por acaso, portanto, a exposição de motivos do Novo CPC insiste na utilização do termo jurisdicionado, uma vez que a concepção de jurisdição, desde sempre pressuposta na teoria relacionista, reduz mesmo o cidadão à condição de mero destinatário de um serviço estatalizante, que se notabiliza pela dicção fático-normativa por uma autoridade soberana.

O que se extrai, daí, é que tematizar a prova, em suas raízes dogmáticas, implicaria interrogar os próprios fundamentos do direito processual que informa a legislação recém-promulgada, tornando insustentável o magistério no sentido de que a prova encontra-se sempre a serviço de um julgador magnânimo, que tem, em sua consciência, o *locus* especial em que devem reverberar a coleta e o exame de fatos afirmados ou negados no procedimento.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *A prova no processo civil democrático*. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Exposição de motivos do código de processo civil (Lei nº 13.105/15). In: OLIVEIRA JUNIOR, Arnaldo (org.). *Novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo código de processo civil – comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Noções de teoria e técnica do procedimento da prova. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 183-205.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Evolución de la doctrina procesal. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p.293-325, t. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 3. ed., Campinas: Bookseller, 2002, v. III.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Tradução Enrico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1946.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. tir., Rio de Janeiro: Aide, 2001.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante) projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. *A tensão entre o público e o privado – ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p.97-112.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus – Revista Eletrônica*, v. 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em:
http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf.
- LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias (coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.347-357.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MENDES, João de Castro. *O conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Àtica, 1961.
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil – tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949, v. I.
- SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Tradução L. Prieto Castro y Victor Fairén Guillén. Barcelona: BOSCH, 1950.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. Processo e mercado. In: SILVA, Michael César (org.). *Transformações do direito na contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Rosario: Editorial Librería Juris, 2010.

Encaminhado em 19/06/2017

Aprovado em 22/11/2017