

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS INICIATIVAS JUDICIAIS PROBATÓRIAS

EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA

Juiz Federal Substituto em Ribeirão Preto/SP

Bacharel em Direito pela USP

Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP

Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da FAAP e da USP em Ribeirão Preto/SP

Membro do IPDP, do IBDP e da ABDPC

Membro dos Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual

1.

Quando se percorrem países latino-americanos e anglo-saxões e neles de esmiúça o conteúdo programático dos cursos de processo civil, de plano já se nota a importância que conferem ao estudo das normas sobre *prova*. Não raro, leciona-se *direito probatório* como disciplina destacada¹. Trata-se de *epistème* que não se limita à prova nos processos

¹ De acordo com Glauco Gumerato Ramos, “para que se tenha uma ideia da virtual desvantagem do Brasil sobre o assunto *prova*, devido à influência de Hernando Davis Echandía, e mais recentemente de Jairo Parra Quijano – apenas para citar dois nomes bem conhecidos por nós –, no Direito colombiano a temática

das chamadas jurisdições “contenciosa” e “voluntária”; vai além, enfrentando problemas probatórios próprios aos processos penal e administrativo mediante reflexões fundadas em bases *político-filosóficas* e *dogmático-constitucionais*. No Brasil, em contraposição, a matéria da prova é quase sempre ministrada nos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* em um único semestre (quando não num bimestre). Todavia, essa pouquidade não se justifica. Afinal, o direito probatório é decerto o sub-ramo da Processualística mais permeável a *influxos ideológicos*, razão pela qual é indefectivelmente termômetro para a aferição do *grau de democraticidade* de um país. Nem é preciso dizer que, nas Américas espanhola e portuguesa, é comum os juízes atuarem sob uma mescla bem intencionada de monarquia esclarecida com socialismo fabiano. Isso lhes dá um sem-número de poderes, que por vezes descambam para o *summum malum* da arbitrariedade.

No Brasil, porém, é ainda diminuto o grupo de juristas que se opõem a esse estado de coisas. Aqui, o juiz superpoderoso não só é tolerado como vangloriado. Contudo, essa exaltação deve-se mais a uma cultura inercial que a uma escolha refletida. Até agora, são poucos os processualistas que se debruçam sobre as perigosas implicações das iniciativas judiciais probatórias². Talvez isso explique a passividade com o qual se aceitam em nosso país excentricidades como as teorias das *cargas probatórias dinâmicas*, da *parcialidade positiva do juiz* e do *cooperativismo processual*. Afinal, não há por essas bandas alicerce

da prova é estudada nos cursos de graduação e pós-graduação numa disciplina autônoma denominada *Direito probatório*, e não como um capítulo específico do direito processual civil ou penal” (A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade?, p. 219). Guilherme Recena Costa destaca que “o ensino jurídico dos Países de *common law* – em sintonia com sua vocação para o estudo do plano fático e concreto do Direito – dedica ao direito probatório uma disciplina autônoma: aos lados dos cursos de *Civil Procedure* e *Criminal Procedure*, aos alunos é oferecido um semestre especificamente sobre *Evidence* durante a faculdade de Direito” (Livre convencimento e *standards* de prova, p. 357). Segundo José Ovalle Favela, “tomando en cuenta la importancia que el tema de la prueba tiene en el proceso, desde mediados del siglo XIX se han publicado numerosas obras dedicadas al estudio específico de la prueba procesal. Esta especialización en los estudios sobre ese tema ha conducido a la creación de una disciplina autônoma a la que se denomina *derecho probatorio* y a la cual se asigna como objeto el estudio de las normas y los principios jurídicos que regulan la actividad probatoria en el proceso” (*Teoría general del proceso*, p. 321).

² Para tanto, sugerimos a leitura de: GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, p. 30-35; RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate, p. 222-230.

dogmático mínimo para imprimir-se uma contraforça a essas doutrinas autoritárias. Tudo se passa como se pairasse sobre o ativismo judicial probatório o mais absoluto consenso. Não sem razão essas doutrinas são muitas vezes defendidas por autores que não dialogam criticamente com a nata do garantismo processual. Isso acaba gerando um conhecimento unilateral de baixa densidade científica. Daí a necessidade constante de realimentar-se o debate entre ativistas e garantistas.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho não é descrever o excuro histórico desse debate³. Tampouco é radiografar e impugnar cada um dos postulados da chamada “concepção publicista do processo”. Em verdade, quer-se somente expor considerações, algumas delas ainda não suficientemente exploradas pela *resistance* garantista ou elididas pelo *front* ativista. Enfim, quer-se contribuir para o encaminhamento de uma celeuma, a qual não foi até hoje trabalhada a contento pela ciência processual brasileira.

2.

O juiz toma iniciativa probatória somente quando uma *dúvida* o acomete. Imbuído de *certeza*, não teria motivo para dilações: proferiria imediatamente a sentença. Ela seria de *procedência* se o juiz tivesse certeza a respeito da *existência* da pretensão alegada pelo demandante; de *improcedência* seria se a certeza fosse da *inexistência* da pretensão. Em regra, a cognição exauriente produz certeza. Todavia, isso nem sempre acontece. Não por outra razão, o gênio prático romano criou a vedação do *non liquet*: se após apreciar todos os fundamentos e argumentos trazidos pelas partes o juiz estiver em estado de *incerteza*, ainda assim terá de julgar, sob pena de indevida denegação de prestação jurisdicional. Por isso, o engenho processual forjou a salutar figura da *sentença de improcedência por falta de provas* [“*actore non probante, reus absolvitur, etiam si nihil, ipse praestiterit*”]. Trata-se, na realidade, de um “juízo de certeza por *equiparação jurídica*”. Afinal de contas,

³ Cf. RAMOS, Glauco Gumerato. *Repensando la prueba de oficio*, p. 23: “[...] la temática de los amplios poderes instructorios del juez en el proceso civil (= prueba de oficio) gravita en el centro del caliente debate ‘activismo judicial versus garantismo procesal’, de gran impacto por toda la América española, y con alguna repercusión en España, Italia y Portugal, pero muy poco – o casi nada – tratado por la doctrina brasileña”.

conquanto não seja clara para o juiz a inexistência do direito afirmado pelo autor, julga-se como se a *inexistência* fosse certa e a respectiva sentença faz *coisa julgada material*. É a faceta processual civil do adágio *in dubio pro reo*.

Quando o juiz ordena oficiosamente uma prova para afastar seu estado de dúvida, pode ser que: a) já saiba que ela favorecerá o *autor*; b) já saiba que ela favorecerá o *réu*; c) não saiba quem ela favorecerá.

Em (a), verifica-se uma quebra de imparcialidade, porquanto o juiz trabalha para o autor, não se contentando com uma sentença de improcedência por falta de provas. Em (b), também há quebra, já que o juiz auxilia o réu, não se satisfazendo com uma sentença de procedência. Em ambas as situações, o juiz já escolheu seu favorecido, mas não pode beneficiá-lo, pois não encontra respaldo no quadro probatório oferecido pelas partes. Por isso, ele decide abandonar a equidistância e abraçar precipitadamente a causa de uma das partes, coadjuvando-a. Ele sente-se estimulado a complementar as provas para que outro resultado desponte no processo. Enfim, ele tenta forçar uma vitória que, embora esperada por ele, até então não vingou. Daí por que a assimetria de forças é manifesta. Afinal, uma parte conta consigo e com o juiz; a outra, tão apenas consigo. É indiscutível que todo juiz traz preferências em seu mundo intrapsíquico; no entanto, é inaceitável que a preferência por uma das partes invada o mundo extrapsíquico e se materialize em atos funcionais de privilegiamento. O desejável “juiz neutral” é o juiz *funcionalmente* neutro, que não ajuda nem prejudica. Por isso, não basta que ele seja imparcial [= imparcialidade psicológica = imparcialidade subjetiva = imparcialidade propriamente dita]; é preciso que também seja *imparcial* [= imparcialidade funcional = imparcialidade objetiva = “terceiridade”]. Ou seja, o juiz não deve ter atuação probatória, como se parte fosse⁴. A correlação necessária entre *imparcialidade* e *imparcialidade* é indisfarçável, pois⁵.

⁴ Sobre a noção de *imparcialidade*, p. ex.: AROCA, Juan Montero. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, p. 162-168; GALDINO, Flavio. Imparcialidade judicial, p. 542; VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*, p. 35 e ss. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “[...] o juiz é dotado de *imparcialidade* (*Unparteilichkeit – Unbeteiligung*), porque as suas *funções* são diversas daquelas atribuídas às partes no processo (a doutrina francesa fala a propósito do tema em *imparcialité objective*, também conhecida como *imparcialité fonctionnelle*)” (*Curso de direito constitucional*, p. 644).

⁵ Sem razão, portanto: CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade, p. 115 e ss.

Michele Taruffo sustenta que o exercício dos poderes instrutórios só implicaria quebra de parcialidade se o juiz os exercesse “*de modo parcial*”, ou seja, “com o intuito de favorecer uma parte ou outra”, o que “não acontece, entretanto, quando ele os exercita *de modo imparcial*, ou seja, com o escopo ‘objetivo’ de obter conhecimentos relevantes e úteis para a apuração da verdade”⁶. Nada é mais ingênuo. Afinal de contas, é impossível devassar o mundo intrapsíquico do juiz para perquirir as suas intenções e verificar se ele objetiva favorecer uma das partes ou descobrir a verdade. A parte que foi prejudicada por uma prova *ex officio* nunca terá como demonstrar com qual intenção o juiz agiu. Além do mais, ele dificilmente declarará o seu intento de favorecimento. Por isso, o controle dos poderes instrutórios do juiz não pode ser realizado a partir de elementos anímicos. Com isso se vê a pura retórica que há nos excertos doutrinários e nos julgados que admitem a possibilidade de o juiz determinar provas de ofício, “desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório”⁷. Daí o enorme proveito operacional da categoria da *imparcialidade*: mesmo que subjetivamente o juiz não queira favorecer uma das partes [= imparcialidade], a prova por ele determinada será nula, pois objetivamente favorecerá uma delas [= parcialidade].

Na verdade, a maioria dos ativistas processuais se apega à situação (c): a prova de ofício seria lídima quando o juiz não antevê quem dela se pode aproveitar⁸. Em primeiro

⁶ Uma simples verdade, p. 146. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A “participação” do juiz no processo civil, p. 389-390; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 24; CARVALHO, Milton Paulo de. Os princípios e um novo Código de Processo Civil, p. 215-216.

⁷ Cf., p. ex., STJ, 4ª Turma, REsp 43.467/MG, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.2005, DJ 17.03.1996, p. 7.568: “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, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório”.

⁸ Assim, v. g., AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. v. 1, p. 84; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil, p. 354; idem. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo, p. 134; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 119; FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*, p. 133; LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, p. 75; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, p. 393; NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, CÂMARA, Bernardo Ribeiro e SOARES, Carlos Henrique. *Curso de*

relance, o argumento impressiona. Todavia, sua fragilidade torna-se visível após um crivo mais cuidadoso. Quando o juiz ordena uma prova à míngua de requerimento da parte, só pode haver cinco resultados possíveis: 1) prova de fato *constitutivo* do direito do autor; 2) prova de fato *impeditivo* do direito do autor; 3) prova de fato *extintivo* do direito do autor; 4) prova de fato *modificativo* do direito do autor; 5) prova de *nada*. De pronto, percebe-se que os resultados (2), (3), (4) e (5) revelam uma dilação probatória absolutamente *inútil* (o que atenta contra o princípio da economia processual). Posto que favoreçam o réu, há tempos a demanda já poderia ter sido rejeitada por ausência de provas. Isso revela que o magistrado sempre visou ao resultado (1). Por conseguinte, aqui, existe apenas um único beneficiário real: o *autor*.

Normalmente, quando o juiz exerce seus poderes instrutórios, ele trabalha para o proponente da demanda. Existe predisposição a isso. Como bem afirma Fermín Canteros, “*cuando el juez comienza a buscar la verdade no sabe a quién ésta habrá de beneficiar, pero sabe perfectamente a quién él quiere beneficiar*”⁹. Portanto, as iniciativas judiciais probatórias não passam de “técnica (mal disfarçada) de provisão judicial de interesses do *demandante*”. Isso demonstra o equívoco de Daniel Francisco Mitidiero quando diz que, “ao adjudicar-se iniciativa oficial ao magistrado no terreno probatório, além de superar-se uma visão individualista e privatista de processo, própria da cultura jurídica francesa do século XIX, *prestigia-se ao máximo a igualdade efetiva entre as partes*” (!) (d. n.)¹⁰. Em verdade, onde vige o *iudex potest in facto supplere*, geralmente ali o autor é “mais igual” que o réu. O ativismo judicial implica – de regra – um desequilíbrio *ex professo* em favor do autor. Logo, não existe exercício de poderes instrutórios bacteriologicamente asséptico.

Frise-se que essa constatação é *lógico-processual* e, portanto, *universal*. Trata-se de um raciocínio abstrato, que diz respeito a todo e qualquer sistema de direito processual civil moderno. Ele não pressupõe que o processo civil seja um negócio particular, voltado a um fim privado. Tampouco parte de postulados liberais para lutar contra o aumento dos

direito processual civil, p. 173; PICÓ I JUNOY, Joan. “Los principios del nuevo proceso civil español”, p. 333.

⁹ *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, p. 19.

¹⁰ *Colaboração no processo civil*, p. 99.

poderes do juiz. Talvez por isso os ativistas, por falta de melhor razão, não o enfrentem. Infelizmente, têm preferido experientes retóricos e relativizações genéricas. Juan Monroy Galvéz, grande processualista peruano e devoto ativista, costuma alegar que “*aquello que el garantismo puede proponer o significar para la experiencia italiana, por ejemplo, no puede, en ninguna circunstancia, servir como plantilla para la discusión sobre lo que ésta teoría representa o debe representar en sede sudamericana. Como es evidente, no se trata de una distinción axiológica, simple y llanamente son desarrollos históricos diferentes que informan la necesidad de apreciar una aventura intelectual y su praxis, reconociendo la influencia del ambiente particular en la cual se desarrolla*”¹¹. Entretanto, o jurista não indica as particularidades da realidade sul-americana, que a fariam avessa às ideias do garantismo probatório. Não se pode olvidar que o *insight* garantista se confirma no dia a dia forense dos países sul-americanos, em que, não raro, grassa a arbitrariedade judicial. Isso ocorre com requinte na cultura política desenvolvida no Brasil, cuja tradição social estatista, ainda não superada, se herdou da velha e selvagem estrutura paternalista, patrimonialista, mercantilista e clientelista do Estado burocrático-hierarquizado do tempo colonial: “uma paradoxal combinação do nacional-socialismo do séc. XX e absolutismo modernizante de fins do séc. XVIII” [José Osvaldo de Meira Penna]. Daí se nota que, em nossa realidade, o cânon garantista é um dado “quente e subversivo” contra as estruturas potencialmente autoritárias das tecnocracias estatais.

3.

Isso explica por que juízes soem ser tão ativos em ações ajuizadas por *vulneráveis* (v.g., trabalhadores assalariados, contratantes rurais, inquilinos residenciais, mutuários de instituições financeiras, consumidores em geral, beneficiários de previdência e assistência sociais, promitentes compradores de imóveis loteados). No campo *analítico*, a teoria dos poderes instrutórios do juiz é construída asépticamente para o atingimento da decantada “verdade material”; entretanto, no campo *pragmático*, ele se embebe ideologicamente em visões altruístas de tipo social. Daí a enorme afinidade eletiva entre a mencionada teoria e o chamado “socialismo processual”. *Grosso modo*, essa corrente abandona a preocupação

¹¹ Y al final del día, ¿qué es el garantismo en el proceso civil?, p. 532.

liberal de “compor litígios com aplicação do direito” e assume a missão equalizadora de “resolver o conflito subjacente com promoção de justiça social”¹². Daí a necessidade do juiz com amplos poderes, que permitam a ele reequilibrar as forças entre as partes e fazer prevalecer uma igualdade substancial entre elas (o que invariavelmente se faz mediante o suprimento *pro misero* de lacunas probatórias)¹³. Com isso se vê que o “processualismo social” é ideologicamente *parcial*, visto que atua em favor do “elo mais fraco” da relação processual. Um *helpful example* desse modelo de pensamento está na obra do juiz federal José Antonio Savaris. Para ele, “se o processo previdenciário, justamente pela qualidade alimentar do direito em discussão, contemplava até então a primazia da celeridade, a constatação do possível naufrágio da pretensão previdenciária deve levar à desaceleração, abrindo-se espaço para a realização de diligências que poderão mudar a sorte processual do hipossuficiente”¹⁴.

Artur César de Souza, autor do *Das Kapital* do socialismo processual brasileiro, expõe a necessidade de uma “parcialidade positiva” do juiz, no sentido de que, acima de tudo, ele possa reconhecer as diferenças sociais, culturais, econômicas, psicológicas etc., bem como essa carga ideológica neoglobalizante que manipula os resultados do próprio processo”¹⁵. Como se vê, não é fácil precisar o conteúdo semântico da insólita noção de “parcialidade positiva”. Como não poderia deixar de ser, ao longo da obra a ideia se cerca

¹² Cf. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 54: “não basta pacificar, tem que pacificar com justiça social”.

¹³ V., p. ex., STJ, 5ª Turma, REsp 166.801, rel. Ministro Felix Fischer, DJ 13/09/1999, p. 89: “Tratando-se de autor hipossuficiente, o juiz, tendo dúvidas a respeito da sua situação de beneficiário do INSS, poderia empregar seus poderes instrutórios suplementares, atendendo-se assim aos princípios informativos do processo civil e atendendo aos fins sociais da legislação previdenciária. Desta forma, deve ser reformada a decisão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por não ter a parte autora demonstrado sua legitimidade *ad causam* [...]”. Em sentido semelhante, p. ex.: TRF da 1ª Região, 2ª Turma, AC 0059491-35.2011.4.01.9199, rel. Juiz Federal Cleberson José Rocha (Conv.), e-DJF 1 de 19/10/2012, p. 826: “O juiz tem poderes instrutórios (art. 130 do CPC), especialmente quando uma das partes é hipossuficiente. Não perquirindo as testemunhas acerca da qualidade de segurado especial do falecido e da dependência econômica da autora em relação a ele, matéria controversa, prejudicada a ampla defesa do hipossuficiente”.

¹⁴ *Direito processual previdenciário*, p. 55-56. Em sentido similar: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*, p. 83.

¹⁵ *A parcialidade positiva do juiz*, p. 202.

de *topoi* como igualdade material, preocupação com os pobres, colaboração, prevalência do social sobre o individual, justiça social, solidariedade e planificação (o que denota um modelo teórico-processual de indisfarçável inspiração marxista ou, ao menos, marxiana). De qualquer modo, não se pode olvidar que a imparcialidade está para o juiz assim como a publicidade está para a lei. Não sem motivo, juízes parciais e leis secretas são *monstros ético-jurídicos*.

A imparcialidade é um atributo *essencial* do magistrado, não acidental. Trata-se de elemento integrado ao conceito mesmo de jurisdição. *Grosso modo*, o legislador cria o direito; o juiz aplica o direito como um terceiro revestido de garantias de imparcialidade; o administrador aplica-o como parte ou como um terceiro não revestido dessas garantias. Daí por que o juiz deliberadamente parcial é um não juiz. É administrador travestido em juiz. É assistente social fantasiado com toga. É insurgente, que aprisiona o processo civil nos cárceres do direito administrativo. Como se não bastasse, “parcialidade *positiva* em favor do *autor*” equivale logicamente a “parcialidade *negativa* em *desfavor* do *réu*”. No entanto, inúmeros textos normativos nacionais e internacionais garantem ao réu um *juiz imparcial*: Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV); Código de Ética da Magistratura Nacional (arts. 1º e 8º); Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (artigo 8º, 1); Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo X); Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 14); Princípios de Bangalore de Conduta Judicial (Valor 2). Se assim é, então o “juiz positivamente parcial” não passa de uma fonte inexaurível de nulidades¹⁶.

4.

Frequentemente, essa relativização da imparcialidade judicial se louva em um dos subprodutos do neoconstitucionalismo à brasileira: o *panprincipiologismo*. O raciocínio é bastante simples: α) todo jurisdicionado tem o direito fundamental a um juiz imparcial; β) todo direito fundamental é um princípio, razão pela qual pode eventualmente colidir com outro princípio e, por isso, ser relativizado mediante juízo de ponderação; γ) o princípio

¹⁶ Para uma crítica à ideia de “parcialidade positiva do juiz”, p. ex.: DEL NEGRI, André. Processo e decisão jurídica, p. 217 e ss.

da imparcialidade pode deixar de ser satisfeito em determinado caso se as consequências jurídicas do princípio colidente forem racionalmente mais importantes. Isso permite que juízes arbitrários, a pretexto de satisfazerem direitos sociais, se libertem das amarras da imparcialidade e se ponham a serviço de pautas ideológicas não referendadas pela ordem constitucional vigente (o que – dentre outras coisas – enfraquece a autonomia do direito e a força normativa da Constituição).

Veja-se a posição de Artur César de Souza:

A doutrina clássica proporcionou a análise da imparcialidade do juiz como um princípio de caráter *absoluto*. Em qualquer circunstância fática ou jurídica apresentada no processo haverá necessidade absoluta de precedência de um juiz neutro e imparcial diante das circunstâncias culturais, econômicas, sociais das partes envolvidas na relação jurídica processual. Modernamente, contudo, qualquer afirmação peremptória de caráter “absoluto” dos princípios normativos não se harmoniza com a teoria de ponderação que envolve a colisão de princípios. [...] Disso tudo resulta que o *princípio da imparcialidade* pode ser aplicado em diferentes graus. O que sob determinadas condições, com alto grau de certeza, proceda a todos os outros princípios, não significa nenhum caráter *absoluto* do princípio da imparcialidade, mas, sim, que não existem razões jurídico-constitucionais essenciais que possam fazer prevalecer a aplicação de outros princípios. Porém, essa tese, em certas condições, vale igualmente para os outros princípios. Por isso, a norma da imparcialidade não é um princípio absoluto.¹⁷

No entanto, se bem que a imparcialidade judicial seja um direito fundamental, ela não se comporta como um *princípio*. Afinal de contas, não se trata de um estado ideal de coisas a ser gradualmente alcançado. Enfim, não se trata de um fim constitucionalmente estabelecido, que, em confronto com outros fins igualmente caros, tem de ser relativizado por razões de concordância prática. A imparcialidade dos juízes é um ponto *inflexível* do sistema. Obedece a uma lógica de “tudo ou nada”. Aplica-se mediante simples avaliação de correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Se ela está presente, há conformidade com o direito; se está ausente, há contrariedade. No plano *constitucional*, a imparcialidade do juiz é uma “regra força”, robustecida pelas regras alicerçais do *juiz natural* (CF, art. 5º, LIII) e da *vedação de juízo ou tribunal de exceção* (CF, art. 5º, XXXVII). Acertadamente, Humberto Ávila aborda a

¹⁷ *A parcialidade positiva do juiz*, p. 59-64.

“regra do juiz natural imparcial” como uma prerrogativa derivada do *princípio do devido processo legal procedimental*¹⁸. Já no plano *infraconstitucional*, a imparcialidade judicial é cuidada como *pressuposto subjetivo de validade do processo*, que dá ensejo às exceções formais de suspeição e impedimento (CPC, arts. 134 a 138).

5.

Não há razão para que a proteção ao vulnerável enseje a quebra da imparcialidade judicial. A inferioridade de armas que o assola pode ser remediada com outros institutos. Não raro, o juiz sente-se tentado a imprimir tons mais *inquisitivo* ao processo quando a parte postula sem advogado. No Brasil, o *ius postulandi* da parte é previsto para âmbitos processuais como a reclamação trabalhista (CLT, arts. 791 e 839), o *habeas corpus* (CPP, art. 654), o Juizado Especial Estadual (Lei 9.099/99, art. 9º), o Juizado Especial Federal (Lei 10.259/2001, art. 10), a ação de alimentos (Lei 5.478/68, art. 2º), a arbitragem (Lei 9.307/96, art. 21, § 3º) e a revisão criminal (CPP, art. 623). Todos esses dispositivos são de *duvidosa constitucionalidade* em face do que se prescreve o art. 133 da Constituição Federal de 1988 (“O advogado é indispensável à administração da justiça”) ¹⁹. De todo modo, a atribuição de capacidade postulatória à parte garante-lhe acesso *formal* à justiça [= obtenção da atenção judiciária], mas não necessariamente acesso *material* [= obtenção de efetiva tutela jurisdicional]. Afinal, muitas vezes, o êxito na causa depende de um bom desempenho probatório.

Lembre-se que a produção da prova é, ao mesmo tempo, *ciência* e *arte*. É preciso apreender dogmaticamente os princípios e as regras do direito probatório (o que somente é viável nos bancos das escolas de direito). Além disso, é indispensável que se dominem a técnica probatória e as estratégias de atuação forense (o que somente é possível com os

¹⁸ O que é “devido processo legal”?, p. 414.

¹⁹ Assim não pensa a jurisprudência. V., p. ex.: STF, AgRMS 21.651-BA, rel. Min. Néri da Silveira, DJU-1 19.08.1994; STF, 2ª T., HC 73.355-7-SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU-I 29.03.1996, p. 9.347; STF, Pleno, RC 4.886, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, RTJ 146/49; STF, ADI-MC 1.127, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.10.1994; STF, ADI 3.168, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08.06.2006; STJ, RHC 1.701-CE, rel. Min. Cid Fláquer Scartezini, DJU-1 04.05.1992, p. 5.895. Nesse mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 613.

anos de prática profissional). Ora, quase sempre, a parte sem advogado não domina uma coisa nem outra; portanto, sua atuação probatória costuma ser desastrosa. Com isso se vê que o *ius postulandi* da parte é autoflagelo legalmente induzido. Mais: os dispositivos de lei que o preveem são meros textos a serviço de um democratismo judiciário demagógico.

Como bem frisa Dierle José Coelho Nunes:

Quando não se assegura uma defesa técnica ao cidadão, este é visto tão somente como cliente de serviços. E, caso não seja subsidiado com auxílio técnico, não saberá nem mesmo elaborar o seu pedido e poderá ter seu direito inviabilizado. A técnica processual, por mais simplificada que seja, somente pode ser utilizada corretamente por profissionais com formação adequada, não por leigos. A ideia de uma simplificação procedimental, fruto de uma lei processual mais perfeita e menos complexa, capaz de permitir a um leigo (cidadão autossuficiente) defender a si próprio, é busca sem êxito desde as tentativas de reforma do processo lusitano do início do século XIX. [...] Desse modo, a ausência de necessidade de defesa técnica, sob o argumento socializante de busca da inclusão, gera uma nefasta exclusão do cidadão que, no quadro atual de aumento da complexidade normativa, não consegue, na imensa esmagadora de vezes, sem o auxílio de um técnico, defender solitariamente os seus direitos. No entanto, essa incompetência de atuação do cidadão não permitira ao juiz o exercício de um papel de engenheiro ou médico social, atuando conforme o seu bom senso e sem vínculo com a lei [...], sob pena de reduzir o cidadão a mero cliente e esvaziar por completo a isonomia que o modelo constitucional assegura. [...] A atuação dinâmica do *direito ao advogado* e a delineação de uma fase metódica de preparação permitiriam um fomento ao debate e a participação. Extinguir-se-iam a degeneração socializadora (mengeriana) de o juiz tornar-se o advogado da parte hipossuficiente e a degeneração gravíssima, decorrente da ausência de balizamentos, de o magistrado auxiliar o hipersuficiente, esmagando o economicamente débil, como alguns defendem ocorrer na prática [...] por alguns partidários (mesmo desconhecendo sê-lo) do neoliberalismo processual.²⁰

²⁰ *Processo jurisdicional democrático*, p. 247-250. De acordo com as reconfortantes palavras de Rosemiro Pereira Leal, “por imperativo constitucional, o pressuposto subjetivo de admissibilidade concernente à capacidade postulatória, para a existência legítima de *processo, ação e jurisdição*, não pode sofrer, no direito brasileiro ou em outro qualquer direito democrático, restrição, dispensabilidade, flexibilização ou adoção facultativa, porque os procedimentos jurisdicionais estão sob regime de normas fundamentais que implicam o *controle da jurisdição pelo advogado* (art. 133 da CF/1988) e que somente se faz pela *presença indeclinável do advogado* na construção dos procedimentos jurisdicionais (*litigiosos ou não*, pouco importando o valor da causa). O que se extrai do art. 133 da CF/1988 é que, muito mais que o retórico controle do judiciário, há de se restabelecer, de imediato, por consectário constitucional, com pronta

Daí a *indispensabilidade do advogado* (CF, artigo 133), infelizmente tratada pelos tribunais e pelo legislador ordinário federal como *flatus vocis*, como dicção retórica sem consequência prática. Por essas e outras, muitos juízes condoem-se da parte desassistida e se arvoram na condição de *justiceiros*, socorrendo-a. Todavia, é possível explorar melhor as potencialidades do sistema processual civil brasileiro vigente e minimizar o problema sem que o juiz abandone a sua equidistância. Enfim, é plenamente viável um garantismo probatório sem dar as costas à realidade social. Alguns garantistas como Fermín Canteros defendem que a desigualdade social – a qual pode tornar uma parte seja mais forte que a outra – “*por más que duela en la alma, no puede ser purgada por el proceso*”²¹. Porém, atenta contra os valores do republicanismo democrático a possibilidade de a sentença ser um prêmio a quem não tenha razão, embora conte com melhor capacidade econômica e com a maior habilidade do seu advogado. Talvez falte ao direito brasileiro um dispositivo semelhante ao Artigo VI do *Código Procesal Civil* peruano, segundo o qual “*el juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso*”²². De qualquer forma, uma igualação material de armas entre as partes: a) não pode ficar ao alvedrio de avaliações subjetivas e vinculações político-ideológicas; b) não pode ensejar a quebra da imparcialidade judicial.

No que diz respeito a (a), Fernanda Tartuce tenta propor alguns critérios objetivos de aferição de vulnerabilidade processual: 1) insuficiência econômica (hipossuficiência); 2) existência de insuperáveis óbices de índole geográfica; 3) ocorrência de debilidades na saúde e/ou no discernimento; 4) configuração de dificuldades técnicas por desinformação pessoal quanto a matérias jurídicas e probatórias relevantes (ignorância acerca do direito material, desconhecimento sobre normas processuais, ausência de advogado, deficiências

revogação ou declaração de inconstitucionalidade de leis adversas, o *controle pleno e irrestrito* da atividade jurisdicional pelo *advogado*” (*Teoria geral do processo*, p. 185).

²¹ *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, p. 33.

²² <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf>.

na atuação probatória); 5) incapacidade de organização (disparidades estruturais entre os litigantes, litigantes desprovidos ou removidos de um lar, vulnerável cibernético) ²³.

No que diz respeito a (b), a solução *de lege lata* pode estar em uma interpretação extensiva das normas que, no processo civil, regulam as atuações do *advogado dativo* e do *Ministério Público*.

No que concerne ao *Ministério Público*, deverá ele intervir nas causas “em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III). Ora, nas causas em que se discute interesse de vulnerável que exercita sofrivelmente *ius postulandi*, pode-se divisar a presença do Ministério Público, visto que estão em risco *instituições constitucionais de garantia processual: o contraditório e a ampla defesa*, se o vulnerável litiga inabilmente sem advogado; a *imparcialidade*, se o juiz decide socorrer a aludida parte. Nesse caso, o Ministério Público trabalhará como *custos legis*, defendendo, de uma forma imparcial, o sistema constitucional das garantias do processo. Ou seja, ele funcionará como o guardião do *due process of law*. Intervindo como fiscal da lei, o MP: terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo (CPC, art. 83, I); poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83, II). Como se vê, o MP – que não julga – poderá atuar probatoriamente em lugar do juiz. Numa certa medida, a proposta já havia sido aventada por Enrico Tullio Liebman: “*l'imparzialità del giudice è il bene prezioso che deve essere preservato in ogni caso, anche col sacrificio dei poteri d'iniziativa istruttorio del giudice (sebbene possano talvolta, da altri punti di vista, apparire utili e convenienti), con la conseguenza che dove il principio dispositivo non si adatti al tipo di processo o alla materia controversa quei poteri debbano essere piuttosto conferiti a un apposito e distinto organo pubblico requirente ed inquirente*” ²⁴.

Já no que concerne ao *advogado dativo*, trata-se de advogado não pertencente às Defensorias Públicas, nomeado *ad hoc* pelo juiz, a requerimento da parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, para patrocinar os interesses dela numa determinada causa, esteja ela na posição de autora ou de ré. Com isso, busca-se conferir *dignidade* processual ao vulnerável socioeconômico, que, conquanto não tenha condições de assumir as custas

²³ *Igualdade e vulnerabilidade do processo civil*, p. 189-218.

²⁴ “Fondamento del principio dispositivo”, p. 565

ou os honorários advocatícios, tem o direito de litigar sob amparo profissional e, assim, ver em seu favor efetivadas todas as garantias constitucionais do processo. Tanto o credor pobre de R\$ 100,00 quanto o credor rico de R\$ 1.000.000,00 têm o direito de conservar-se dignamente em juízo mediante representação técnico-advocatícia. Assim sendo, diante do exercício insatisfatório do *ius postulandi* pela parte, pode o magistrado esclarecer-lhe as vantagens de um patrocínio profissionalizado e, mediante consentimento, nomear-lhe advogado dativo. Pode ainda encaminhar a parte desassistida aos serviços de assistência judiciária gratuita ou de baixo custo (serviços esses que, se forem eficientes, se mostrarão como o meio mais apropriado para erradicar, ou ao menos atenuar, as desigualdades das partes no processo). Agindo-se assim, preserva-se, a um só tempo, a dignidade processual da parte e a imparcialidade funcional do juiz. Nada impede que dessa maneira se faça. De qualquer forma, se mesmo após aconselhamentos a parte preferir litigar sem assistência letrada, nada se poderá mais fazer: ela terá de arcar com as consequências de sua escolha. Por ora, o processo civil ainda é um dos palcos do livre-arbítrio.

Se bem que invocando cautelas, Fermín Canteros divisa a possibilidade de o juiz, no processo civil, nomear advogado dativo ou defensor público em favor de vulnerável já patrocinado por profissional, se bem que inexperto ou inábil:

*En todo caso, si el abogado de una de las partes no está garantizando adecuadamente a su cliente el derecho de defensa en juicio o su mala praxis es notoria, podría el juez disponer que actúe conjuntamente con un defensor público o con outro defensor. Esta decisión, no obstante, demandará una extrema prudencia del magistrado y mucha reflexión a la hora de tomarla, por cuanto debe tener en cuenta que todo pudiera ser una estrategia de litigación que él no está entendiendo y que podría eventualmente frustrar. Recuérdese que toda interferencia en un asunto privado entre partes significa caminar en la línea que separa la libertad del autoritarismo. Habría que considerar, además, si ello no importa una suerte de prejuzgamiento, pero sea como sea, lo que debe quedar claro es que el juez es el garante de los derechos subjetivos de las partes, y en esa inteligencia, la decisión por la cual se disponga que el abogado actúe conjuntamente con un defensor público o con outro letrado no tendrá por fin sino el de materializar la garantía procesal constitucional del debido proceso, comprensiva del derecho de defensa en juicio.*²⁵

²⁵ *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, p. 39-40, nota 39.

Nessa hipótese, porém, todo cuidado é pouco. Afinal, mesmo que exista flagrante falência técnica no patrocínio dos interesses do vulnerável, pode o advogado contratado melindrar-se caso seja coadjuvado a fórceps por dativo ou defensor público (o que poderá gerar tumulto processual). Logo, aqui, é preferível a intervenção ministerial.

Para José Maria Tesheiner, se a imparcialidade judicial fosse levada às “últimas consequências”, ter-se-ia: “a) que a jurisdição jamais poderia ser ‘protetiva’ de qualquer das partes, como ocorre nas relações de trabalho e em outras em que o juiz depara com flagrante desigualdade entre os contendores; b) que o juiz não poderia jamais determinar a produção de provas, de ofício, porque estaria, assim, a auxiliar uma das partes”²⁶. Vê-se que o respeitável processualista gaúcho chama de “últimas consequências” aquelas que nada mais são do que as *consequências naturais inderrogáveis* da imparcialidade. Em outras palavras: a proteção da parte mais fraca e a determinação oficiosa de provas estão vedadas ao juiz não por força de uma extrapolação descontrolada, mas por força de uma decorrência equilibrada da exigência de imparcialidade. Daí a importância do advogado dativo, do defensor público e do representante do Ministério Público: como *curadores do devido processo legal*, eles podem evitar que o juiz, no afã de fazer “justiça”, deixe de ser imparcial.

6.

Não se pode esquecer que o advogado tem interesse moral e econômico na vitória dos seus clientes. Antes de distribuir a petição inicial, ele já tece um juízo prévio sobre os pontos de fato que se controverterão e que, por isso, serão objetos de prova. Por isso, já sai à cata, por exemplo, de nomes de testemunhas e meios de probatórios pré-constituídos que haverão de corroborar as alegações contidas na exordial. Quase sempre, documentos indispensáveis faltantes já foram procurados em vão. Mesmo assim, muitas vezes, o juiz desconfia das pesquisas preliminares promovidas pelo advogado e determina *ex officio* a juntada do que antes já não se conseguiu juntar. Situação semelhante se dá com perícias determinadas officiosamente pelo magistrado, embora não requeridas pelos litigantes: não raro, porque prescindíveis, elas sequer chegam a ser valoradas na motivação da sentença.

²⁶ *Elementos para uma teoria geral do processo*, p. 37

Isso explica por que essas complementações probatórias costumam *cair no vazio*. Trata-se de dilações absolutamente *inúteis*, que insultam os princípios da economia processual e da duração razoável do processo.

De qualquer maneira, aqui há algo mais grave que a mera dilação. Geralmente, a prova de ofício é precedida de um juízo *negativo* de valor sobre o trabalho do advogado. De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, os “erros profissionais [do advogado] são capazes de repercutir com grande intensidade na sorte do pleito” e “vão influir na vida do litigante, apesar de nenhuma participação direta deste no respectivo episódio”, razão por que não se pode anuir com um “sistema que confie plenamente no confronto de lutadores, ao jeito de competição desportiva, com suposto fundamento na ideia de que ‘as partes’ sabem cuidar melhor que ninguém dos próprios interesses”²⁷. O Professor José Roberto dos Santos Bedaque entende que, embora seja “justificável a preocupação de parcela da doutrina com o garantismo”; essa visão “não pode implicar desconfiança em relação ao juiz, nem redução dos poderes de direção formal e material a ele conferidos, incluindo os de natureza instrutória”²⁸. Em contrapartida, não é menos correto dizer que, conquanto cheia de intenção humanitária, a visão ativista não pode difundir a presunção de que toda improcedência por falta de provas é provocada pela improficiência do advogado do autor. O garantismo que desmerece do trabalho judicial é tão indesejado quanto o ativismo que desmerece do trabalho advocatício. De qualquer maneira, parcela louvável dos ativistas é franca em assumir a episódica inaptidão advocatícia [*si aduocati male dicunt*] como um dos *leitmotive* das iniciativas judiciais probatórias.

Em contraposição, é raríssimo observar essa mesma franqueza nos magistrados que exercem oficiosamente os seus poderes instrutórios. Nos casos em que desmerecem da atuação do advogado, de maneira nenhuma eles explicitam essa avaliação negativa em suas decisões. Ou seja, exercitam seus poderes, mas não indicam o *motivo determinante*. São intrépidos na iniciativa, mas acanhados na motivação. Para evadirem-se à incômoda tarefa de desqualificar o labor dos advogados, os juízes se limitam a invocar expressões encantatórias como “princípio da verdade real” e “concepção publicística do processo”, sem apontarem a circunstância, a situação ou o acontecimento que anima a sua iniciativa

²⁷ O neoprivatismo no processo civil, p. 357.

²⁸ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 75.

probatória. As razões expressas dissimulam retoricamente as razões ocultas. Ora, em um Estado *republicano e democrático*, é necessário que *todos* os motivos decisórios sejam expostos pelo julgador. Se assim não é, inviabilize-se qualquer controle racional sobre as suas resoluções. Não se pode aceitar que o juiz desacredite o desempenho do advogado e o substitua no patrocínio dos interesses da parte, mas não revele por que desacredita. Isso mostra que as iniciativas judiciais probatórias, de maneira frequente, têm sido marcadas pelo selo da *insinceridade* (algo inconcebível no exercício hodierno da jurisdição).

É possível remediar-se o *error in iudicando*, desde que a parte indisfarçadamente aponte a falha cometida pelo juiz; porém, o juiz não está autorizado a remediar o *error in postulando*. Ainda que assim não fosse, deveria desincumbir-se do ônus de declinar, sem sofisma, os deslizes profissionais do advogado. De qualquer maneira, no *processo civil*, a remediação de *errores in postulando* jamais foi institucionalizada (ao contrário do que se passa no âmbito do *processo penal*, em que – ante uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável – o juiz pode declarar o acusado indefeso). Quando muito, *se for o caso*, o juiz poderá comunicar à OAB que o advogado cometeu infração disciplinar (Lei 8.906/94, art. 34), ou noticiar à autoridade policial ou ao Ministério Público a prática de crime contra a Administração da Justiça (CP, arts. 338 a 359). Nada mais.

Em verdade, a tentação pela prova *ex officio* só tem uma *utilidade prática*: sempre que estiver inclinado a tomar iniciativas probatórias, o juiz estará provavelmente ante um caso de improcedência por falta de prova²⁹. Enfim, sempre que estiver disposto a ordenar oficiosamente uma prova, o juiz deverá respirar fundo, examinar com minudência a causa de pedir e detectar qual fato relevante controverso não notório deixou de ser demonstrado pelo demandante. Após esse exercício analítico – infelizmente, cada vez menos realizado pelos julgadores –, caberá uma só atitude: a rejeição do pedido do autor por insuficiência ou inexistência de provas (CPC, art. 269, I).

²⁹ Cf. TJMG, 17ª Câmara Cível, Ap. Cível 1.0352.01.002372-4/001, rel. Desembargador Lucas Pereira, j. 06.10.2005: “PROCESSO CIVIL - OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA E NÃO INTIMADA - PRECLUSÃO - PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ - LIMITAÇÕES - HIPÓTESE EM QUE SE APLICAM AS REGRAS SOBRE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. O julgador não pode substituir as partes em sua atividade probatória, sob pena de perda da imparcialidade. Se a prova oral, em seu conjunto, não corrobora as alegações da parte autora, o pedido inicial não pode ser acolhido”.

7.

No Brasil, os poderes instrutórios do juiz estão previstos no artigo 130 do Código (“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”). A atribuição desses poderes ao juiz – como não poderia deixar de ser – não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. O art. 332 do CPC traz a *norma geral de inclusão* do nosso sistema probatório (“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”). Já o inciso LVI do art. 5º da CF traz a *norma geral de exclusão* (“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”). Como cediço, é inadmissível a prova obtida por meio que desrespeita norma constitucional. Por essa razão, a produção probatória *ex officio iudicis* é “meio ilícito”, uma vez que malfero o *corolário da imparcialidade judicial* (inferido a partir da cláusula do *devido processo legal procedimental* – CF, art. 5º, inc. LIV). É importante ressaltar, porém, que só deixou de ser recepcionada a expressão “de ofício”, não o texto *in toto*. No entanto, abstraindo-se a não recepção, não se consegue saber se a iniciativa judicial probatória é *obrigatória* ou *facultativa*. Enfim, o dispositivo não deixa claro se os poderes instrutórios são um *poder-dever* ou um *poder-faculdade*. Tampouco esclarece se a iniciativa probatória *ex officio iudicis* há de ser *supletiva* ou *concomitante* à iniciativa das partes³⁰.

³⁰ Entendendo que se trata de atividade *subsidiária* e *excepcional*, sob pena de quebra de imparcialidade: ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken de e ALVIM, Eduardo Arruda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 234-235; ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*, p. 462-466. Esse parece ser o entendimento do Professor Humberto Theodoro Jr.: “[...] mesmo quando entenda o juiz de completar a iniciativa probatória da parte, haverá de agir com grande cautela e parcimônia para não violar o dever de imparcialidade que é ponto altíssimo entre os requisitos da boa justiça. Se o direito material é disponível e a parte não cuidou de fazer a prova necessária para demonstrá-lo ou exercê-lo, a presunção lógica é que abriu mão dele. Assim, não seria correto que o juiz viesse sobrepor a essa verdade, passando a advogar a causa da parte. [...] Mesmo nas causas de estado ou incapacidade, onde se demandam direitos indisponíveis, deve o juiz, sempre que possível, deixar a iniciativa da prova não requerida pela parte ao representante do Ministério Público, pois a este compete a defesa dos interesses dos incapazes e da ordem jurídica em tais

De acordo com Lúcio Grassi de Gouvea, não pode o magistrado, “diante da prova colhida nos autos e ainda quando os fatos não lhe parecerem devidamente esclarecidos, adotar o cômodo entendimento de que se trata de um poder discricionário a ser ou não ser exercido por ele”; conseqüentemente, os poderes instrutórios do juiz seriam um “poder-dever de esclarecer os fatos, se necessário determinando a produção de provas de ofício”³¹. Porém, quando se entende que o exercício desses poderes é *obrigatório*, criam-se duas situações indesejadas: i) faz-se tábua rasa do sistema de autorresponsabilidade probatória das partes (o que fere o art. 333 do CPC); ii) faz-se regra da parcialidade judicial (o que fere o art. 5º, LIV, da CF). É importante registrar que um dos sonhos da Processualística “vanguardista” tem sido exatamente casar esse *hiperativismo de juízes* com um *cooperativismo de partes*. Somente a chamada “pós-modernidade” é capaz de engendrar uma excentricidade como esta: um processo de “juiz *parcial*” e “partes *imparciais*”. Uma verdadeira *triade de fous*.

Em contrapartida, para conferir uma aparência menos despótica à prova *ex officio*, a maioria dos ativistas sustenta que o exercício dos poderes instrutórios é *facultativo*. Em idêntico sentido a jurisprudência dos nossos tribunais (cf., p. ex., STJ, 1ª Turma, REsp nº 471.857/ES, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 207: “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, inda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito”). Entretanto, o entendimento não é imune a graves problemas.

situações” (*Curso de direito processual civil*. v. I, p. 422). Em sentido oposto, entendendo que a atividade probatória do juiz deve ser *concomitante* à das partes: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 130 e ss.; CARVALHO, Milton Paulo de. Os princípios e um novo Código de Processo Civil, p. 215.

³¹ Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real, p. 371. No mesmo sentido: PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 82.

Quando se diz que o juiz é titular de uma faculdade, diz-se que as partes não têm qualquer pretensão contra ele. Como bem demonstrou o jurista norte-americano Wesley Newcomb Hohfeld: i) *faculdade* [“*privilege*”] e *ausência de pretensão* [“*no claim*”] são situações *correlatas*; ii) *pretensão* [“*claim*”] e *dever* [“*duty*”] são situações *correlatas*; iii) *faculdade* [“*privilege*”] e *dever* [“*duty*”] são situações *opostas*; iv) *pretensão* [“*claim*”] e *ausência de pretensão* [“*no claim*”] são situações *opostas*. Como se nota, a faculdade é a negação do dever. Por conseguinte, quando se diz que a iniciativa judicial probatória é facultativa, diz-se que o juiz não está obrigado a tomá-la. Toma-a ao seu talante. Se assim é, então se abrem portas para toda sorte de arbitrariedades. Afinal, um mesmo juiz tem a faculdade de favorecer o autor da ação A e de não favorecer o autor da ação B, posto que as circunstâncias objetivas e subjetivas sejam semelhantes. Ou seja, conquanto se trate de pretensões idênticas, no primeiro processo o juiz pode ordenar de ofício prova que leve à *procedência* do pedido e no segundo julgar o pedido *improcedente* afirmando que o autor não provou o fato constitutivo do seu direito. Enfim, o juiz pode imotivadamente escolher o beneficiário da prova *ex officio*. Ora, nada mais anti-isonômico. Entretanto, aqui, não há como exercer-se sobre o juiz qualquer tipo de controle racional.

8.

Há quem diga que na improcedência por falta de prova o juiz é “parcial” em favor do réu, razão por que seria preferível ser “parcial atuando-se” a ser “parcial omitindo-se”³². De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “será parcial o juiz que, sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato que deve ser por ela provado não tivesse sido provado”³³. Nesse mesmo sentido José Roberto dos Santos Bedaque ao tecer a seguinte indagação: “[...] não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro,

³² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz, p. 95: “Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me”.

³³ *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 177. Em sentido similar: PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 207.

deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?”³⁴. Ora, conquanto a tese seja abraçada por processualistas de escol, causa espécie. Afinal, nela se confunde *parcialidade* com *convicção*.

Quando o juiz julga o pedido improcedente por falta de provas, não procede com parcialidade, mas com a convicção ficta de que a pretensão alegada pelo autor não existe. Ou seja, sob o império da *causalidade normativa*, aplicam-se consequências negativas ao autor que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Por outro lado, quando o juiz deixa de julgar improcedente por falta de provas e as ordena *ex officio*, atua com parcialidade, pois se recusa a prontamente reconhecer a inexistência ficta da *res in iudicium deducta*. Ou seja, sob o império do *voluntarismo judicial*, deixam-se caprichosamente de aplicar as consequências decorrentes da omissão autoral. No primeiro caso, o juiz está autorizado a tomar partido, razão por que a indesejada parcialidade dá lugar à convicção plasmada em forma de sentença. Já no segundo caso, o juiz *não* está autorizado a tomar partido, razão pela qual a indesejada parcialidade deixa de ser transformada em convicção sentencial e ganha ares de reprovável favoritismo ao autor. No primeiro caso, há regular desempenho funcional de *juízo*. Já no segundo caso, há indevida externalização funcional de *pré-juízo*. Aqui existe quebra de imparcialidade; ali, não. Na convicção, exterioriza-se oportunamente uma preferência por meio de uma sentença; na parcialidade, exterioriza-se inoportunamente uma preferência por meio de uma diligência probatória complementar.

Por conseguinte, não existe a “parcialidade por omissão”. Trata-se de um *monstro lógico-processual*. Em verdade, só há quatro possibilidades: 1) juiz que age, uma vez que deferiu pedido [= imparcialidade por atuação positiva] [I (+)]; 2) juiz que age, posto que não haja pedido [= parcialidade por atuação positiva] [P (+)]; 3) juiz que não age porque indeferiu pedido [= imparcialidade por atuação negativa] [I (-)]; 4) juiz que não age por não haver pedido [= imparcialidade por omissão ou não atuação] [I (0)]. *Nec plus ultra*. Com isso se vê que os fundamentos do ativismo judicial probatório ferem a *estrutura da realidade*. Afinal, ser juiz é ser equidistante, sereno, sábio e ponderado. Juiz que escapa a essas características deixa de ser juiz para tornar-se *justiceiro*. Ativismo probatório é não jurisdição, pois. Trata-se, em verdade, de *irracionalismo*.

³⁴ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 120.

9.

A glorificação dos poderes instrutórios do juiz tem como sacramentos eucarísticos a “justiça” e a “verdade real”. Segundo os apólogos do ativismo judicial, não se realiza a primeira sem a segunda. Enfim, um juiz não pode ser justo se não conhece a verdade dos fatos³⁵. Daí a necessidade dos poderes instrutórios do juiz, que são o meio para o alcance desses fins³⁶. Porém, “justiça” e “verdade” não são elementos essenciais da jurisdição. Há exercício de jurisdição onde há juiz (imparcial) compondo litígios mediante aplicação do direito, *não* onde há juiz (parcial) conhecendo a verdade para fazer justiça. Em um Estado pautado pelos valores do *republicanismo* e da *democracia*, é viável o resguardo técnico da imparcialidade funcional do juiz e da aplicação correta do direito; porém, é impossível controlar racionalmente os entendimentos do juiz sobre “verdade” e “justiça”. Eis a razão por que a condução do processo pelo juiz não deve objetivar metas político-teleológicas, mas garantir – às partes, que se autorregulam – um debate sob a regência da lei. O juiz só há de trabalhar com a *lex*, não com o *ius* e a *veritas*. Há de reconhecer, com humildade e prudência, que não é um “guardião iluminado” e que as suas avaliações sobre o “justo” e o “verdadeiro” não passam de opiniões subjetivas.

Com razão Robert Marcial González:

³⁵ Nesse sentido, p. ex.: MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni e MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p. 656: “A verdade é pressuposto do processo justo. Uma das fontes de legitimação da função judiciária é a verdade – *veritas, non auctoritas facit iudicium*. É necessariamente injusta a decisão baseada em *falsa* verificação das alegações de fato no processo. Daí existir uma *relação teleológica* entre prova e verdade – a prova vista à apuração da veracidade das alegações de fato. A verdade é *um problema unitário* – inexistente a possibilidade de separação entre verdade dentro e fora do processo – e pode ser satisfatoriamente definida a partir da ideia de *correspondência*”. V. ainda: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil, p. 357; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 115; CARVALHO, Milton Paulo de. Os princípios e um novo Código de Processo Civil, p. 214; COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova, p. 361; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. t. I, p. 52; GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo civil*, p. 71 e ss.; PICÓ I JUNOY, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia”, p. 131-132; TARUFFO, Michele. Uma simples verdade, p. 160; idem. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”, p. 674.

³⁶ Cf. PICÓ I JUNOY, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia”, p. 118.

[...] *el sistema republicano no busca a jueces comprometidos con ideas como la justicia y la verdad sino que se contenta modestamente con que los jueces se limiten a declarar la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional, todo ello, siguiendo y respetando las reglas del proceso*³⁷.

É importante frisar que, no processo civil, a busca da “verdade real” é um *mito*³⁸. Como diria Michael Oakeshott, do passado só nos chegam evidências circunstanciais que sobreviveram³⁹. Algo sempre se perde. Por essa razão, quando se investiga o pretérito de uma relação jurídica de direito material controvertida, debruça-se sobre um “conjunto de sobreviventes”, ou seja, sobre um amálgama poroso de *fragmentos vestigiais*. A prova em juízo não passa de uma complicada coletânea de pedaços – muitas vezes, sem unidade ou contornos precisos – que perdura até o presente do magistrado e das partes. A base de que se parte não costuma ser *holográfica* [do grego “ὄλος” + “γράφος” = “registro integral”], mas *merográfica* [do grego “μέρος” + “γράφος” = registro parcial]. Daí as semelhanças entre a missão do juiz e a do historiador⁴⁰. É bem verdade que tal inferência do passado é indefectivelmente contaminada pelo interesse prático das partes, que podem manipular, ocultar, destruir ou adulterar os “sobreviventes fragmentários” com vistas à realização de seus objetivos. Isso não significa, entretanto, que a iniciativa probatória *ex officio iudicis* possa fielmente resgatar, de per si, o passado genuíno. Afinal, o juiz também enfrentará o problema da fragmentariedade do passado histórico e, por isso, inferir sua própria versão dos fatos. Daí o *non sense* da dicotomia “verdade material” (vinculada ao processo penal)

³⁷ *Proceso, republica y democracia*, p. 54.

³⁸ Sobre o tema, p. ex.: AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 109 e ss.

³⁹ *Sobre a história e outros ensaios*, p. 62 e ss.

⁴⁰ Nesse mesmo sentido, p. ex.: ARANHA, Adalberto J. Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 5; CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*, p. 105 e ss.; FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*, p. 315 e ss.; GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo civil*, p. 239; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*, p. 20. Não por outro motivo, Luigi Ferrajoli qualifica a “verdade processual fática” como um “tipo particular de verdade *histórica*” (*Direito e razão*, p. 54).

versus “verdade formal” (vinculada ao processo civil): a descoberta da verdade em estado bruto de pureza é *impossível* tanto para o juiz civil quanto para o juiz criminal, visto que ambos sempre iniciam a investigação dos fatos em um presente composto de registros e relatos *parciais*. Não por outro motivo, alguns juristas acertadamente preferem o termo “confirmação” ao termo “prova”, já que o segundo está castiçamente vinculado à ideia de “demonstração da verdade”: o “meio probatório” cumpriria o simples papel de *reafirmar a probabilidade de uma afirmação*⁴¹. Enfim, “meios de prova” não provariam fatos, mas apenas *confirmariam* afirmações sobre eles.

Por força das estruturas vestigiais do passado histórico, a “verdade *processual*” é problemática. Contudo, ela é possível em outras searas. Por isso, aqui, não se adota uma gnoseologia relativista, que vê a possibilidade de alcance da verdade objetiva como uma utopia (visão que grassa entre inúmeros garantistas, inspirados pelo ceticismo absolutista de Luigi Ferrajoli, para quem a “verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnoseológico vulgar”⁴²). Ainda permanece intocada a primazia do *ser* sobre o *pensar*, da *ontologia* sobre a *gnoseologia*. Se assim não for, nada poderá ser aceito como firmemente estabelecido. Todo intelectual ainda tem o dever de medir o seu conhecimento pela realidade, numa contínua busca pela verdade das coisas. Como bem afirma Alejandro Llano, “a realidade é a fonte de todos os conhecimentos e a medida da sua verdade”⁴³. Entretanto, no processo civil, quase sempre há uma *privação*, pois nem sempre todas as evidências do passado sobrevivem. Não raro, faltam dados e do que faltou não se pode ter uma consciência pura. Daí o risco inevitável de divergências entre a integridade fática ocorrida e o mosaico processualmente montado. Para alguns, a verdade *jamais* é o objetivo [Ferrajoli]; para outros, a verdade *sempre* é o objetivo [Taruffo]. É certo, entretanto, que a verdade é objetivo irrenunciável, mas não no processo. Ou seja, o alcance da verdade no processo é *possível*, mas não *obrigatório*.

Portanto, a “verdade” [*rectius*: verossimilhança] no processo assemelha-se mais à composição de uma melodia a partir de ecos ambíguos que à reconstrução assentada e

⁴¹ Cf. VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El debido proceso*, p. 152-160; idem. *Sistema procesal*. t. II, p. 8 e ss.

⁴² *Direito e razão*, p. 52.

⁴³ *Gnoseologia realista*, p. 20.

resoluta de um quebra-cabeça. Os meios probatórios são ferramentas mais de reinvenção que de refeitura. Quando se diz jocosamente nos corredores forenses que “o juiz constrói uma meia-verdade a partir de duas mentiras”, diz-se algo de real, que deve ser aceito com resignação pragmática, não com inconformismo moral. Juiz que se sente responsável pela prova não descobre a verdade e, por tabela, perde a sua imparcialidade⁴⁴. Por isso, ele não deve descer à realidade apesar das partes [movimento *catagnóstico* – do grego “κάτω” + “γνώση” = “conhecimento de cima para baixo”]; é a realidade que tem de dialeticamente ascender ao juiz mediante o debate entre elas [movimento *anagnóstico* – do grego “ανώ” + “γνώση” = “conhecimento de baixo para cima”]. Enfim, é às partes – e somente a eles – que cabe a adução do material de fato que há de servir à decisão judicial [*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*⁴⁵]. Decididamente, a ciência e a arte do foro não são *aléticas* [do grego “ἀλήθεια” = “verdade”], porém, *máquicas* [do grego “μάχη” = “debate”]. O processo civil não é um método investigativo, mas um *método (pacífico) de*

⁴⁴ Cf. BENABENTOS, Omar Abel. *Teoría general unitaria del derecho procesal*, p. 93-94: “Inmerso en ese desconcierto (que el antinómico sistema procesal engendra) el juez – civil y penal – se lanza a investigar o probar ‘de oficio’ (porque así lo autorizan las normas procesales inspiradas en sistemas inquisitivos), pero, a su vez, un elemental compromiso con la imparcialidad y la igualdad debida a las partes (impuesta constitucionalmente como una garantía procesal) lo condiciona a respetar ese deber funcional y no danñar ese claro derecho que le asiste a los mismos. La figura del juez, aprisionado en este forzado dualismo, se asemeja a un jinete montado sobre dos caballos que galopan abriendo su rumbo, circunstancia que provocará, en forma inevitable, su caída. El resultado de ese anormal desdoblamiento implica que el juez no realiza bien ni la función de investigar (que de suyo es ajena a él y propia de las partes) ni la de fallar (porque ya, con la investigación previa o el despacho de medidas probatorias de oficio, contaminó irremediabilmente su imparcialidad)”.

⁴⁵ Segundo Joan Picó i Junoy, o verdadeiro brocardo é “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”, razão pela qual não se pretende com ele indicar a maior ou menor faculdade de iniciativa probatória do juiz, mas tão somente impossibilitar o conhecimento privado do juiz e impor-lhe a necessidade de congruência da sentença. De acordo ainda com o processualista catalão, o brocardo do *ius comune*, corretamente enunciado pelos glosadores mais relevantes da Escola de Bolonha do século XIII, foi transcrito erroneamente quando recepcionado a partir do século XIX por uma parcela dos doutrinadores alemães, italianos e franceses (*El juez y la prueba*, p. 23-74). Ainda que assim seja, a contestação não retira a correção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, uma vez que que ele se sintoniza com a exigência de *imparcialidade* judicial. Nesse sentido, não se trata de um brocardo derivado “distorcido”, mas de um autêntico brocardo originário, que expressa o ideário garantista.

*debate*⁴⁶. Ele não possui uma dimensão propriamente “epistêmica”, mas simplesmente *compositiva*⁴⁷. Portanto, o magistrado deve contentar-se com uma *convicção* acerca dos fatos, não verificá-los, comprová-los, creditá-los, buscar a certeza de sua existência ou procurar a verdade real do ocorrido no plano da realidade⁴⁸. Francisco de Paula Baptista já assim dizia em 1901: “prova é tudo que nos póde convencer da certeza de algum facto, circunstancia ou proposição controvertida; as provas, por tanto, são os elementos, que determinarão a convicção do juiz”⁴⁹. A verdade pode despontar no processo e é desejável que isso aconteça; todavia, trata-se de *probabilidade*, não de necessidade⁵⁰. Os garantistas não são “*deniers*”, “*veriphobics*” ou “*nemici della verità*”, como alega Michele Taruffo⁵¹, mas decerto não estão dispostos a pagar qualquer preço por ela. “*En el proceso*” – bem afirma Juan Montero Aroca – “*no se persigue la ‘verdad verdadera’ a toda costa, sino algo más humilde pero más real como es la ‘verdad legal’, la que es posible obtener en el proceso, y con las garantías propias del mismo*”⁵².

É evidente que os garantistas não defendem o processo civil como um âmbito pré-ordenado a “erros e falsidades”. Porém, seriam intelectualmente desonestos se dissessem

⁴⁶ Cf. CANTEROS, Fermín. *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*, p. 15 e ss.; VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Formación de las mayorías en los tribunales colegiados*, p. 12-13: “[...] *el proceso es – así de simple – un método pacífico de debate dialogal y argumentativo mediante el cual dos, antagónicos y naturalmente desiguales como personas (actor/demandado; acusador/reo), discuten ante un tercero (juez, árbitro) que debe hallarse en clara posición de neutralidad, por exhibir las calidades de imparcial, imparcial e independiente*”.

⁴⁷ Defendendo a “dimensão epistêmica do processo”: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 159 e ss.

⁴⁸ CARVAJAL, Diana María Ramírez. *La intermediación como presupuesto de valoración racional en el proceso oral*, p. 37; VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El debido proceso*, p. 160 e ss. Juan Montero Aroca bem pondera que a função da prova não se circunscreve à obtenção do convencimento psicológico do juiz [certeza *subjetiva*], visto que nos sistemas de direito positivo ainda remanescem normas legais sobre prova tarifada [certeza *objetiva*] (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 113-116).

⁴⁹ *Compendio de teoría e práctica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*, p. 172.

⁵⁰ Cf. ZLATAR, Alex. *La real vigencia del sistema de la sana crítica racional*, p. 6.

⁵¹ *Uma simples verdade*, p. 121; “*Verità e probabilità nella prova dei fatti*”, p. 665 e ss.

⁵² “*El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria*”, p. 170

que o direito processual civil não transige, uma vez ou outra, com “equivocos e mentiras”⁵³. Se assim não fosse, não haveria como explicar, no Brasil: i) a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor em hipótese de revelia; (CPC, art. 319); ii) a presunção de veracidade dos fatos que, por meio da coisa ou do documento não exibido pelo requerido, o requerente pretendia provar (CPC, art. 359); iii) a inadmissão da prova que, conquanto elucide a verdade dos fatos, foi obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI); iv) o trânsito em julgado de sentença irrevogável fundada em perícia ou testemunho falso (Lei 9.099/99, art. 59); v) o decurso do prazo decadencial de dois anos para rescindir sentença fundada em perícia ou testemunho falso (CPC, art. 495); vi) a impossibilidade de ser analisado o mérito da cobrança caso o réu não apresente embargos monitórios (CPC, art. 1.102c); vii) a presunção de confissão dos fatos alegados contra a parte que, intimada pessoalmente, não comparece ou, comparecendo, se recusa a depor (CPC, art. 343); viii) a sentença de improcedência por falta de provas; ix) a proibição de utilização, pelo juiz, de sua ciência privada dos fatos, mesmo que eles não desponham no processo; x) a impossibilidade de testemunho de fato sob sigilo profissional. Com isso se percebe que a verdade é um dos tantos objetivos do processo. Mas não é o único e não se sobrepõe aos demais. Não por outro motivo, p. ex., as testemunhas não se podem submeter a polígrafos ou detectores de mentiras: haveria afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

As lições de Soraya Gasparetto e Dimitri Dimoulis são preciosas a respeito:

[...] a verdade aparece como uma entre as possíveis e eventuais finalidades do processo. Encontra-se ao lado da segurança jurídica, da celeridade, da diminuição do custo do processo, do respeito à soberania de Estados estrangeiros, do respeito à intimidade à propriedade e muitos outros direitos fundamentais. A verdade só deve ser buscada no processo judicial nos casos e nas hipóteses que a legislação estabelecer. Insistir em apresentar a busca da verdade como finalidade central e quase universal do processo para, em seguida, afirmar que o resultado do processo é justo porque é

⁵³ Cf., p. ex., TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, p. 17: “[...] a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas e, por isso, melhor seria falar de ‘verdade processual’, ou ‘verdade forense’, até porque, por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale (ah! As testemunhas...) poderá conduzi-lo a uma ‘falsa verdade real’ [...]”.

verdadeiro, constitui uma tentativa ideológica de legitimar a atividade dos julgadores, absolutizando um objetivo parcial e limitado da atividade processual.⁵⁴

Bibliografia

ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken de e ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARANHA, ADALBERTO J. Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AROCA, Juan Montero. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. *Proceso civil e ideología*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 137-172.

_____. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 407-416.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A “participação” do juiz no processo civil. *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* São Paulo: RT, 1988.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 347-358.

_____. Os poderes do juiz. *O processo civil contemporâneo*. Org. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte. ano 15. n. 59. jul-set 2007, p. 131-138.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

⁵⁴ A verdade como objetivo do devido processo legal, p. 828-829.

- BENABENTOS, Omar Abel. *Teoría general unitaria del derecho procesal*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2001.
- CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Coord. Fredie Didier Jr. et al. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 99-124.
- CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.
- CANTEROS, Fermín. *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*. Rosário: Juris, 2012.
- CARVAJAL, Diana María Ramírez. *La intermediación como presupuesto de valoración racional en el proceso oral*. Assunção: La Ley, 2012.
- CARVALHO, Milton Paulo de. Os princípios e um novo Código de Processo Civil. *Bases científicas para um renovado direito processual*. Org. Athos Gusmão Carneiro et al. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 195-230.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2002.
- COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Org. Camilo Zufelato et al. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356-380.
- DAHO, Eugenia Ariano. “En los abismos de la ‘cultura’ del proceso autoritario”. *Proceso civil e ideología*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 353-374.
- DEL NEGRI, André. Processo e decisão jurídica. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte. Ano 21. n. 84. Out-dez/2013, p. 203-224.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*. 6. ed. México: Oxford University Press, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

GALDINO, Flavio. Imparcialidade judicial (Princípio da). *Dicionário de princípios jurídicos*. Org. Ricardo Lobo Torres *et al.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 539-595.

GALVÉZ, Juan F. Monroy. Y al final del día, ¿qué es el garantismo en el proceso civil?. *Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 515-533.

GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONZÁLEZ, Robert Marcial. *Proceso, republica y democracia: algunas claves para constitucionalizar el proceso*. Assunção: La Ley, 2011.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 371-385.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo. Ano 33. N. 164. Out/2008, p. 29-56.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo”. *Rivista di diritto processuale*. Pádua. n. 15. 1960, p. 551-565.

LLANO, Alejandro. *Gnoseologia realista*. Trad. Fernando Marquezin. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, 2004.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LUNARDI, Soraya Gasparetto e DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. v. 2. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 815-832.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, CÂMARA, Bernardo Ribeiro e SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história e outros ensaios*. Trad. Renato Rezende. Rio de Janeiro: Topbooks, Liberty Fund, 2003.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica juridica*. 6. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1901.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PICÓ I JUNOY, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado”. *Proceso civil e ideología*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 117-135.

_____. *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch, 2007.

_____. “Los principios del nuevo proceso civil espanõl”. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coord. José Maria Rosa Tesheiner et al. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 309-341.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. II. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAMOS, Glauco Gumerato. A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte. ano 18. n. 70. abr-jun 2010, p. 219-222.

_____. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. Coord. Alexandre Freire *et al.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 222-230.

_____. *Repensando la prueba de oficio*. Trad. Gabriel Valentin. Assunção: La Ley, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”. *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Coord. Fredie Didier Jr. *et al.* Salvador: Juspodivm, 2008, p. 665-681.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El debido proceso*. Lima: Editorial San Marcos, EGACAL, 2010.

_____. *El garantismo procesal*. Arequipa: Editorial Adrus, 2010.

_____. *El proceso judicial*. Lima: Editorial San Marcos, EGACAL, 2013.

_____. *Formación de las mayorías en los tribunales colegiados*. Assunção: La Ley, 2011.

_____. *Sistema procesal: garantía de la libertad*. t. II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

ZLATAR, Alex. *La real vigencia del sistema de la sana crítica racional*. Rosário: AVI SRL, FUNDECIJU, 2010.