

1 Introdução

A complexidade inerente aos limites dos poderes probatórios do juiz que nada deve ser dito de modo absoluto, de modo que nos valeremos deste texto apenas para compartilharmos perplexidades, sem pretender os diversos problemas ou estabelecer axiomas. Trata-se, pois, de uma tentativa de reflexão crítica sobre o tema.

Registre-se desde logo que adotaremos como parâmetro para o desenvolvimento do tema a realidade do processo civil brasileiro, sem prejuízo de eventuais referências a fontes de outros países. Embora os argumentos doutrinários sobre o tema sejam semelhantes¹, é relevante fixar essa advertência sobre a específica análise de direito positivo² e de referências jurisprudenciais. Esse recorte geográfico, entretanto, não significa uma abstração acerca da polêmica discussão envolvendo as atividades do juiz e das partes no processo. O amadurecimento da teoria processual deveria significar uma aversão a sectarismos e maniqueísmos doutrinários; além disso, deveria assimilar, com desconcertante naturalidade, a efetiva participação das partes nos momentos relevantes do processo, mas não é o que se verifica no atual debate³. O estudo do processo como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo que vem sendo denominado de “publicismo” (ou “ativismo”) e “privatismo” (ou “garantismo”) processual⁴.

* Pós-doutorando - UFBA. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil - PUC/SP. Membro dos Institutos Iberoamericano e Brasileiro de Direito Processual. Promotor de Justiça - RJ.

¹ Cf., por exemplo, TARUFFO: *La Prova nel Processo Civile - Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012, Capítulo II, e, em coautoria com Antonio Carratta: *Poteri del Giudice - Commentario del Codice di Procedura Civile (a cura di Sergio Chiarloni): Libro Primo: disposizioni generali - art. 112-120*. Bologna: Zanichelli, 2011. Os poderes probatórios das partes e do Juiz na Europa. *Processo Civil Comparado: ensaios*. Daniel Mitidiero (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. Conferir a propósito, ainda, a importante pesquisa de PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, nonsecundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona: Bosch, 2007.

² Encontra-se em fase final de aprovação legislativa um novo Código de Processo Civil, em que se manterão os amplos poderes instrutórios do juiz, mas o efetivo contraditório será aperfeiçoado, ao menos no que concerne a previsões legislativas. As pesquisas que pretendo realizar em estágio de pós-doutorado na Universidade Federal da Bahia consistem na análise da relação entre a prova e o juiz, considerando também algumas importantes inovações legislativas que constam do referido projeto.

³ Para um panorama sobre o atual debate, com ênfase em argumentos favoráveis ao “garantismo”, mas com trabalhos contrários a essa ideia, vale conferir a coletânea *Processo Civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em “Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Domínguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *Revista de Processo*, nº 145. São Paulo: RT, março de 2007.

⁴ Essas nomenclaturas são bastante redutoras e aqui utilizadas apenas para fins de praticidade.

Os poderes instrutórios do juiz, nesse contexto, assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema. Trata-se, na verdade, de discussão que dominou boa parte do século passado, mas, inegavelmente, é renovada a partir da própria modificação sócio-cultural que, forçosamente, afeta o modelo de processo compatível com o Estado Constitucional.

Há que se trabalhar, evidentemente, com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico⁵, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade.

Na realidade, superada a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo, deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais.

Deve-se evitar uma espécie de “patrimonialismo” processual, em que há violação da “igualdade jurídica e das garantias institucionais contra o arbítrio” e “torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta”. Esse patrimonialismo “aponta, em consequência, para um sistema autocrático, que, em lugar de se desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade”⁶.

Nesse sentido, o paternalismo e o messianismo se aproximam, sempre por meio de uma postura solipsista, e o processo democrático se afasta.

Não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser *coisa das partes*⁷ e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*.

Além do livro citado na nota anterior, registre-se importante referência bibliográfica sobre o debate recente: GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº164. São Paulo: RT, outubro de 2008. Também a versão escrita da conferência proferida por Eduardo José da Fonseca Costa: Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 82. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2013. E a recente coletânea que apresenta amplo panorama sobre o debate: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramos, José Renato Daline e Wilson Levy (org.). Salvador: JusPodivm, 2013 (original reflexão sobre a complexidade da discussão pode ser conferida em outro texto de Eduardo José da Fonseca Costa, publicado na obra coletiva ora citada: Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo).

⁵ Na própria teoria clássica do negócio jurídico privado já se via essa limitação da autonomia privada (cf., entre tantos, BETTI. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Fernando Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra, 1969, pp. 107 e 118/119). Confira-se, ainda, com profunda construção crítica, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo XII. Ainda: PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, capítulo 1.

⁶ FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista USP*, nº 17. São Paulo, 1993, p. 16.

⁷ Para uma visão do pensamento do processo como coisa das partes, TARUFFO. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980, pp. 128/129 e 142/149). Colhe-se, na p. 188 da referida obra, este excerto que bem revela o pensamento que levou à “reação” publicista: “Il mutamento di indirizzo della dottrina che in questi anni si verifica non discende invero dall’assunzione esplicita di un’ideologia politica diversa da quella liberale, e tanto meno dei principi socialisti, bensì da un’evoluzione che si colloca essenzialmente sul piano della cultura giuridica, e solo indirettamente contiene implicazioni

O afirmado nas linhas anteriores não prejudica a ideia de que o processo pode e deve ser um espaço democrático e, na companhia de Ovídio Baptista da Silva, este texto possui “o propósito de assumir uma posição decidida na defesa da jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático”⁸.

Nossa preocupação primordial com esse texto é reforçar a necessidade de os juízes possuírem poderes instrutórios, mas, também, revelar a preocupação de que tais poderes sejam uma espécie de Leito de Procusto⁹, com os julgadores esticando ou mutilando os meios de prova para que o processo caiba na sentença que lhes apraz.

2 O processo civil brasileiro, a ideologia e a cultura

Não é fácil, “quando se sai dos tipos ideais puros e se entra na história, com suas mesclas e impurezas”¹⁰, fixar com exatidão o âmbito ideológico e cultural de um processo estatal, sobretudo porque inexistem compartimentos estanques que forneçam um exato modelo de processo em determinada quadra histórica recente, na medida em que componentes privatistas e publicistas convivem ao longo do tempo, ainda que em uma relação um tanto difícil¹¹.

No processo civil brasileiro, há dois dados fundamentais que indicam o caminho cultural e ideológico da formação da teoria processual.

O primeiro relaciona-se com a história política do século vinte, especialmente nos momentos em que houve as codificações processuais, em que havia reconhecida postura autoritária do Estado.

ideologiche. Il centro del problema è rappresentato dalla definizione della natura publicista del processo civile, e dalla definizione del concetto del 'diritto di azione'. [...] In ogni caso, la c. d. 'publicizzazione' del processo civile inverte e presuppone di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge". E, na p. 191 da mesma obra, uma fundamental observação, mas pouco referida: "L'obbiettivo della polemica di Chioenda non è l'autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l'andamento del processo, congegnando quest'ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un'arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo".

⁸ *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. IX.

⁹ Procusto é uma figura mitológica, que “ajustava” as vítimas ao tamanho exato de sua cama, amputando-as os esticando-as. Por essa razão, as referências a seu nome normalmente vêm como “Leito de Procusto”.

¹⁰ FAORO, Raymundo. Ob. cit., p. 17.

¹¹ “*dada a impossibilidade de que um processo seja exclusivamente adversary ou exclusivamente inquisitório, o deslocamento do ponto de equilíbrio entre os poderes e as prerrogativas das partes, de um lado, e os do juiz, do outro, é suscetível de produzir uma reviravolta no espírito de um sistema jurídico no que concerne ao verdadeiro caráter do processo civil*” (JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversarial system? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994, p. 61). Cf., ainda, PISANI. *Publico e privado no processo civile*. *Revista de Processo* n.º 207. São Paulo: RT, maio de 2007, *passim*.

O segundo dado vincula-se a uma influência doutrinária europeia que moldou toda doutrina daquele tempo, com evidente na doutrina posterior¹² formando gerações de processualistas com uma formação cultural semelhante e presas aos mesmos dogmas. Ao contrário do que sabidamente ocorreu no início do século XX naquele continente, com o início da preocupação com o publicismo e com a visão social do processo a partir de Klein¹³, aqui se buscou uma mescla entre o processo liberal com uma postura autoritária.

Note-se que um dos argumentos mais utilizados para se afastar a efetiva participação das partes no processo civil é a ruptura com uma “visão liberal do processo”, mas o processo civil brasileiro é pródigo em estruturas liberais¹⁴. Pois a codificação processual brasileira, sem que tenha havido um efetivo Estado liberal no país¹⁵, afastou a prominência privada própria do liberalismo e instituiu o publicismo para garantia do próprio pensamento liberal¹⁶, em uma miscelânea ideológica difícil de catalogar¹⁷.

¹² Sobre esse específico ponto, vale conferir de importante trabalho de Daniel Mitidiero: O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, nº 183. São Paulo: RT, maio de 2010, especialmente pp. 176, nota 30, 185 e 190/191, respectivamente.

¹³ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, especialmente itens 4.5 e 4.6. Amplamente: NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. Sobre o tema: “o grande êxito de Klein consistiu na compreensão sociológico-econômica da instituição processual [...] Das normas processuais modernas, o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social das massas e deveria ser organizado como instituição de bem público” (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual austríaco. *Revista de Processo* nº 17, São Paulo: RT, janeiro/março de 1980, p. 149).

¹⁴ Além do referido trabalho de Mitidiero, há o fundamental *Processo e Ideologia*, de Ovídio Baptista da Silva, já citado, e a coletânea de estudos de sua autoria publicada como *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Veja-se, também, o capítulo 2 de NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Luiz Corção (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

¹⁵ CLARO, Roberto del. *Direção Material do Processo*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo: 2009, pp. 203/206 (nessa tese encontra-se interessante estudo sobre os poderes do juiz na Alemanha, onde o autor estudou e onde efetivamente o pensamento liberal se fez presente em sua plenitude). Outro ponto a ser questionado é o conceito de liberalismo do qual se faz uso. Na realidade, não houve apenas um único pensamento liberal e a análise do Liberalismo se mostra bastante complexa: MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo Antigo e Moderno*. Henrique de Aratújo Mesquita (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Álvaro de Vita (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁶ Acerca dessa “miscelânea ideológica”, convém consultar as observações de Cappelletti em *Processo, Ideologias, Sociedade*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1974, pp. 99/100.

¹⁷ Quanto ao reforço da autoridade estatal, nada mais ilustrativo e eloquente do que a transcrição de trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, de autoria de Francisco Campos: *O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios juratísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal*

Antes de prosseguir na análise dessa postura ideológica, convém estabelecer desde já que inexistente relação entre privatismo e democracia e publicismo e ditadura ou qualquer outra combinação entre esses esquemas políticos¹⁸. Isso é importante sobretudo para não vincular de modo automático os pensamentos doutrinários que propugnaram o publicismo processual, e foram contemporâneos de governos totalitários, com ideologias ditatoriais, sem que haja uma necessária relação entre as situações¹⁹⁻²⁰.

Esse trecho é bastante ilustrativo do pensamento que formou nossa doutrina processual da segunda metade do século passado, aproximando-se do que se pode chamar do “mito do bom juiz”, que habitou boa parte das ideias dos processualistas, como se pode ver em Friedrich Stein: “*solo mediante la más*

concepción nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica. Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juizes na Inglaterra: esta, a situação pleiteada para eles, nos Estados Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual”.

¹⁸ Cf., TARUFFO. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba*. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltran (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 160/164. Análise sucinta e precisa em CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, nº 153. São Paulo: RT, novembro de 2007, pp. 37/38. Também BARBOSA MOREIRA: O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, item 4. Se nos valeremos do sintético conceito de ditadura elaborado por Franz Neumann, veremos que esse sistema é possível tendo como base o privatismo e o publicismo: “*governo de uma pessoa ou de um grupo de pessoas que se arrogam o poder e o monopolizam, exercendo-o sem restrições*” (*Estado Democrático e Estado Autoritário*. Luiz Corção (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 257). Pense-se, por exemplo, nos processos em países comunistas, em que a publicização atingiu grau máximo (cf. CAPPELLETTI. *Processo, Ideologias, Sociedad*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1974, pp. 86/87).

¹⁹ TARUFFO. *La Giustizia Civile in Italia dal' 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980, pp. 191/192 e 244/245pp. 191/192.

²⁰ Acerca do impacto doutrinário e ideológico decorrente da codificação brasileira antes citada, é bastante eloquente a apreciação de Machado Guimarães (que sabidamente exerceu imensa influência na formação de Barbosa Moreira, que, por sua vez, é o autor fundamental no estudo do processo no Brasil, especialmente acerca do publicismo e dos poderes dos juizes): “*Temos para nós, porém, que esse caráter inquisitório do processo resulta do reconhecido bom-senso inglês, sempre tão sensível às necessidades de ordem prática, e que empresta às suas concepções filosóficas e jurídicas uma acentuada coloração pragmática. Reconhecendo que o processo autoritário é mais apto à consecução do seu escopo, adotam-no convictamente os ingleses, sem abjurar os seus velhos e caros princípios liberais*”, afirmando expressamente que a experiência demonstra que a liberdade individual das partes não ensejava a consecução do escopo de pacificação social, razão pela qual deveria “*ceder o passo à autoridade do Estado, manifestada através do órgão de jurisdição*” Processo autoritário e regime liberal. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, pp. 133 e 136 (o ensaio foi originalmente publicado em 1940). Não deixa de ser curiosa a referência ao processo inglês, que, ao menos na época em que o artigo foi publicado, era clássica a passividade judicial (cf. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). São Paulo: RT, 2012, p. 58. BARBOSA MOREIRA. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de Direito Processual: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 182/187. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007). Uma abordagem crítica sobre o CPC de 39 pode ser lida em SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o processo autoritário*. *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 1º. São Paulo: Saraiva, 1960, pp. 30/44.

*absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de já justicia toda la formación, experiencia y ciência que nuestros jueces poseen*²¹. A origem de tal pensamento foi muitíssimo bem detectada por Castro Mendes: “A luta que a doutrina processualista, sobretudo alemã, travou no século passado contra o regime da prova legal e a favor do regime da livre apreciação das provas, levou à aceitação, muitas vezes meramente subconsciente, da ideia de que basta livrar o juiz de todas as cadeias que o prendiam e permitir-lhe procurar a verdade, para esta ser atingida. Era ainda o mito romântico da bondade, da perfeição inata do Homem”²².

O processualismo brasileiro prosseguiu nessa assepsia cultural²³ e, ainda que apostando na preeminência judicial, concedendo, ao menos abstratamente, amplos poderes para juiz, o Código de Processo Civil de 1973 é considerado uma legislação individualista, patrimonialista e, originalmente, com cunho eminentemente repressivo²⁴.

O verdadeiro cisma existente entre o cidadão e processo estatal deve encontrar alguma alternativa para ser superado, o que não será possível por meio da exclusão continuada da autonomia da parte no contexto processual²⁵.

Como já mencionado, parece que grassa no estudo do processo uma espécie de trauma que o modelo processual do século XIX causou na doutrina, porque, mesmo se admitindo que o modelo compatível com a atual quadra histórica vincula-se a garantias constitucionais, reserva-se exclusivamente à jurisdição estatal a função de tutora.

Decorre desse ambiente cultural a crença na hipertrofia dos poderes do juiz para tutelar processualmente a conduta das partes, mas contraditoriamente alijando-as efetivamente da participação no processo.

²¹ STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. 2ª ed. Andrés de la Oliva Santos (trad.). Bogotá: Temis, 1999, p. 124. E ainda dizia Stein: “La prueba que hay que practica en el proceso no es una prueba dialéctica, lógica, que simplemente pasa de unos supuestos dados a unas conclusiones determinadas, sino una prueba histórica que pretende despertar en su receptor, el juez, mediante percepciones sensoriales, la representación de lo que se trata de probar” (p. 7). “La libre valoración da prueba ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad” (p. 41). “Solo mediante la más absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de já justicia toda la formación, experiencia y ciencia que nuestros jueces poseen” (p. 124). Esses trechos bem ilustram o impacto ideológico-cultural na evolução do estudo do direito probatório e a necessidade de contextualizar um estudo que é extremamente importante, mas, como não poderia ser de outra forma, foi um produto de seu tempo.

²² *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, s/d., p. 389.

²³ “É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística alemã, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX” (MITIDIERO. O processualismo. cit., p. 182).

²⁴ MITIDIERO. O processualismo...cit., pp. 182/190. Cf., também, os trabalhos de Ovídio Baptista da Silva já citados.

²⁵ Como afirmam DENTI e TARUFFO: “il rapporto tra il cittadino e la giustizia deve ancora trovare un modo di essere che superi la separatezza e la condizione alienante che tuttora in larga misura lo caratterizzano [...] Probabilmente, una delle vie per superare questa frattura È quella di recuperare un più ampio spazio alla partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia, sai nella fase organizzativa che nella fase propriamente giurisdizionale” (*La Giustizia Civile: lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 43).

Confia-se ao juiz, casuisticamente, a fixação do ônus da prova e, também sem critérios definidos, a instrução de determinados processos, como será examinado em item próprio.

Fixemo-nos, por ora, ainda que superficialmente, na questão envolvendo o ônus da prova para ilustrar o que vem sendo afirmado.

Em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível a inversão casuística do ônus da prova em matéria ambiental²⁶. Trata-se de julgado inegavelmente relevante, simbólico e que está de acordo com a maioria da doutrina brasileira contemporânea que escreve sobre o tema²⁷, especialmente

²⁶ REsp 883.656/RS, julgado em 09/03/2010, publicado no DJe 28/02/2012.

²⁷ Para fins de ilustração, essa teoria da dinamização do ônus da prova é especificamente examinada nos seguintes trabalhos da doutrina brasileira: SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *RT*, vol. 788, junho de 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, pp. 137/146. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005. CAMBI, Eduardo. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, pp. 340/346. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação do senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivum, 2006, pp. 519/522. CREMÁSICO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. CARPES. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. LOPES, João Batista. *Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, nº 204. São Paulo: RT, fevereiro de 2012. GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil*. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012. COUTO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do Ônus da Prova: teoria e prática*. Doutorado (tese). Universidade de São Paulo, 2011. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. Ada Pellegrini Grinover notícia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, "a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova" (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (coord). São Paulo: RT, 2005, p. 14). NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 75. São Paulo: Dialética, junho de 2009. REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 93. São Paulo: Dialética, dezembro de 2010. LOPES, João Batista. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz, as regras sobre o ônus da prova e a teoria das cargas dinâmicas. *Panorama Atual das Tutelas Individual e Coletiva*. Alberto Camina Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, nº 204. São Paulo: RT, fevereiro de 2012. SILVA, Bruno Freire. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *A Prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. LAGASTRA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família - julgamentos emblemáticos. *A Prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto.

por estender a inversão judicial do ônus da prova à matéria ambiental e por sufragar a insuficiência das regras estáticas que atribuem referido encargo.

Entretanto, do referido julgado decorrem algumas características que mais nos preocupam do que empolgam: 1) a miscelânea de princípios invocados, que vem se tornando uma prática comum na jurisprudência e na doutrina brasileiras²⁸, como se, por meio de palavras mágicas, as portas da tutela jurisdicional se abrissem para o lado que declamasse mais princípios, quase recriando a clássica sentença literária, como “se os princípios existem, então tudo é permitido”; no caso citado, no erudito e fundamentado voto, cujo mérito não é o importante a se discutir nesta sede, invocam-se os princípios da “solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda” e ainda o “princípio da precaução” e o “princípio *in dubio pro natura*”. Questiono se é necessária essa profusão principiológica para permitir a inversão concreta do ônus da prova ou se os princípios são utilizados com a finalidade de conferir autoridade retórica ao argumento; 2) foi atribuída ao legislador o abrandamento genérico da fixação abstrata do ônus da prova, quando, na realidade, tratou-se de uma decisão tópica do Judiciário, sem autorização normativa expressa *de lege lata*, tanto assim que tantos princípios foram invocados para fundamentar a inversão; questiona-se, pois, a necessidade de compartilhar com o legislador o que, corretamente ou não, deve ser assumido pelo julgador; 3) conferiu-se larga amplitude à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, afirmando-se na ementa que a providência é possível “no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo”; vê-se, pois, que os poderes judiciais genéricos autorizariam a inversão do ônus da prova, o que nos parece um perigoso tratamento da matéria; 4) por fim, nota-se uma vez mais o aspecto ideológico de centrar no juiz uma espécie de heroísmo processual, mas na condição de solista, já que a partes são simplesmente ignoradas na exposição genérica que se faz acerca dos critérios para inversão do ônus da prova (na leitura do inteiro teor verifica-se que o ministro valeu-se em boa medida de uma exposição genérica e teórica sobre a teoria dinâmica, com ampla citação doutrinária).

Além disso, a diversidade de critérios utilizados pelos juízes para a inversão dinâmica do ônus da prova, como hipossuficiência, proximidade com a prova, facilidade para obtê-la, “normalidade” ou “anormalidade” do fato a se provar, entre outras, pode significar uma fragilidade sistêmica e uma insegurança processual indesejáveis, sem contar a possibilidade de a imparcialidade restar arranhada²⁹. Essa inversão afeta igualmente a dimensão

Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. MACÊDO, Lucas Muril de. PEIXOTO, Ravi Medeiros. Ônus da Prova e sua Dinamização. Salvador: JusPodivm, 2014.

²⁸ Cf., a crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²⁹ Aqui a situação é ainda mais sensível da que incide na discussão sobre os poderes instrutórios, na medida em que a inversão do ônus da prova reconhecidamente pode definir o julgamento. Cf.

subjetiva do ônus da prova, porque elimina toda a previsibilidade necessária para a avaliação das chances e riscos no decorrer do processo.

O problema se agrava profundamente se o juiz entender que essa inversão do ônus da prova integra a decisão final, surpreendendo as partes, o que faz do processo uma cilada ritualística ante a ausência de qualquer norma preexistente nesse particular.

Mas a principal crítica que vislumbramos é o completo solipsismo do juiz em que apostam a doutrina e a jurisprudência favoráveis à ampla flexibilização do ônus probatório. Impressiona que não se mencione a possibilidade, ou melhor, a necessidade de o juiz não só comunicar às partes, mas principalmente integrá-las da tomada de decisão sobre a distribuição concreta do ônus probatório.

Defender a possibilidade de o juiz inverter topicamente o ônus da prova, mas não mencionar a participação das partes nesse contexto decisório, é sintomático e revela muito de nossa cultura processual.

Note-se que, mesmo diante de uma norma expressa no Código de Processo Civil brasileiro há décadas que autoriza convenções sobre o ônus da prova e que tais acordos não podem impossibilitar a defesa do direito em litígio, o critério para a inversão do ônus da prova no caso concreto continua a ser considerado como ato exclusivo do juiz.

Poder-se-ia argumentar que, se as partes mantiveram-se silentes, não houve interesse na disciplina privada das regras sobre ônus da prova. Esse argumento impressiona, mas não convence. Entre as funções do juiz está o respeito e o estímulo da participação das partes, inclusive quanto à conciliação em relação ao mérito do processo, não soando razoável entender que a distribuição do ônus da prova não possa ser decidida de modo compartilhado. Além disso, vem sendo construída toda uma argumentação principiológica para demonstrar que é necessário um modelo cooperativo do processo, com uma atuação paritária do juiz e das partes, o que é adequado também para a administração das regras sobre ônus probatório. Na realidade, a rigor, a possibilidade de convenções sobre ônus da prova deveria servir como mais um componente para fundamentar um processo cooperativo e não se valer de uma construção teórica para justificar a máxima efetivação de um dispositivo já existente, mas, diante do esquecimento da possibilidade convencional, vislumbra-se aqui mais um argumento para a utilização do instituto. Acrescente-se, ainda, que o protagonismo judicial que impera em nosso sistema processual, ao menos desde o Código de 1939, e toda a construção da doutrina processual brasileira formada em meado do século passado, que, por sua vez, formou todas as gerações seguintes dedicadas ao apuro conceitual e ao estabelecimento de bases publicistas do processo, a autonomia privada foi praticamente excluída da prática forense – houve uma espécie de extromissão da autonomia – e a possibilidade de convenções processuais caiu em uma espécie de esquecimento normativo, como se não constasse da legislação.

TARUFFO. *La Semplice Verità: Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 234 (essa obra recebeu tradução para o espanhol e para o português, ambas editadas pela Marcial Pons). Parece-nos, contudo, que a utilização dos poderes instrutórios de modo irrestrito também pode servir para coonestar decisões já antevistas pelo julgador e que apenas aguarda um adequado leito probatório.

Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha com a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção “liberal” e o retorno ao protagonismo – sempre parcial – das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX e que, reconhecidamente, redundou em um processo constitucionalmente inadequado, o que configura uma confusão epistêmica com desdobramentos psicanalíticos, razão pela qual se mencionou que há uma espécie de trauma cultural.

Veja-se, por exemplo, esta passagem de Barbosa Moreira: “Vale a pena recordar que, em época não muito distante – 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’. 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, assinala-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à ‘soberania das partes’ – reflexo do 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 ideia de ressuscitar essa moda”³⁰⁻³¹.

Verifica-se, nos excertos ora transcritos, que a reação ao “privatismo” é bem mais forte do que a preocupação com a participação das partes do processo, que ainda parece figurar como uma ameaça a todas as conquistas, quase universais³², acumuladas nessas décadas em que o processo, ao menos

³⁰ Privatização do processo? *Temas de Direito Processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.

³¹ Confira-se outros excertos: “Enquanto se considerava o processo como ‘coisa das partes’, era natural que se entregasse a estas – ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados – o comando do ritmo processual e a possibilidade de manejar a seu exclusivo critério outras alavancas importantes, como a colheita do material destinado a ministrar base à solução do litígio. Tal concepção foi denunciada e combatida ao longo de muitas décadas, por juristas inconformados com o amesquinamento que ela impunha à função jurisdicional. [...] Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto em realce o elemento publicístico do processo. [...] Dir-se-ia consolidada a mudança, e desnecessário qualquer esforço suplementar a seu favor. Eis senão quando o pensamento antigo ameaça querer ressuscitar. [...] Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não de valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade” (O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (oitava série)*). São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 33/36 e 40). “Outra opção, menos áspere, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de *privatismo*. Sejamos, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em que parecia jazer –, numa época em que o processo civil era tido e havido como ‘coisa das partes’, tomamos a liberdade de chamar-lhe *neoprivatismo*, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas” (O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101).

³² Cf., TARUFFO, quatro ensaios publicados em *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009: La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas. La justicia civil. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de *civil law* y de *common law*. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. Ainda, do mesmo autor, Poderes probatorios...cit.

formalmente, consolidou-se como instituição de interesse público. Ao querer assegurar benefícios, fecham-se os olhos para a incontrastável realidade de que o processo se tornou um instrumento em que às partes se reserva o papel de incômodo ainda necessário, ao menos para, em regra, iniciá-lo e custeá-lo. A dificuldade em se trabalhar com o retorno da autonomia das partes, em conjunto com a autoridade judicial, resta patente nos trechos antes transcritos.

O déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos.

Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.

3 Os “modelos” de processo

Ainda que inexista purismo nos modelos organizacionais de processos e até mesmo se discuta a permanência de sensíveis diferenças entre tipos de modelos³³, persiste relevância teórica na presente explanação, sobretudo porque consiste em um desdobramento natural do que foi exposto nos itens antecedentes, mas também porque os critérios distintivos entre eles situam-se fundamentalmente na divisão de funções entre o juiz e as partes.

Costuma-se classificar os modelos de processo, tradicionalmente, em adversarial, acusatório³⁴ ou dispositivo e inquisitivo³⁵, sendo que, segundo notícia

³³ Sobre o tema, inclusive com outras tantas indicações bibliográficas: TARUFFO. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003. *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009. *Icebergs de common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. Hermes Zaneti Júnior (trad.). *Temas Atuais de Direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Francisco Vieira Lima Neto e outros (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Também em *Revista de Processo* nº 181. São Paulo: RT, março de 2010. DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Andrea Morales Vidal (trad.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003. BARBOSA MOREIRA. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

³⁴ É o termo proposto por Taruffo também para o processo civil: *Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio*. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

³⁵ DIDIER JR. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, nº 198. São Paulo: RT, agosto de 2011. Para um panorama sobre o modelo inquisitivo: BARREIROS,

Michele Taruffo, rigorosamente a designação de “inquisitivo” não é precisa, porque tal modelo só teria existido, em sua forma plena - isto é, iniciado de ofício, desenvolvido em segredo, com provas exclusivamente obtidas pelo juiz e sem respeito a garantias processuais -, na Prússia, na segunda metade do século XVIII³⁶.

Como já mencionado, há aproximações entre os países que adotam, em princípio, modelos distintos e, após a reforma processual inglesa³⁷, profundas divergências se aprofundaram entre os modelos que, em princípio, compartilham a ideologia adversarial³⁸, ainda que, na legislação formal, haja normas que autorizem uma atuação ativa do juiz³⁹.

Em síntese, considera-se que no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo⁴⁰ e no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo, sempre tendo em conta a atribuição de poderes ao juiz ou às partes. Precisamente no ponto de equilíbrio dessa divisão de funções é que se situa o moderno debate entre o publicismo e o privatismo ou garantismo⁴¹, mas, reitera-se uma vez mais, é grave equívoco vincular a adoção de um desses modelos processuais com o regime autoritário ou democrático *tout court*. Com efeito, além de inexistir a mencionada vinculação, o mero desenho normativo não é suficiente para ensejar a aplicação de um daqueles modelos e a previsão abstrata, por exemplo, de amplos poderes instrutórios servir mais de uma carta de compromissos do que de modo efetivo de condução processual.

O modelo acusatório, portanto, confere às partes a preeminência na condução do processo, sendo que, no modelo adversarial “puro”, há uma competição entre as partes perante um juiz passivo e não há preocupação com

ob. cit., pp. 111/166. Arguta crítica em TARUFFO: *La Prova nel Processo Civile...cit.*, pp. 90/93 e item 2.2.

³⁶ TARUFFO. Cultura y proceso. *Páginas...cit.*, p. 199. Adolfo Shönke prefere denominar de Princípio da livre investigação a princípio inquisitivo (*Derecho Procesal Civil*. Prieto Castro e Víctor Fairén Guillén (trad.). Barcelona: Bosch, 1950, p. 38). Sobre o processo inquisitivo na história: FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile: contributo al chiarimento del dibattito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 11/56. Registrem-se, também, as críticas de Damaska a essa dicotomia (*Las Caras...cit.*, p. 12 e ss.).

³⁷ cf. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma interrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). São Paulo: RT, 2012, p. 58. BARBOSA MOREIRA. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de Direito Processual: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 182/187. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁸ Cf. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003.

³⁹ “[...] resulta la diferencia substancial que existe entre la imagen del juez que surge de lãs *Federal Rules of Evidence* y la realidad del comportamiento de lós jueces estadounidenses: la amenaza que constituye el parecer parciales por ser activos en la búsqueda de la verdad lês induce a la pasividad” (TARUFFO. *La cultura de la imparcialidad...cit.*, p. 50).

⁴⁰ Sobre o denominado “princípio dispositivo” e sua relação com a prova e mais especificamente, com os poderes do juiz, conferir o recente trabalho de TARUFFO e CARRATTA, *Poteri del Giudice...cit.*, pp. 449/470.

⁴¹ Cf. o panorama elaborado por RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 70. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2010. Do mesmo autor, que assume radical postura sobre o tema: Repensando a prova de ofício. *Derecho Procesal Contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II. Raúl Tavolari Oliveros (coord.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. Ainda a obra coletiva *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Didier Jr., Nalini, Ramos e Levy (coord.). Salvador: JusPodivm, 2013.

o conteúdo da decisão ou o resultado das provas, bastando que se observe a gestão do processo de acordo com a vontade das partes⁴².

Já no que pode ser denominado de modelo acusatório de garantias, em que se observam os direitos fundamentais, oferecendo uma tutela jurisdicional efetiva e de acordo com a conformação constitucional do processo, deslocando-se assim, de certa forma, a discussão da divisão de funções entre as partes e o juiz, por inexistir incompatibilidade entre a observância de garantias e a gestão oficial do processo⁴³. Trata-se de um equilíbrio entre a autonomia das partes, o modelo constitucional do processo e uma condução ativa do juiz, a fim de obter decisões justas⁴⁴.

Um terceiro modelo de organização do processo centra-se no princípio da cooperação⁴⁵, cujos contornos decorrem do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, em que se inclui o juiz no diálogo processual, a condução do processo não se mantém ao livre arbítrio das partes e muito menos se outorga um papel inquisitorial ao juiz⁴⁶. O processo mantém-se simétrico até a prolação da sentença, quando, por se tratar de ato exclusivo da autoridade estatal, incide uma função eminentemente assimétrica, mas que está submetida igualmente a deveres decorrentes do devido processo legal⁴⁷.

O denominado “garantismo processual”, que reavivou de forma radical o debate entre o publicismo e o privatismo⁴⁸, e conseqüentemente, entre os modelos processuais ora mencionados, insere-se justamente na gestão da prova.

⁴² TARUFFO. Consideraciones sobre...cit., p. 368.

⁴³ TARUFFO. Consideraciones sobre...cit., pp. 369/371.

⁴⁴ TARUFFO. Consideraciones sobre...cit., pp. 372/374.

⁴⁵ Cf. OLIVEIRA. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 17/09/2012. DIDIER JR. Os três modelos...cit. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra, 2010. MITIDIERO. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo* nº 194. São Paulo: RT, abril de 2011. BARREIROS, ob. cit., pp. 167/228. Por conta da existência de um processo em cooperação, Daniel Mitidiero designa os modelos processuais como isonômico, assimétrico e cooperativo, em que este último confere ao juiz uma dupla posição: paritário na condução do processo, no diálogo processual, e assimétrico na decisão (*Colaboração...cit.*, pp. 101/102).

⁴⁶ DIDIER JR. Os três modelos...cit., p. 219.

⁴⁷ DIDIER JR. Os três modelos...cit., p. 220.

⁴⁸ O centro do debate pode ser conferido no já célebre livro *Proceso Civil e Ideologia*, coordenado por Juan Montero Aroca (ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), com ensaios de Franco Cipriani, Giovanni Verde, Girolamo Monteleone, Joan Pico i Junoy, José Carlos Barbosa Moreira, Adolfo Alvarado Velloso, Federico G. Dominguez, Eugenia Ariano Deho e Luís Correia de Mendonça, e duas cartas trocadas por Augusto Mario Morello e Juan Montero Aroca. Ainda: CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. CIPRIANI (coord.). *Stato di Diritto e Garanzie Processuali: atti delle II Giornate internazionali di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. MENDONÇA, Luís Correia de. O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil. *Revista de Processo*, nº 172. São Paulo: RT, junho de 2009. QUIJANO, Jairo Parra. *Racionalidad e Ideologia en las Pruebas de Oficio*. Bogotá: Temis, 2004. VELLOSO, Alvarado. *Devido Processo versus Pruebas de Oficio*. Bogotá: Temis, 2004. RAMOS, Glauco Gumerato. *Repensando a prova de ofício. Derecho Procesal Contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II (também publicado em *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Didier Jr., Naliní, Ramos e Levy (coord). Salvador: JusPodivm, 2013). Raúl Tavolari Oliveros (corr.). Santiago: Puntotex, 2010. COLOMER, VILAR, CUADRADO (coord.). *Juan Montero Aroca - El Derecho Procesal Español del Siglo XX a Golpe de Tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012 (não são todos os artigos que tratam do garantismo processual diretamente, mas, nas mais de mil e trezentas páginas do livro, a grande maioria aborda o tema e oferece um interessante panorama do pensamento sobretudo acerca dos poderes do juiz e sua carga autoritária). Excepcional síntese em GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo*, nº 164. São Paulo: RT, outubro de 2008.

Trata-se de discussão que perpassa tudo o que foi exposto ligeiramente neste artigo e se refere diretamente aos poderes instrutórios do juiz, tema para o qual se dedicará o item seguinte.

Com efeito, o compartilhamento de atividades entre o juiz e as partes é o cerne da conformação ideológico-cultural do processo, cujo pêndulo sempre tende para os extremos em que se situam os radicalismos, não raras vezes embaçando relevantes debates e conferindo um tom passional próximo ao paroxismo e ao maniqueísmo.

4 Poderes instrutórios do juiz

Os diversos problemas envolvendo os poderes instrutórios do juiz originaram múltiplos estudos nas últimas décadas⁴⁹⁻⁵⁰, não sendo esta a sede própria para a reconstrução de seus contornos fundamentais, que podem ser consultados nas referências bibliográficas que colacionamos. Entretanto, é necessário mencionar algumas linhas gerais sobre o tema, não sem antes assinalar que a tendência atual é o reconhecimento legislativo de poderes instrutórios do juiz⁵¹, sendo que no Brasil a jurisprudência é firme em conferir

⁴⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, o autor brasileiro que mais cuidou do tema: O juiz e a prova. *Revista de Processo*, nº 35. São Paulo: RT, julho/setembro de 1984. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. Breves reflexões sobre a iniciativa oficial em matéria de prueba. *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Por um processo socialmente efetivo. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Duelo e processo. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O novo Código Civil e o direito processual. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Em célebre conferência, afirmou Barbosa Moreira: “estou, e tenho a certeza de que ficarei até a morte, seguramente, inabalavelmente, convencido de que é preciso que o juiz se compenetre da necessidade de que ele assuma realmente, não formalmente apenas, a sua responsabilidade na direção do processo”. [...] Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria – se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortabilíssima posição de ter de ser sempre parcial, quer atue, quer não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me” (Os poderes do juiz. *O Processo Civil Contemporâneo*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, pp. 95/96). Confira-se, ainda, entre outras referências citadas no decorrer deste texto: BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011. Juiz, processo e justiça. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Didier Jr., Nalini, Ramos e Levy (coord.). Salvador: JusPodivm, 2013. MARGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. *A Produção da Prova no Direito Processual: o alcance e os limites do ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. CABRAL, Trícia Nvarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Didier Jr., Nalini, Ramos e Levy

imensa amplitude na determinação oficial da prova⁵².

(coord). Salvador: JusPodivm, 2013. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Insuficiência probatória, ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 96, março de 2011. WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008. FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: RT, 2013, capítulo 9 (o autor considera ser um princípio fundamental do direito probatório o que denomina de "deveres-poderes instrutórios do juiz"). Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 109 e ss. CAMPO, Hélio Márcio. *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. Para o debate da questão no processo penal: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados o REsp 17591/SP, o REsp 151924/PR, o REsp 471857/ES e o REsp 1072276/RN. Alguma notícia do tema no direito comparado em: LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*. Barcelona: J M Bosch, 2003. LLUCH, Xavier Abel. *Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 2005. TARUFFO. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba (apêndice I)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008. FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile: contributo al chiarimento del dibattito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. CAVALLONE, Bruno. *Il Giudice e la Prova nel Processo Civile*. Padova: CEDAM, 1991, parte prima. CARACENI, Lina. *Poteri d'Ufficio in Materia Probatoria e Imparzialità del Giudice Penale*. Milano: Giuffrè, 2007. SOTELO, José Luis Vásquez. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo nº 177*. São Paulo: RT, novembro de 2009. Fundamental exame histórico em PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, nonsecundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona: Bosch, 2007, segunda parte.

É sabido que na Espanha o artigo 429.1, II e III da Ley de Enjuiciamiento Civil prevê a faculdade, na fase de audiência prévia, integrado do juiz, alertando às partes sobre uma possível deficiência das provas propostas, buscando conciliar as profundas divergências ideológicas em matéria probatória na doutrina local; já o artigo 752.1 amplia a atuação probatória oficial nos denominados "processos indisponíveis" (processos que versem sobre incapacidade, filiação e matrimônio, na forma do art. 748 daquela lei). Sobre o tema, além dos textos de Sotelo e Junoy antes referidos, há amplo panorama no recente livro de LLUCH, Xavier Abel. *Derecho Probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012, capítulo IV. No processo canônico, a regra é o princípio dispositivo, podendo o juiz exercer poderes instrutórios para evitar injustiças e para estabelecer o equilíbrio na distribuição do ônus probatório, com base na equidade (ORDEÑANA, Juan Goti. *Tratado de Derecho Procesal Canónico*. Madrid: Colex, 2011, pp. 313/315. Em sentido aproximado, TUCCI e AZEVEDO. *Lições de Processo Civil Canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001, pp. 104/105 e 122).

⁵⁰ Registre-se uma referência histórica: Eduardo Espínola, por expressa influência de Chiovenda e Lessona, elaborou a regra que constou no artigo 127 do Código do Processo do Estado da Bahia, de 1915: "O juiz pode ordenar *ex-officio* as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade dos fatos allegados, depois de realizadas as que forem requeridas pelas partes" (*Código do Processo do Estado da Bahia Anotado*. Salvador: Typ. Bahiana, 1916, pp. 499/501).

⁵¹ Cf. TARUFFO. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba (apêndice I)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁵² Veja-se, entre tantos, o ilustrativo julgado do Superior Tribunal de Justiça, que ainda trabalha com o conceito de "verdade real": "Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. - Embora recaia sobre o devedor-embarante o ônus de demonstrar a inexistência dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional. Recurso especial improvido" (REsp 1012306/PR, julgado em 28/04/2009, DJe 07/05/2009). Ainda vale transcrever esta ementa: "Agravado regimental em agravo de instrumento. Processual civil e administrativo. Ônus da prova. Determinação *ex officio* de juntada de documentos pelo juiz. Possibilidade. Iniciativa probatória. Formação livre do

É conhecida a polêmica sobre a relação entre a imparcialidade do juiz⁵³ e sua iniciativa probatória, mas parece-nos que esta questão pode ser considerada bem equacionada, em princípio, pela constatação de que tanto a ação judicial quanto a omissão em matéria probatória possui potencial para favorecer alguma das partes⁵⁴.

Entretanto, há que se verificar com temperamentos essa imunização da imparcialidade judicial na determinação de produção de algum meio de prova, a fim de que, sob um pretexto democrático e louvável, travestir-se uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca “poppereana”⁵⁵ de provas para preencher lacunas de

convencimento. Art. 130 do CPC. 1. Está assentado nesta Corte Superior o entendimento de ser possível ao magistrado determinar, de ofício, a realização das provas que julgar necessárias, a fim de firmar devidamente o seu juízo de convicção, sem que isso implique violação do princípio da demanda, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. A iniciativa probatória do juiz, no Direito Pátrio, é ampla, podendo agir *ex officio*, para assim chegar à verdade real, no interesse da efetividade da Justiça. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no Ag 1154432/MG, julgado em 06/11/2012, Dje 14/11/2012). Anteriormente, o mesmo Tribunal possuía entendimento mais equilibrado: “Processual civil - Prova pericial - Determinação de ofício pelo juiz - Possibilidade, não dever - Cerceamento de defesa - Inocorrência. 1. Os arts. 130 e 1.107 do CPC, mitigando o Princípio da Demanda, conferem poderes instrutórios ao Juiz, mas não lhe impõem o dever da investigação probatória. Mesmo porque, nos fatos constitutivos do direito o ônus da prova cabe ao autor (CPC, art. 333, I). 2. A faculdade outorgada para instrução probatória do Juízo milita em favor duma melhor formação da convicção do Magistrado. No entanto, o Juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, ainda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito. 3. Recurso improvido” (REsp 471.857/ES, julgado em 21/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 207).

⁵³ Sobre a questão da imparcialidade, ainda que não apenas ligada diretamente aos poderes instrutórios: TARUFFO. *La cultura ...cit.*. Com interessante abordagem, especificamente sobre as provas determinadas de ofício, OAKLEY, Hugo Botto. O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico? *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy (org.). Salvador: JusPodivm, 2013, em que desenvolve o tema a partir de pesquisas efetuadas por Amos Tversky e Daniel Kahneman, cujos trabalhos básicos foram publicados no Brasil no livro *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Cássio de Arantes Leite (trad.). São Paulo: Objetiva, 2012 (o livro é de autoria de apenas de Kahneman, mas aborda as pesquisas realizadas com Tversky e dois dos clássicos trabalhos de ambos estão nos Apêndices A e B do volume).

⁵⁴ Como bem observou Barbosa Moreira, “o uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará do esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro” (Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual* (Quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48). Lembre-se, também, de Mauro Cappelletti, pra quem é preciso distinguir imparcialidade de passividade: “o juiz deve ser imparcial em relação ao conteúdo da controvérsia, mas não quanto à relação processual propriamente dita”, acrescentando que deve ser respeitado o princípio dispositivo em sentido “substancial ou próprio” (iniciativa de começar o processo e determinar seu conteúdo), não havendo sentido em preservá-lo no sentido “processual ou impróprio” (Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. *O Processo Civil Contemporâneo*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, p. 13).

⁵⁵ DAMASKA. *Las Caras...cit.*, p. 208.

conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões⁵⁶ e violando limitações probatórias⁵⁷.

Trata-se, evidentemente, de uma patologia no uso dos poderes instrutórios, mas não se pode ignorar sua ocorrência, assim como também não se deve excluir a utilização da iniciativa instrutória apenas como forma de demonstração de poder⁵⁸, com a finalidade de constranger partes e advogados em audiências ou coonestar algum descumprimento de regra processual por uma das partes.

Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões decisórios, por exemplo, que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais, também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária⁵⁹.

⁵⁶ O Superior Tribunal de Justiça possui inúmeras decisões nesse sentido, como esta: “a iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça” (AgRg no REsp 1157796/DF, DJe 28/05/2010). Há, contudo, julgado do mesmo Tribunal em que esse posicionamento foi parcialmente restringido: “A parte deve apresentar o rol de testemunhas no prazo fixado pelo juiz, sob pena de a prova testemunhal ser indeferida em atenção ao princípio do tratamento igualitário que deve ser dispensado às partes. Precedentes. Hipótese em que não se aplica o entendimento de que o juiz pode ouvir testemunhas arroladas fora do prazo legal, porque não se encontra em discussão direito indisponível, circunstância que justificaria a iniciativa probatória do magistrado, que, ademais, é o destinatário da prova e a quem cabe analisar a necessidade de sua produção ou não” (CPC, 130 e 131). (EDcl no REsp 1344511/DF, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013). Cf. CABRAL, Trícia. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento...*, pp. 151/166. Entende Heitor Sica que inexistiu preclusão em matéria de iniciativa instrutória pelo juiz (*Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 241/243). Assim também Daniel Neves (*Preclusões para o Juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*). São Paulo: Método, 2004, pp. 269/270). Preocupa-me, entretanto, a utilização da iniciativa instrutória como mera demonstração do poder e como meio de burla da segurança do processo, mas, efetivamente, no exercício regular dos poderes instrutórios a ideia de preclusão soaria como obstáculo capaz de tornar letra morta a produção probatória de ofício. Registre-se, contudo, que o raciocínio utilizado para se defender a eficácia preclusiva do despacho saneador (sobre o tema, DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 591/597).

⁵⁷ Sobre as limitações probatórias, a excelente tese de GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013. Ainda: GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, 2009, disponível em www.redp.gov.br, acesso em 19 de dezembro de 2012.

⁵⁸ Lembre-se a nociva ideia, dita com ares de verdade absoluta por quase toda a jurisprudência e grande parte da doutrina de que “o juiz é o destinatário da prova”, o que leva às conhecidas e autoritárias fórmulas pronunciadas em audiências como “não preciso de mais provas” ou “dispensar as testemunhas porque já estou satisfeito”, como se produção de prova fosse uma espécie de refeição processual para alimentar o intelecto pessoal do juiz. Sobre o tema: MATTOS, Sérgio. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. Veja-se como se pronuncia o Superior Tribunal de Justiça: “Sendo o magistrado o destinatário da prova, e a ele cabe decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento” (AgRg no AREsp 326.159/SP, julgado em 27/08/2013, DJe 05/09/2013).

⁵⁹ “Puede suceder, ciertamente, que el juez quiera favorecer a una parte sirviéndose de sus facultades instructivas, pero es dudoso que en este caso se verifique un verdadero abuso de su discrecionalidad:

A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo⁶⁰, do que no não exercício desse poder casuisticamente.

Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual.

Essa questão refere-se diretamente ao problema da fundamentação das decisões, já que esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta, categoria que possui relevância e utilidade apenas em questões religiosas e metafísicas, e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial⁶¹.

A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal. Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação.

Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se

si tal prueba no sirve para nada, la prueba no modifica el resultado de la controversia. Si, por el contrario, la prueba sirve para determinación de los hechos, entonces es relevante y útil para el proceso, y por lo tanto sigue careciendo de importancia la motivación puramente subjetiva con la cual el juez haya decidido ordenar su práctica. De cualquier manera se busca evitar los abusos, pero la posibilidad de que se cometan no puede llevar a eliminación de los poderes del juez" (TARUFFO. La cultura de la imparcialidad...cit., p. 52). Uma abordagem filosófica interessante sobre as atividades judiciais, especialmente sobre a discricionariedade judicial, vê-se em MARÍN, Rafael Hernández. *Las Obligaciones Básicas de los Jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 255/329.

⁶⁰ Cf. TARUFFO. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Hermes Zaneti Jr. (trad.). *Revista de Processo* n° 181. São Paulo: RT, março de 2010, p. 171. Como diagnosticou Barbosa Moreira, com permanente atualidade, "cumpre reconhecer que não são muito frequentes, na prática judiciária brasileira, as iniciativas instrutórias oficiais. À luz do que acima ficou dito, seria pouco razoável imputar o fato a eventuais imperfeições da lei. Sem esquecer o comodismo e a 'abulia profissional' – defeitos de que os magistrados, seres humanos, não estão necessariamente isentos –, são causas principais: de um lado, a sobrecarga de trabalho e, em termos genéricos, as condições desfavoráveis sob as quais desempenha suas funções a grande maioria dos órgãos judiciais, sobretudo os de primeiro grau; de outro, a mentalidade ainda dominante em certos setores (inclusive da mais autorizada doutrina), que vê com reserva, quando não com aberta desconfiança, a atuação espontânea do juiz na pesquisa da verdade, por suscetível de fazê-lo descambar para a posição 'parcial' – como se não existissem outros meios, bastante eficazes, de conjurar o risco, sem desestímulo ao exercício, pelo órgão judicial, de poderes que o ordenamento decerto não lhe atribui sem a esperança de que sejam *de fato* utilizados" (A função social...cit., pp. 53/54).

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. O Problema do "livre convencimento" e do "protagonismo judicial" nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Flaviane de Magalhães Barros e José Luiz Bolzan de Moraes (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicitando as razões que sustentam racionalmente a conclusão⁶².

Argumentar-se que a indiferença instrutória em determinados casos integra a disputa processual é equiparar o processo a uma competição e subverter toda a lógica que fundamenta a efetivação dos poderes instrutórios do juiz.

Um exemplo singular, mas do qual decorrem algumas reflexões relacionadas ao tema: um acidente automobilístico envolvendo três carros, cada qual com um condutor, no cruzamento sem sinalização de determinada comarca, que conta com juízo único. Todas as partes são capazes e os direitos pleiteados são disponíveis (pleiteiam-se apenas indenizações em virtude de danos materiais e lesões corporais). Ajuíza-se ação contra um condutor, não se arrolam testemunhas e apenas fotografias são anexadas aos autos e as partes prestam os respectivos depoimentos. Consta no boletim de registro de acidente de trânsito a identificação de um comerciante que estava próximo ao local, além da identificação dos policiais que realizaram a ocorrência. O juiz, apenas com os elementos dos autos e com as regras de distribuição do ônus da prova, julga improcedentes os pedidos. Alguns meses depois, o outro envolvido ajuíza ação semelhante contra o mesmo réu daquele primeiro processo, com as mesmas circunstâncias fáticas e os mesmos elementos de convicção. Dessa vez, o mesmo juiz resolve ouvir como “testemunhas do juízo” os policiais e o comerciante e também determina a realização de inspeção no local do evento, além de determinar expedição de ofício à secretaria municipal competente para que informe sobre detalhes viários daquele trecho. Com as provas produzidas, julga os pedidos procedentes.

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrolo do critério judicial é absoluto e o arbítrio será coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar

⁶² “Ciò porta a sottolineare che, indipendentemente da eventuali movenze retoriche, l’obbligo di motivazione richiede che la giustificazione della decisione in fatto *esista*, sia *completa* e sia *altresì coerente*” (TARUFFO. *La Semplice...*, p. 241). Nesse sentido: ABELLÁN. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010., capítulo IV. Oportuna a transcrição deste trecho de Arthur Kaufmann: “Se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a *tese* segundo a qual o juiz ‘só está sujeito à lei’, e, provavelmente, ainda existirão juizes que estão, realmente, convencidos que formulam a decisão de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízo de valor pessoal” E, após considerar inevitável a carga axiológica do juiz, aponta o autor a existência de “fundamentações aparentes”, concluindo que “censurável é o facto de não argumentarem com clareza, antes proferindo um acto de autoridade/poder (para evitar mal-entendidos: jurisprudência sem autoridade/poder, sem decisão, não é possível; simplesmente, a autoridade/poder deve justificar-se pela argumentação)” Filosofia do Direito, teoria do Direito, dogmática jurídica. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira (trad.) A. Kaufmann e W. Hassemmer (org). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 184/185. Veja-se, do mesmo autor, *Filosofia do Direito*. 2ª ed. António Ulisse Cortês (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 84/92

a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas.

O exemplo antes formulado, propositalmente, veicula direitos disponíveis, exatamente por ser essa uma outra discussão envolvendo a amplitude dos poderes instrutórios do juiz. A disponibilidade do direito⁶³ foi um critério relevante utilizado pela jurisprudência brasileira⁶⁴ e ainda é um critério que conta com diversas adesões doutrinárias e legislativas, como na já mencionada lei espanhola, mas hoje não conta com intensa adesão da doutrina pátria⁶⁵. Ou seja: da indisponibilidade do direito decorrem efeitos processuais importantes, como a legitimidade do Ministério Público, a impossibilidade de estabelecimento de negócios jurídicos, a necessidade de formalidades em atos processuais, mas, nessa linha de entendimento, não se distinguiria dos direitos disponíveis para fins instrutórios por meio da atividade judicial⁶⁶.

Entretanto, nota-se ainda na jurisprudência, se não uma vedação à atividade instrutória do juiz em processos envolvendo direitos disponíveis, uma maior tolerância na omissão judicial, que, nesse contexto, não teria relevância jurídica para fins recursais, por exemplo⁶⁷. Trata-se de entendimento

⁶³ A (in)disponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, que será abordado oportunamente com mais vagar, vale conferir: OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti: analisi di una categoria*. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSI, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Espaço Jurídico, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra, 2004. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁶⁴ I - Na fase atual da evolução do direito de família, e injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. III - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes" (STJ - REsp 43467/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18/03/1996, p. 7568). Excelente análise dessa temática em WAMBIER. SANTOS. Ob. cit., item 7.1.

⁶⁵ Ampla discussão em BEDAQUE, ob. cit., pp. 135/148. CASTRO, ob. cit., pp. 277/298.

⁶⁶ Cf. ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(In)disponibilidade do Direito Processual Civil: uma análise do seu reflexo sobre a atividade do juiz e das partes à luz dos princípios fundamentais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2002, pp. 143/144 e 177.

⁶⁷ "Cuidando a ação de direitos disponíveis e não existindo nos autos notícia de significativa desigualdade

defensável tecnicamente, mas que acaba por quebrar a uniformidade do sistema e incentivar um indesejável casuismo, na medida em que se considera a atividade instrutória uma espécie de benesse oficial.

Note-se que, em simetria com as regras que fixam o ônus probatório, os poderes instrutórios do juiz somente incidem em casos de incompletude da prova e permanência de dúvida⁶⁸⁻⁶⁹.

sócio-econômico-cultural entre os litigantes, não há falar em violação ao art. 130 do Código de Processo Civil pela ausência de produção de provas ex officio” (REsp 242.219/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 01/07/2002, p. 280). “[...] em atenção também ao princípio do dispositivo, convém restringir o uso tradicionalmente indiscriminado do despacho que chama as partes a dizerem se têm outras provas a produzir, pois, dogmática e legalmente falando, os momentos para tanto já ocorreram (inicial e contestação). E, ainda, também em observância ao princípio do dispositivo, o magistrado deve ser parcimonioso ao determinar a produção de provas no saneador, evitando tornar controversos pontos sobre os quais, na verdade, as partes abriram mão de discutir - e, portanto, de tornar controversos. O objetivo do Código de Processo Civil é claro: evitar delongas injustificadas e não queridas pelos litigantes que, muito mais do que o atingimento da sacrossanta “verdade material” ou o prestígio da igualmente paradoxal “verdade formal”, acabam prejudicando as partes interessadas, na medida em que inviabilizam uma tutela adequada e eficiente. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor. [...]” (REsp 840.690/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28/09/2010). “[...] A produção de provas no processo civil, sobretudo quando envolvidos interesses disponíveis, tal qual se dá no caso em concreto, incumbe essencialmente às partes, restando ao juiz campo de atuação residual a ser exercido apenas em caso de grave dúvida sobre o estado das coisas, com repercussão em interesses maiores, de ordem pública. Impossível, assim, exigir-se a anulação da sentença de primeira instância, mediante a pueril alegação de que ao juízo incumbia determinar a realização de provas ex officio. Tal ônus compete exclusivamente à parte interessada na diligência” (AgRg no REsp 1105509/RN, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 18/12/2012).

⁶⁸ Valho-me de instigante situação exposta por Eduardo José da Fonseca Costa, juiz federal e ilustre processualista, em grupo de debates iniciado pela Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo: “Se ao cabo da instrução o juiz ordena *ex officio* produção probatória, é porque ainda tem dúvida. Isso significa que o autor não se desincumbiu a contento do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito. Após a aludida produção, chegar-se-á a um dos seguintes resultados: 1) provar-se-á fato constitutivo do direito do autor; 2) provar-se-á fato impeditivo do direito do autor; 3) provar-se-á fato extintivo do direito do autor; 4) provar-se-á fato modificativo do direito do autor; 5) não se provará nada. Os resultados (2), (3), (4) e (5) mostram que a dilação probatória foi inútil, pois antes dela o juiz já poderia ter proferido sentença de improcedência por falta de prova. Isso mostra que, na verdade, o juiz sempre mirou - ainda que inconscientemente - o resultado (1). Indago-lhes: há nisso imparcialidade? O juiz não estaria suprimindo indevidamente a incompetência probatória do autor? Agir com “parcialidade positiva” em favor do autor não significa agir com “parcialidade negativa” em desfavor do réu?”. Ainda que a citação peque pela informalidade da fonte, considero oportuna pela originalidade e pela percuciência, além do respeito à autoria.

⁶⁹ Nesse sentido, pode-se dizer que, em um quadro de penúria probatória, a iniciativa judicial é um antecedente da aplicação das regras que disciplinam a distribuição do ônus das partes. Em sentido contrário: BEDAQUE. *Poderes...cit.*, item 3.4, em que se expõe que as regras previstas nos artigos 130 e 333 do CPC se aplicam em momentos diversos. São coisas distintas a que se refere Bedaque: uma coisa é a situação de incerteza em que se encontra o juiz que determina a produção de provas; outra situação é aquela em que se refere à influência do exercício dos poderes instrutórios na permanência das regras que fixam o ônus probatório. Correto, no ponto, Joan Picó i Junoy: “Así la carga de la prueba no impide que el juez, de oficio, pueda ordenar la práctica de un medio probatorio pues, como he indicado, esta institución entra en juego y adquiere plenaeficacia en el momento de dictar sentencia y no com anterioridad, permitiendo saber al juzgador a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de ta-les hechos. Por ello, correctamente, el art. 217.1 LEC establece que el *onus probandi* debe tomarse en consideración: ‘Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerados unos hechos relevantes para la decisión’. En consecuencia, las reglas de la

5 Encerramento

O título deste artigo contém referência ao mito do Leito de Protusco precisamente em razão de os poderes instrutórios poderem servir para que o processo se amolde a uma decisão aprioristicamente engendrada pelo juiz. Ou seja: os poderes instrutórios podem ser utilizados para coonestar uma decisão já formada, como se o processo pudesse ser esticado ou amputado para que caiba no julgamento já formado.

Se está comprovado que o método menos eficiente de se descobrir a verdade⁷⁰ dos fatos discutidos no processo está na outorga exclusiva às partes da atividade instrutória⁷¹, não menos correto é afirmar que o descontrole dos poderes probatórios do juiz é claramente uma ofensa ao devido processo legal.

É correta a advertência de que não se deve analisar a outorga de poderes instrutórios para o juiz apenas pelo lado patológico⁷². Parece-nos, porém, que a possibilidade de esse exercício de poder ser fonte de abusos e escolhas arbitrárias justifica a preocupação que procuramos demonstrar com este texto.

Não se pode ignorar que em determinado processo haja uma seleção arbitrária dos fatos necessários para fundamentar uma decisão já encontrada ou que os poderes instrutórios apenas revelem uma demonstração de autoridade, violadora inclusive do contraditório.

carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos" (La iniciativa probatoria del Juez civil: un debate mal planteado. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 3, 2007, disponível em dialnet.unirioja.es, acesso em 19 de dezembro de 2012). Trícia Cabral enxerga nos poderes instrutórios do juiz a justificativa para a distribuição dinâmica do ônus da prova (ob. cit., pp. 148/149). Heitor Sica entende que o reconhecimento de poderes instrutórios do juiz implica a atenuação do ônus da prova e também a mitigação do ônus de afirmação, podendo o juiz, ao identificar indícios de determinada matéria de defesa, mesmo não alegada pelo réu, tem o poder-dever de instruir a causa, o que, em sua visão, está incluído, por exemplo, no artigo 265.3 do CPC português: "Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer". Esse raciocínio é estendido por Sica ao autor, a partir das alegações veiculadas na réplica, já que "a posição jurídica do réu, ao rebater os fatos alegados na petição inicial, é igual à posição jurídica do autor em impugnar os fatos alegados na resposta" (*O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 154/163).

⁷⁰ A relação entre a verdade e processo é outro tema caro a Taruffo. Sobre o tema: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. SUCAR, Germán. *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. Sobre esse importante estudo de Taruffo (também publicado em espanhol e português pela editora Marcial Pons), célebre tratadista da matéria, com diversos outros trabalhos publicados, foram escritos dois artigos que merecem consulta: CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. *Revista de Processo* nº 184. São Paulo: RT, junho de 2010. CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). *Rivista di Diritto Processuale, volume LXV (II serie)*. Padova: CEDAM, 2010, em que se analisa cada capítulo que compõe aquele livro. Resposta em TARUFFO: Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. *Rivista di Diritto Processuale, LXV, nº 5*. Padova, CEDAM, 2010.

⁷¹ TARUFFO. Poderes...cit., p. 175.

⁷² TARUFFO. Poderes...cit., pp. 181/183.

Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista.

Para ilustrar essa situação, vale transcrever o método revelado com extravagante sinceridade e naturalidade pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello: “Costumo dizer que, como magistrado, ao defrontar-me com uma controvérsia, primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para a lide. Somente após, vou à dogmática buscar o indispensável apoio. E ao assim proceder, exerço - porque toda interpretação o consubstancia - um ato de vontade. Vou à dogmática, vou à ordem jurídica em vigor movido por uma inspiração. E essa inspiração atende ao terceiro instituto do trinômio ‘Lei-Direito-Justiça’. É, justamente, a busca da almejada justiça”⁷³. Em contraponto a essa declaração, lembro conhecida passagem de

⁷³ Voto proferido no Recurso Extraordinário nº 236948/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 31/08/2001, p. 65 (o trecho transcrito está na fl. 778 dos autos, conforme cópia disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal). O Ministro, além de se mostrar absolutamente convicto, parece se orgulhar do pensamento, já que o repete há anos, inclusive em ementas de julgamento e no discurso proferido no dia 17 de junho de 2010, em solenidade comemorativa às suas duas décadas como integrante daquela Corte. Interessante passagem de Canotilho é pertinente para o debate: existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão “produzem-se critérios não codificados” que acabam por se transformar, ao arripio dos critérios formais, nos critérios fundadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro *paradoxo da decisão*: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente introduzida, e é mesmo remetida para o “silêncio” na explicitação fundamentadora. Dito por outras palavras: na perspectiva do sistema da informação os critérios invisíveis e os momentos informais são mecanismos de seleção procedimental ou processual conducentes (ou, pelo menos, influenciadores) à decisão sem que em momento formal algum beneficiem de qualquer explicitação. A invisibilidade é total quando se chega à fase da fundamentação. Em grande número de casos de júris acadêmicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada. (13/14) Exige-se, pois, saber e ciência ao decisor para este decidir com saber e ciência. O decidir é um acto de prudência, pois a prudência outra coisa não é senão a decisão justa, sobretudo em situações de incerteza. O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem procedimental ou processualmente, de forma transparente, na produção da decisão (Julgar e decidir as invisíveis manhas da decisão nos “tribunais acadêmicos”. *Revista Julgar*, nº 1, 2007, disponível em sites.google.com/site/julgaronline, acesso em 09 de agosto de 2012, pp. 13/15). Também Taruffo: “O Direito, na realidade, em grande medida omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar. Além disso, é fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o *material* e as *formas* mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc. Trata-se pois de um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, linguísticas, cognoscitivas e de argumentação. [...] É preciso, pois, conscientizar o fato de que o raciocínio do juiz é inevitavelmente *imerso* no senso comum, o qual compõe, juntamente com o Direito, o seu contexto inafastável. Embora isso ocorra com frequência, seria um erro substancial de perspectiva *extrair* o raciocínio do juiz desse contexto, *prescindindo-se* deste por encará-lo como um simples esquema lógico colocado no vácuo. Isso aconteceu com várias teorias sobre a decisão judiciária que, pretendendo isolar e pôr em evidência a estrutura lógica da sentença (talvez para afirmar sua aderência ao modelo silogístico), acabaram por sugerir imagens *radiográficas* muitas vezes desfocadas ou não muito fiéis, em vez de retratos razoavelmente completos do raciocínio

Barbosa Moreira: “É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, ‘iluminado pelo Espírito Santo’, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistira sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno...”⁷⁴.

Esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial⁷⁵.

A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal.

Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. O pensamento que persiste na antiga crença de que a prova serve unicamente à formação do convencimento do juiz e autoriza que a fundamentação indique apenas o que lhe formou o convencimento, desobrigando, aparentemente, da atividade de um exame completo do material probatório vem assumindo ares de – perdoe o aparente trocadilho – verdade. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação.

Perdoe-se o truísmo: para que se preocupe com o conteúdo da motivação, primeiro é necessário que essa motivação exista materialmente, em substância, já que sua existência formal não apresenta maiores problemas.

do juiz. [...] A noção de senso comum inclui as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado” (Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Cândido Rangel Dinamarco (trad.). *Revista Forense*, Vol. 355. Rio de Janeiro: Forense, maio/junho de 2001, pp. 102/103). Danilo Knijnik enxergou traços positivos nesse raciocínio, inclusive contextualizando-o na discussão acerca do realismo jurídico: Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. *Prova Judiciária: estudos sobre o novo Direito Probatório*. Danilo Knijnik (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 20/21. Uma boa análise do realismo pode ser encontrada em CAYÓN, José Ignacio Solar. *El Realismo Jurídico de Jerome Frank: normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2005. Curiosamente, também o Ministro Luiz Fux, presidente da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código, compartilha tal pensamento e o revelou em depoimento prestado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro: “Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução” (disponível em www.direitouterj.org.br/2005/fdir70/). Para algo ainda mais pitoresco e nocivo para o Estado Democrático de Direito, eis que vizinho da superstição: Min. Dias Toffoli: “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes (STF - HC 103.412/SP - Publicação DJe: 23/08/12 - Relatora Min. Rosa Weber). Sobre o denominado livre convencimento, vale conferir a já citada tese de Clarissa Guedes.

⁷⁴ Provas atípicas. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994, p. 115.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Flaviane de Magalhães Barros e José Luiz Bolzan de Moraes (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicitando as razões que sustentam racionalmente a conclusão⁷⁶.

Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que se submete a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação que se limita a reproduzir jurisprudência, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto⁷⁷.

Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar as provas que confirmam a conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória.

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

⁷⁶ "Ciò porta a sottolineare che, indipendentemente da eventuali movenze retoriche, l'obbligo di motivazione richiede che la giustificazione della decisione in fatto esista, sia completa e sia altresì coerente" (TARUFFO. *La Semplice...*, p. 241). Nesse sentido: ABELLÁN. Ob. cit., capítulo IV. Fundamentação como dever essencial e como limite: WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Tomás Banzhaf (trad.). Bogotá: Temis, 1985, pp. 358/363. Cf., ainda, NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

⁷⁷ TARUFFO. *La Semplice...cit.*, pp. 241/245.