

# Privatização do Processo?

**JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador (aposentado) do TJRJ*

1. “Privatização” é palavra que costuma hoje em dia provocar em quem a ouve ou a lê enérgicas reações emocionais. Responde-se a ela muito mais com o coração do que com o cérebro. Provavelmente por isso, quase nunca se colhe opinião refletida e argumentada, neste ou naquele sentido: temos de contentar-nos, as mais das vezes, com um entusiástico “sim” ou com um violento “não”, nenhum dos dois acompanhado de justificação racional. Menos ainda se deve esperar tentativa séria de discernir casos, circunstâncias e condições: quase ninguém dá a impressão de suspeitar que o valor (ou desvalor) de providências do gênero pode variar de uma para outra matéria, de uma para outra ocasião, de uma para outra maneira de operar.

Cumpra reconhecer que palavras de ordem, tão ao gosto da maioria, precisam ser breves e categóricas para impressionar as multidões. Não é fácil conquistar adesões calorosas com lemas amortecidos por distinções e reservas. Se as faixas com que sairmos à rua contiverem algum “talvez”, ou “depende”, jamais conseguiremos despertar nos que as lerem o fervor apaixonado de que se fazem as grandes manifestações populares.

Admita-se que em certos terrenos da política partidária não haja alternativa para opções radicais. Em ciência, a história é diferente - na ciência jurídica e noutra qualquer. Ciência faz-se com tranqüilidade de ânimo e com tanta objetividade quanta nos for possível neste mundo. Desengane-se, pois, quem me suspeite de fechar o título da palestra com ponto de interrogação no ardiloso intuito de apresentar resposta... com ponto de exclamação. O que pretendo é algo menos espetacular: tentar verificar pura e simplesmente, com os instrumentos da razão, e levando em conta os naturais limites de tempo, se é legítimo falar de privatização acerca do processo, ou da Justiça. Sujeitam-se a decepção amarga os que estiverem alimentando a expectativa de emoções muito fortes.

2. A palavra “privatização”, com referência ao processo (ou à Justiça) aparece em trabalhos recentes, subscritos por nomes de invidiosa autoridade; é isso, aliás, que justifica o interesse pelo assunto. Ela tem sido usada em mais de um contexto, e concebe-se que ainda noutros o venha a ser; aqui me ocuparei de três.

Os dois primeiros relacionam-se com a extensão do papel confiado a particulares na atividade realizada *em juízo* para a composição de lides. Pode e deve cogitar-se aí, na verdade, de dois fenômenos distintos: um consistente na ampliação do rol dos legitimados a agir no tocante a matérias cuja relevância ultrapassa as fronteiras dos litígios privados<sup>1</sup>; outro, no aumento da participação de pessoas estranhas aos quadros permanentes do Judiciário no julgamento de causas.

Também se alude a “privatização” a propósito do florescimento, bem maior em países estrangeiros que no Brasil, dos chamados “meios alternativos” de solução extrajudicial de conflitos de interesses -*Alternative Dispute Resolution*, ou abreviadamente *ADR*, na conhecida locução inglesa<sup>2</sup>. Semelhantes métodos utilizam, como se sabe, os serviços de indivíduos ou de instituições de caráter privado, extraoficial, desde árbitros propriamente ditos, designados nos termos da legislação relativa à arbitragem, até “juízes de aluguel”, contratados e remunerados pelas partes para solucionar conflitos de interesses<sup>3</sup>.

3. Procurarei neste ensejo aferir a propriedade do termo “privatização”, nos três casos, sem preocupar-me com o mérito ou o demérito de cada um dos movimentos que neles se refletem. O que tenciono agora não é aprovar ou desaprovar a atribuição de mais forte ingerência a particulares

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, por exemplo, CAPPELLETTI, *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça* (relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. S. Hart sobre a Justiça civil e suas alternativas, realizado em Londres, em 1992), trad. de Barbosa Moreira, in *Revista Forense*, vol. 326, pág. 129.

<sup>2</sup> V.g., JOHNSON, JR., relatório norte-americano (sob o título *Preserving Justice in an Era of Global Economic Competition*), acerca do tema *Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure*, para *The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization*, de 1992, no volume assim intitulado, Tóquio, 1992, págs. 216 e segs. Parcialmente crítica, note-se, é a posição do autor diante do fenômeno (vide págs. 218/9).

<sup>3</sup> Sobre o tipo de *ADR* denominado *rent-a-judge*, consultem-se, por exemplo, GOLDBERG – SANDER - ROGERS, *Dispute Resolution -Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 2ª ed., Boston - Toronto - Londres, 1992, págs. 290 e segs.; NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, 1992, págs. 199/200.

no funcionamento dos mecanismos destinados à solução de litígios. Quem quer que me tenha dado a honra de ler ou ouvir trabalho meu a tal respeito me haverá com certeza visto ou ouvido, de longa data, externar opinião abertamente favorável, por exemplo, à outorga de legitimação a indivíduos e a entidades privadas para vindicar em juízo direitos e interesses supraindividuais<sup>4</sup>. Mas não é disso que vou tratar aqui, e sim de saber se realmente se justifica, nesse e nos outros tópicos acima enunciados, o emprego da palavra “privatização”.

Desde logo adianto que, nos dois primeiros casos, minha resposta é rotundamente negativa. Particulares são com freqüência autorizados ou chamados a colaborar na atividade judicial tendente à decisão de lides, quer provocando-a, pela iniciativa de instaurar processos - como se dá com os cidadãos na ação popular, e eventualmente com associações privadas na ação civil pública -, quer participando diretamente dela, pela emissão de pronunciamento sobre o desfecho que se há de dar ao pleito - e é o que acontece no tribunal do júri e na Justiça do Trabalho. Pois bem: a meu ver, longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêm sua atividade revestida de caráter público. Dá-se, a bem dizer, *publicização*, e não *privatização*.

No tocante aos particulares que funcionam em julgamentos, o direito positivo confirma de modo eloqüente o que acabo de asseverar. Tenham-se em mente disposições como a do art. 327, § 1º, do Código Penal e as dos arts. 437 e 438 do Código de Processo Penal. Estatui o primeiro: “Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”<sup>5</sup>. Reza o segundo, por sua vez, na parte inicial, que “o exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante”; e o terceiro declara criminalmente responsáveis os jurados, “nos mesmos termos em que o são os juízes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação”. Esses textos só

---

<sup>4</sup> Vide nossos trabalhos (anteriores à Lei nº 7.347, de 24.7.1985) *A proteção jurídica dos interesses coletivos, A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro e Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, todos publicados in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, S. Paulo, 1984, respectivamente págs. 173 e segs., 183 e segs., 193 e segs.

<sup>5</sup> Ao exemplificar, a doutrina inclui os jurados: HELENO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, vol. II, Rio de Janeiro, 1984, pág. 385; CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1991, pág. 493. Parece fora de dúvida que também se podem incluir os juízes classistas da Justiça do Trabalho.

se explicam à luz de uma concepção eminentemente publicística da função do jurado; e é oportuno lembrar que o art. 665 da Consolidação das Leis do Trabalho confere aos vogais das Juntas de Conciliação e Julgamento e aos seus suplentes, enquanto durar a investidura, as mesmas prerrogativas de que gozam os jurados.

Por outro lado, a associação civil que propõe uma ação civil pública para proteção de direito ou interesse supraindividual também está, embora sob outra forma, exercendo atividade pública. Na perspectiva em que aqui me coloco, ela se equipara às outras entidades mencionadas no art. 5º, *caput*, da Lei nº 7.437, alinhando-se, pois, ao lado do Ministério Público e de várias pessoas jurídicas de direito público. Não é à toa que se fala, nos Estados Unidos, de *Private Attorney General* para designar o particular que toma a iniciativa de propor ação destinada a proteger direito ou interesse supraindividual<sup>6</sup>. A expressão, que pode ser traduzida como “Ministério Público privado”, aponta obviamente no sentido de uma equiparação do papel desempenhado aí pelo particular ao do conferido pelo ordenamento àquele órgão estatal.

4. A questão assume aspectos mais delicados no que tange aos meios alternativos de solução de litígios. Em última análise, a consagração desses meios importa negar ao Estado a exclusividade do exercício, por seus órgãos judiciais, da função de compor conflitos de interesses. Tal exercício pode ser confiado - nalgumas hipóteses e sob certas condições, provavelmente com vantagem - a pessoas ou instituições estranhas aos quadros do Judiciário. Seria totalmente impróprio, no entanto, cogitar ao propósito de privatização da Justiça estatal, que continua a ser o que é.

Dirá alguém que *o processo* se privatiza; mas o asserto tira proveito do fato de ser um tanto equívoca a palavra “processo”, que não se emprega sempre para denominar precisamente a mesma e única realidade. Sem

---

<sup>6</sup> Atribui-se a FRANK a cunhagem da fórmula, em decisão judicial (vide CAPPELLETTI, *The Role of the Ministère Public, the Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation*, in CAPPELLETTI - JOLOWICZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milão - Dobbs Ferry, 1975, pág. 72, e *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, pág. 283). Mas o respectivo uso tomou-se corrente na doutrina e na jurisprudência norte-americanas (HOMBURGER, *Private Suits in the Public Interest in the United States of America*, in HOMBURGER - KÖTZ, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*, Frankfurt am Main, 1975, págs. 52/3).

dúvida é lícito usá-la em sentido lato, a abranger outras manifestações da vida jurídica: a Constituição da República fala de “processo legislativo” (Título IV, Capítulo I, Seção VIII); e, de acordo com doutrina de peso, pode aludir-se a “processo” até com relação a figuras inscritas no círculo da atividade negocial<sup>7</sup>. Permito-me duvidar de que assim se concorra para tornar as coisas mais claras; o contrário parece-me bem mais provável. Em boa técnica, sempre que alguém opta pelo emprego largo do vocábulo, tem o dever de explicar-se: não é ao *processo* propriamente dito que se está fazendo menção, mas a outro fenômeno, que com ele terá semelhanças mais ou menos acentuadas, sem todavia com ele identificar-se.

Merece referência especial a arbitragem, que de todos os meios alternativos é o que mais se aproxima, por vários ângulos, do processo judicial. Não é esta a melhor oportunidade para retomar a conhecida discussão doutrinária sobre a natureza jurisdicional ou não da arbitragem. Certamente, a partir da Lei nº 9.307, de 23.9.1996, a argumentação favorável à tese da jurisdicionalidade ganha reforço na atribuição imediata, ao pronunciamento do(s) árbitro(s), de eficácia idêntica à da sentença do juiz estatal, abolida a necessidade de homologação por este (art. 31). Seja como for, sempre se tratará, justamente, de uma *alternativa* ao processo, e não do processo mesmo<sup>8</sup>, sem embargo da nítida afinidade entre os dois institutos. De outra parte, à semelhança dos jurados, ficam os árbitros equiparados aos funcionários públicos para fins penais (Lei nº 9.307, art. 17) - o que volta a sugerir que o caso é antes de *publicização* da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de *privatização*.

---

<sup>7</sup> FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Pádua, 1996, pág. 12, dá como exemplo o itinerário “*che mette capo alla delibera di un’assemblea di società*” (cf., para outras referências, págs. 10 e 13). Vide em CÂNDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 5ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 66, breve porém certa crítica a excessos no alargamento, além de tudo metodologicamente infrutífero, do conceito de “processo”.

<sup>8</sup> Escreve FAZZALARI, ob. Cit., pág. 484: “*Gli arbitrati sono processi, perché vi partecipano i destinatari degli effetti del lodo (la pronuncia cui ciascuna di tali sequenze mette capo), sul piede di simmetrica parità: alla quale corrisponde la imparzialità del giudice*” (destaque do original). O asserto é coerente com a premissa do autor, para quem a essência do “processo” reside no desenvolvimento contraditório do *iter* de formação do ato final (vide pág. 12). Boas razões induzem, todavia, a preferir delimitação conceptual mais restritiva: afinal de contas, até numa deliberação familiar é possível, não raro, encontrar aquela característica (o pai ouve ambos os filhos em disputa, antes de decidir), mas não há vantagem alguma, teórica ou prática, em carrear fenômenos do gênero para o âmbito processual.

5. Do que ficou dito até este momento tira-se com facilidade uma ilação: no concernente ao processo, os fenômenos a cujo respeito se vem falando de “privatização”, independentemente do juízo que se faça sobre cada um deles, não parecem ministrar justificação cabal para o uso da palavra. O que se pode e deve reconhecer é a propensão do nosso tempo - com intensidade variável, segundo o lugar e a matéria - para envolver particulares na atividade de solução de litígios, quer na esfera judicial, quer fora dela. Rotular esse movimento de “privatização do processo”, ou “da Justiça”, no entanto, claramente se afigura pouco apropriado.

O emprego inadequado da locução, por si, já mereceria reparo: em direito, como em toda ciência, a precisão terminológica é fundamental. Há mais, contudo, e pior: o perigo de que espíritos desprevenidos ou mal intencionados tomem o mote ao pé da letra e, ao embalo de ondas ideológicas hoje em alta, se ponham a contrabandear para o território da justiça propostas econômicas da chamada “modernidade”. Nem se objete que o temor é descabido ou exagerado: em qualquer campo se concebe que ocorra, e tem de fato ocorrido ao longo da história, a exumação de idéias supostamente defuntas. Não é apenas na economia, ou na política, que de vez em quando se tenta (e se consegue) materializar fantasmas do passado: o direito está igualmente exposto ao risco, e com ele o processo, que não goza de imunidade especial.

Vale a pena recordar que, em época não muito distante - e à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma -, o processo civil costumava ser visto como “coisa das partes”<sup>9</sup>. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnavam os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado - ao contrário, assinale-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à “soberania das partes” - reflexo do

---

<sup>9</sup> Vide a respeito, entre outros muitos passos do autor, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milão, 1962, vol. I, pág. 307, nota 8, e *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bolonha, 1969, pág. 194.

princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a idéia de ressuscitar essa moda. Eis por que julgo bem oportuna a reintrodução do assunto em nossas cogitações atuais.

6. Na verdade, não é preciso ir muito longe para perceber a inconsistência do pensamento que desvaloriza o elemento publicístico do processo civil. Nada importa que ele verse sobre matéria de direito privado, consoante pode acontecer, embora não aconteça necessariamente, em nosso ordenamento jurídico. O *litígio* será talvez privado, mas daí não se segue que seja igualmente privado o *processo* a ele relativo. Tenho consciência de estar proclamando obviedades, dignas do Conselheiro Acácio: o óbvio, entretanto, é às vezes a coisa mais difícil de enxergar com nitidez.

Bastaria, desde logo, atentar em que, seja qual for a natureza da lide, ao instaurar-se processo, vai ocupar-se dela um órgão estatal, com a conseqüente necessidade, que se impõe ao Estado, de manter para esse fim um aparelho dispendioso, valendo-se de recursos oriundos da contribuição de toda a sociedade. Imagine-se a quantidade de dinheiro que o Estado pouparia se, enlouquecido, se animasse a abolir juízos e tribunais! Alguém objetará que também diminuiria a receita, com o desaparecimento de tributos do tipo da taxa judiciária. Sabemos todos, porém, que a arrecadação correspondente a tais tributos, cobrados exclusivamente dos usuários - aliás, com notórias exceções - de modo nenhum é suficiente para o custeio do serviço da Justiça.

7. Esse, todavia, é só o início de uma longa história, que tentarei abreviar. Há quem se incline a raciocinar como se um litígio entre particulares fosse algo que unicamente a eles interessasse. Grave engano: o simples fato de ver-se o conflito submetido à decisão do juiz converte o assunto em matéria de interesse geral<sup>10</sup>. Não é difícil compreender por quê.

---

<sup>10</sup> Conservam atualidade as palavras de BERNHARDT, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, in Beiträge zum Zivilprozessrecht (Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg)*, Munique - Berlim, 1949, pág. 30: “*eine Streitsache, die der staatlichen Gerichtsbarkeit unterbreitet ist, keine Privatsache mehr ist* (uma lide submetida à Justiça estatal deixa de ser matéria puramente privada)”; e ainda: “*Durch die Anrufung des Gerichts ist die Streitsache aus dem privaten Bereich gezogen und zu einer öffentlichen Angelegenheit geworden* (por força do recurso ao juiz, a lide afastou-se do terreno privado e converteu-se em assunto público)”.

Em primeiro lugar, o próprio desenrolar do feito pode envolver, e com certa frequência envolve - além de funcionários e assimilados - pessoas e entidades, privadas e públicas, que se vêem convocadas, nas mais diversas situações, a colaborar com a Justiça, apesar de tão estranhas aos quadros oficiais quanto à lide. Vejamos rapidamente alguns exemplos, que com facilidade se multiplicariam: suspeito de ocultação o citando, qualquer pessoa da família, ou um vizinho, recebe intimação para avisá-lo da hora em que, no dia seguinte, voltará o oficial de justiça, a fim de consumir a citação (Código de Processo Civil, art. 227); terceiro em cujas mãos esteja documento ou outra coisa útil à instrução do processo pode ver-se compelido a exhibir aquele ou esta em juízo (arts. 341, nº II, e 362); intima-se o devedor do executado para que não pague a seu credor (art. 671); o empregador do devedor de alimentos tem de proceder ao desconto, em folha de pagamento, da importância da prestação devida ao alimentando (art. 734); o construtor e os operários são intimados a respeitar o embargo inicial, na nunciação de obra nova (art. 938) - e assim por diante. No que tange a entidades e órgãos, bastará mencionar a imprensa, oficial ou não (arts. 232, nº III, 687, 688, 799), os correios (arts. 222/223, 237, nº II, 525, § 2º), a polícia (arts. 445, nº III, 461, § 5º, *fine*, 662/663), os bancos (arts. 666, nº I, 1.219). Acrescente-se a Administração Pública, não raro obrigada a prestar colaboração em processos entre particulares (arts. 399, nº I, 434, parágrafo único, 1ª parte, 734).

Posição especial, naturalmente, ocupam as testemunhas, que, intimadas, não podem furtar-se ao dever de depor, sob pena de condução à força e responsabilidade pelas despesas do adiamento da audiência (art. 412, *caput*). Aliás, qualquer terceiro deve informar o juiz dos fatos e circunstâncias que conheça e sejam relevantes para a solução de algum pleito (art. 341, nº I).

**8.** O ordenamento nacional admite sem reboço a existência de interesse *público* no desenvolvimento e no desfecho de processos entre particulares. Não é outra a razão de tornar-se obrigatória, seja ou não parte uma pessoa jurídica pública, a intervenção do Ministério Público, em função de *custos legis*, nas hipóteses do art. 82, nºs I, II e III, do Código e noutras previstas em disposições especiais, inclusive de leis extravagantes: v.g., Dec.-lei nº 7.661 (falência), de 21.6.1945, art. 210; Lei nº 7.347, de 24.7.1985 (ação civil pública), art. 5º, § 1º; Lei nº 9.507, de 12.11.1997 (*habeas data*), art. 12.

Outras vezes, é a própria lei que *cria* para estranhos ao feito, e até para a inteira coletividade, o interesse na decisão de litígios do gênero. O fenômeno alcança o apogeu nos casos - de crescente ocorrência em nosso direito, registre-se - em que se atribui à sentença, sob determinadas condições, a autoridade de coisa julgada material *erga omnes*: assim, por exemplo, no art. 103, nºs I e III, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor). De resto, mesmo fora dessas hipóteses, é manifesta a possibilidade de ver-se tocado pela sentença o interesse de terceiro(s); de outro modo não se justificaria o instituto da assistência (Código de Processo Civil, arts. 50 e segs.), nem se entenderia a inclusão do “terceiro juridicamente interessado” entre os legitimados à ação rescisória (art. 487, nº II).

9. Quanto acima resumidamente se expôs basta de sobra para evidenciar a enorme distância a que fica da realidade a idéia de que apenas aos próprios litigantes interessa o processo em que contendem particulares. Mas há outros dados que, dizendo respeito a relações menos diretas entre ele e terceiros, nem por isso carecem de importância.

Exemplo significativo ministra aqui o desenvolvimento jurisprudencial do direito. Ninguém ignora quanto devem os ordenamentos jurídicos à contribuição da jurisprudência. Institutos de superlativa importância para a sociedade nasceram e floresceram à sombra das decisões judiciais, antes que (ou sem que) deles se ocupasse o legislador. O fato é conhecidíssimo; aqui, porém, o que urge ressaltar é a circunstância de que, amiúde, foi de sentenças proferidas em causas de duas simples pessoas físicas que nasceu o filete, depois convertido em caudal, do processo inovador. Deu-se isso, em nosso país, com o concubinato: utilizando o instrumento técnico da “sociedade de fato”, os tribunais reconheceram como digno de tutela o interesse da concubina em época na qual faltavam por completo, ou quase, textos legais expressos; e a introdução de disposições específicas deveu-se, em grande parte, ao influxo do movimento jurisprudencial. Mas com razão se diz que a mais longa viagem pode começar por um pequeno passo: assim a transformação do panorama teve início com a decisão, aparentemente despretensiosa, por força da qual um Caio qualquer viu dividido com uma obscura Tícia o produto patrimonial dos esforços comuns da convivência não formalizada.

10. Conforme bem se compreende, o fenômeno atinge dimensões especialmente vistosas nos ordenamentos que conferem força vinculativa aos precedentes judiciais: é o caso do norte-americano, onde por isso mesmo o embaraço da escolha dificulta a exemplificação, tão abundante se apresenta a massa de episódios sugestivos. Em numerosos assuntos, ninguém o ignora, a jurisprudência da Suprema Corte, para o bem ou para o mal, por tempo maior ou menor, determinou (e não raro alterou radicalmente) a direção da vida social dos Estados Unidos; ora, estão longe de ser poucos, dentre os de mais intensa repercussão, os pronunciamentos que vieram à luz em pleitos travados entre particulares.

A sorte do regime salarial do trabalho das mulheres sofreu forte e demorada influência do acórdão em *Adkins v. Children's Hospital*, de 1923<sup>11</sup>; a história da conciliação entre a liberdade de expressão e o direito à preservação da intimidade passa necessariamente pelo julgamento de *New York Times Co. v. Sullivan*, em 1964<sup>12</sup>; a das relações entre uma empresa e a sindicalização dos empregados, pelo de *Textile Workers Union v. Darlington Manufacturing Co.*, no ano seguinte<sup>13</sup>. Plenamente se justifica a afirmação, feita há muito sob variadas formas, e reiterada em nossos dias<sup>14</sup>, de que as decisões dos tribunais superiores desempenham dupla função: a de resolver lides e a de regular o futuro - o futuro de milhares, talvez milhões de pessoas, profundamente afetado por aquilo que, à primeira vista, se teria por decidido para duas únicas.

11. Os Estados Unidos, contudo, não podem gabar-se de singularidade nesta matéria. Sabe-se que, mesmo sem prestar vassalagem ao *stare decisis*, os ordenamentos de quase todos os países se têm deixado modelar ou remodelar, em zonas sensíveis, pela jurisprudência. Para tanto concorre

---

<sup>11</sup> Vide ao propósito SCHWARZ, *A History of the Supreme Court*, Nova Iorque - Oxford, s/d, págs. 218/9. O autor classifica de “*devastating*” o impacto produzido por essa decisão no campo da legislação social.

<sup>12</sup> Referência colhida em EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos*, Porto Alegre, 1996, pág. 142 (cf., aí, a nota 404).

<sup>13</sup> Cf. WELLINGTON, *Interpreting the Constitution*, New Haven - Londres, 1991, págs. 32/3.

<sup>14</sup> Por exemplo, em WELLINGTON, ob. cit., pág. 3: “*All appellate courts, including the Supreme Court, perform a dual function: they resolve disputes and they regulate the future. A court's decision purports to justify the result in the controversy before it and to guide the behavior of others - whether private individuals, corporate officers, or public officials - who someday may wish to avoid similar controversy*”.

a generalizada inclinação de juízes e tribunais de segundo grau para seguir, nas questões de direito, as diretrizes traçadas pelas cortes de mais alta hierarquia: tenha-se em vista, entre nós, o prestígio de que gozam - até em pontos em que talvez não o mereçam... - as *Súmulas* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Não é de surpreender, por conseguinte, que construções pretorianas, aviadas à margem da lei, e às vezes contra a respectiva letra, hajam terminado por impelir a rumos novos, porventura inesperados, a comunidade social. E repita-se: tudo pode (e costuma) brotar de processos referentes a litígios privados.

Rememoremos, nessa perspectiva, uma vicissitude do direito alemão. É fato bastante conhecido a hiperinflação que assolou a Alemanha nos anos subseqüentes à primeira guerra mundial; tão violenta foi a depreciação monetária, que um dólar chegou a valer 4 milhões de marcos! Liberava-se uma hipoteca entregando ao credor quantidade de papel-moeda insuficiente para a compra de um pedaço de pão. Pois bem: foi justamente por aí que despontou a reação judicial. Rompendo com o princípio nominalista, sobre o qual repousava a tradição nacional, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*) decidiu reajustar - corrigir, dir-se-ia em tempos mais recentes - uma dívida hipotecária, depois outra, e mais outra, revolucionando, por assim dizer, a história jurídico-monetária do país<sup>15</sup>. Fossem quais fossem as objeções técnicas cabíveis, deu-se solução a gravíssimo problema social e ético, que afligia toda a nação, a partir de simples contenda entre um devedor e um credor - hoje, para nós, anônimos.

E voltemos à nossa própria história jurídica. Em matéria de responsabilidade civil, a partir de certo instante, tornou-se evidente que, nas hipóteses de dano causado por preposto, a via única para tutelar de maneira adequada o interesse da vítima consistia em fazer responder pela reparação o empregador, em regra patrimonialmente capaz, ao contrário do empregado, de cumprir uma condenação ou de suportar uma execução. Havia, entretanto, o obstáculo, intransponível na aparência, do art. 1.523 do Código Civil, cujo teor literal exigia do lesado que provasse a culpa do empregador - ônus de difícil cumprimento, a bloquear na prática toda e qualquer expectativa de reparação concreta. Mais uma vez foram os tribunais que abriram o

---

<sup>15</sup> Vide a respeito NÖRR, *Le juge allemand face au défi des réalités: guerre mondiale, inflation, ré-valuation*, trad. franc., no vol. coletivo *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, 1996, págs. 263/4.

caminho, e ao tratar de incidentes que - pelo menos de começo - pareciam interessar exclusivamente aos particulares em conflito. Enquanto grande parte da doutrina se debatia em hamletianas perplexidades, a jurisprudência, limando a grade do art. 1.523, apontou a saída: presumir-se a culpa do patrão ou comitente, tal qual hoje se lê na proposição nº 341 da *Súmula* do Supremo Tribunal Federal. Semelhante construção, de alicerces fincados sem dúvida no solo de embates privados, repercutiu com intensidade notória na vida da coletividade.

12. Seria fácil reforçar com outras as observações registradas até agora. Essas, no entanto, parecem suficientes para fundamentar uma conclusão: falar em “privatização do processo” é usar expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa. Sinto vontade de incluí-la numa lista de modernas invenções do demônio, ao lado das assembleias de condomínio, dos formulários de declaração de renda (melhor: dos formulários em geral) e da maioria dos programas da televisão. Advirto-me a tempo, no entanto, de que Satanás é demasiado inteligente e tem muito que fazer para ocupar-se com coisas tão reles. Serão elas, antes, invenções da própria parvoíce humana, de fertilidade sabidamente inesgotável.

E aqui também me dou conta de que estou a pique de renegar a profissão de fé com que comecei esta palestra. Algum dos presentes já estará a imaginar-me de cara rubra, aos gritos, cidade afora, carregando faixa com os dizeres “Privatização do processo, não”, seguidos daquele mesmo ponto de exclamação que me comprometera a evitar - na esperança, quem sabe, de arrastar atrás de mim não digo multidões, mas pelo menos um ou outro aficionado de passeatas, momentaneamente disponível... Salva-me da tentação a lembrança de certa página de Machado de Assis, em que o mestre do estilo - e não só do estilo -, surpreendendo-se na iminência de, contra seus hábitos, carregar demais nas tintas, dirige um alerta a si próprio, mais ou menos assim: “Ui! Já me ia escapando a ênfase”. Enfio a carapuça e abandono a pauta enfática.

Para dar às minhas palavras fecho mais ameno, mais condizente com o clima e a hora - espanto-me de ver que tanta gente preferiu este salão à praia -, recordarei pilhéria dita por eminente processualista, presidente da Associação Internacional de Direito Processual, quando lhe coube enunciar as conclusões de uma sessão do Simpósio Internacional sobre a Justiça

Civil na Era da Globalização, realizado há seis anos em Tóquio. Depois de advertir em tom sério que, ao reformar a Justiça civil, não devemos esquecer que ela ainda é um serviço público, confessava o ilustre professor, ironicamente, o receio de ver algum dia escrito acima da porta de entrada de um tribunal: “Os julgamentos de hoje serão realizados num oferecimento de Coca-Cola”...<sup>16</sup> ◆

---

<sup>16</sup> Eis o trecho completo de STORME, no original: “*Finally, I wish to stress that in reforming civil justice, we should not forget that Justice is still a public service. We must sound a warning of the dangers inherent in a general ‘privatization of justice’. Let me say with the utmost frankness that I fear the day when, on entering a court, we read above the entrance door: ‘Today judgments will be rendered by this Court by courtesy of Coca-Cola’*” (no vol. cit. em a nota 2, *supra*, pág. 277).